

Servidumbres y serventías
Estudios sobre su regulación jurídica
y desarrollo jurisprudencial en Galicia.

netbiblo

SERVIDUMBRES Y SERVENTÍAS.

Estudios sobre su regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial en Galicia

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

DERECHOS RESERVADOS © 2001, respecto a la primera edición en español, por NETBIBLO, S.L.

Avda. Manuel Azaña, 56, 3º A
15011 A Coruña (España)

<http://www.netbiblo.com>
editorial@netbiblo.com

ISBN: 84-9745-004-3
Deposito Legal: C-2346-2001

Editor: Carlos Iglesias
Diseño de Cubierta e Interior: Eduardo Bóveda
Compuesto en: Centerprint, S.L.
Impreso en: Centerprint, S.L.

IMPRESO EN ESPAÑA - PRINTED IN SPAIN.

SERVIDUMBRES Y SERVENTÍAS

Estudios sobre su regulación jurídica y desarrollo
jurisprudencial en Galicia

Ramón P. Rodríguez Montero

Ramón P. Rodríguez Montero

Prof. Titular de Derecho Romano
Universidade da Coruña

Magistrado Suplente del T. S. J. G.

INDICE

Presentación	9
1. La regulación de las servidumbres y serventías en la Ley 4/1995 de Derecho civil gallego: un análisis crítico y comparativo con la legislación civil de otras Comunidades Autónomas.	13
1. La regulación de las servidumbres en las Comunidades Autónomas. Aspectos generales.	15
2. La servidumbre de paso en la Ley 4/1995 de Derecho civil de Galicia. Normativa reguladora.....	18
2.1. Art.25. Modos de adquisición de la servidumbre de paso.....	18
2.1.1. Precedentes y estructura del artículo.	18
2.1.2. Modos de adquisición reconocidos: ley, “dedicación del dueño del predio sirviente”, negocio jurídico bilateral.	21
2.1.3. Referencia especial a la usucapión de las servidumbres.	24
2.1.3.1.Reconocimiento de la usucapión como modo adquisitivo de la servidumbre de paso. Precedentes.....	24
2.1.3.2.Requisitos exigidos por la Ley para la usucapión de las servidumbres de paso.	32
2.1.3.3.El problema de la intertemporalidad en materia de prescripción adquisitiva de las servidumbres de paso.	33
2.2.Art.26. Determinación de los derechos y obligaciones de los titulares de los predios, con especial referencia al supuesto de constitución mediante negocio jurídico bilateral.	41
2.3.Art.27. La adecuación de la servidumbre de paso a los actuales medios de transporte. Posibilidad de ampliación.	45
2.4.Art.28. Modos de extinción de las servidumbres de paso: confusión, no uso y renuncia.	49
2.5.Art.29. La imposibilidad de uso y la inutilidad en el ejercicio de la servidumbre de paso como causas de extinción.	53
3. Las serventías en la Ley 4/1995 de Derecho civil de Galicia. Normativa reguladora.	57
3.1.Art.30. Serventías.	57
3.2.Art.31. Presunción de serventía. Serventía de agra.	58
3.3.Art.32. Ejercicio de paso dentro del “agra”.	60

2	Precisiones históricas y jurisprudenciales en materia de servidumbres: comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24 de junio de 1997.....	63
3	Inhibición legislativa y determinación jurisprudencial del derecho: ¿aplicación retroactiva o irretroactiva del art.25 de la LDCG en materia de constitución de servidumbres de paso por usucapión? (Comentario a las SS.TSJ Galicia 15/98 y 16/98, de 24 de septiembre de 1998).	79
	1. El desarrollo de los acontecimientos.	81
	2. Las SS.TSJG. 15/98 y 16/98, de 24 de septiembre de 1998: <i>iter</i> interpretativo.	86
	3. Interpretación del art.25 LDCG.	90
	4. Determinación de los principios informadores de las disposiciones transitorias del CC.	96
	5. Seguridad jurídica e irretroactividad.	103
4	Apostillas a la declaración jurisprudencial de irretroactividad en materia de constitución por usucapión de las servidumbres de paso en Galicia.....	109
5	Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres de paso en la vigente Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Dereito civil de Galicia.....	133
1.	Introducción.	135
	1.1.La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Dereito civil de Galicia (LDCG) como marco normativo referencial del ordenamiento jurídico-civil gallego.	136
	1.2.El novedoso reconocimiento, con carácter expreso en el art.25 LDCG, de la prescripción adquisitiva o usucapión como posible modo o forma de constitución de las servidumbres de paso al margen de su naturaleza discontinua.	138
2.	Los factores sociales y jurídicos que provocaron la introducción de la usucapión como modo o forma de constitución de las servidumbres de paso. Historia de un problema.	142
	2.1.Principales características y peculiaridades de la propiedad de la tierra en Galicia.	142

2.2. Propiedad de la tierra y servidumbres en Galicia.	146
2.3 El denominado “problema” de las servidumbres de paso en Galicia: síntesis histórica de su planteamiento en la doctrina gallega y análisis crítico del mismo.	152
3. La falta de previsión legislativa en relación a la posible aplicación retroactiva o irretroactiva de la usucapión en materia de constitución de servidumbres de paso.	170
3.1. Planteamiento del problema a consecuencia de la inhibición legislativa.	170
3.2. La resolución jurisprudencial del problema a través de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) 15/98, 16/98 y 4/99.	178
4. La declaración jurisprudencial de irretroactividad de la usucapión en materia de constitución de servidumbres de paso.	188
4.1. Efectos prácticos derivados de la aplicación retroactiva de lo dispuesto en el art.25 LDCG en materia de constitución de servidumbres de paso por usucapión.	188
4.2. Actuales propuestas de solución que han sido formuladas por un sector de la doctrina gallega para la corrección de dichos efectos.	189
4.3. Breves reflexiones finales en torno a estos nuevos planteamientos doctrinales.	196
6 La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia como elemento de desarrollo del Derecho civil gallego (servidumbres y serventías).	201
1. Notas en torno al marco histórico del denominado Derecho privado gallego.	203
2. La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia.	213
3. La importante función desarrollada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia a través de su actividad jurisprudencial. Dos ejemplos de determinación jurisprudencial del derecho en materia de servidumbres y serventías.	220

PRESENTACION

En la actualidad, afortunadamente, parece que se puede volver a constatar un creciente interés por parte de los juristas gallegos en relación al conocimiento y estudio de su, en gran medida y en muchos aspectos, todavía desconocido o ignorado Derecho propio, lo cual, aún entendiendo que el camino que queda por recorrer en la deseable consolidación y arraigo de dicho Derecho propio es bastante largo, supone, sin lugar a dudas, un dato a valorar positivamente.

A partir y a consecuencia de la promulgación de la vigente Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia (LDCG) -considerada como la norma básica en la que se establece el marco normativo referencial del ordenamiento jurídico-civil gallego-, ha sido cuando, fundamentalmente, se ha empezado a generar en esta Comunidad Autónoma una amplia y rica problemática jurídica, cuya resolución -canalizada hasta el momento presente por cauces que cabría calificar como atípicos- está determinando el desarrollo del futuro Derecho civil de Galicia.

En este sentido, dentro de la doctrina se ha venido y se viene suscitando un rico y fructífero debate intelectual, con una evidente proyección práctica, en torno a diversas cuestiones relativas a determinadas instituciones que en nuestros días conforman y definen el Derecho privado gallego, intentando ofrecer soluciones dirigidas a completar y corregir las carencias e imperfecciones -ciertamente constatables y, en algún caso concreto, particularmente importantes- que presenta la LDCG.

Precisamente entre las instituciones y figuras jurídicas que cabría calificar como especialmente problemáticas en el ámbito jurídico-civil gallego, ocupan un lugar destacado las servidumbres y serventías, y ello, tanto por las complejas condiciones geográficas e histórico-sociológicas de esta tierra, como por el carácter primordial que desde siempre se ha venido otorgando en la misma a la agricultura.

A tales derechos reales hemos venido dedicando nuestra atención desde hace cierto tiempo, incidiendo en varios de sus aspectos más conflictivos -especialmente en el relativo al reconocimiento de la usucapión como posible forma de constitución de las servidumbres de paso, así como en toda la rica e interesante problemática y efectos a los que dicho reconocimiento, de

la manera en que se ha realizado por el legislador gallego, ha dado lugar a través de diversos trabajos de investigación, que han sido publicados sucesivamente en diferentes sedes científicas, seis de los cuales, por su interconexión sistemática, aparecen ahora editados conjuntamente en el presente volumen.

Aún cuando en los mismos resulte posible apreciar ciertas reiteraciones materiales o de fondo -justificables por la indicada interconexión de los temas que en ellos se tratan, y el primigenio intento de facilitar en la mayor medida posible su mejor comprensión a los distintos lectores de las diferentes sedes en que en su momento aparecieron publicados- hemos optado por mantenerlos inalterados en su estructura original, con la finalidad de que no perdiesen su supuesta esencia, limitándonos únicamente a introducir en algunos de ellos correcciones meramente formales.

A la discrecionalidad del lector quedan sometidas las opiniones, consideraciones, ideas, sugerencias y conclusiones -por supuesto, siempre contrastables y discutibles- que en estos Estudios se contienen, y que han sido realizados con el mayor rigor posible, con asumida modestia intelectual, y desde un planteamiento rigurosamente abierto en el estudio y análisis del Derecho, procurando efectuar con los mismos una pequeña contribución más al elenco de los estudios jurídicos relativos al Derecho propio de Galicia.

A todos los que de una forma u otra, consciente o inconscientemente, han ayudado a hacer posible su elaboración, manifiesto mi más sincero agradecimiento.

Lama de Esgos/Cambeo. Noviembre de 2001.

A mi padre, ejemplo permanente a seguir, siempre presente en mi memoria.

A mi madre, en el otoño de su vida.

Con eterna gratitud e infinito cariño, por todo lo mucho que a costa de su sacrificado y continuo esfuerzo han tenido a bien darme.

A Pilar, Pablo y Marta.

Con amor, por esas tantas horas arrebatadas que silenciosamente se esconden tras este y otros trabajos.

**La regulación de las servidumbres y serven-
tías en la ley 4/1995 de Derecho civil gallego: un
análisis crítico y comparativo con la legislación
civil de otras Comunidades Autónomas. (*)**

1

La regulación de las servidumbres y serventías en la Ley 4/1995 de Derecho civil gallego: un análisis crítico y comparativo con la legislación civil de otras Comunidades Autónomas.

La todavía reciente Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia¹ (en adelante LDCG), con la que se pretende, según se manifiesta en su Exposición de motivos, “desarrollar en todos sus aspectos aquellas instituciones jurídico-privadas que realmente estuviesen vivas en el derecho propio de Galicia”, que fuesen “válidas para los intereses y necesidades del pueblo gallego”, dedica, dentro del Título III, relativo a los “Derechos reales”, el Capítulo II, bajo la rúbrica de “Servidumbres y serventías”, a la regulación en dos Secciones de la servidumbre de paso (arts. 25 a 29), y de las serventías (arts. 30 a 32), respectivamente, separando acertadamente a efectos de tratamiento sistemático, frente a la Proposición de Ley sobre el Derecho civil de Galicia², dos instituciones que, aun cuando coincidan en su finalidad práctica (posibilidad de paso), ciertamente se presentan diferenciadas en su estructura jurídica, y por ello, su regulación ha de ser distinta.

En el presente trabajo se pretende analizar críticamente en sus aspectos fundamentales dicha regulación, examinando el articulado de la Ley, contenido en el citado Capítulo II del Título III, de forma comparativa con el de otras legislaciones de las Comunidades Autónomas del Estado español, que también han dedicado en aquellas diversos preceptos, referidos tanto a las servidumbres con carácter general, como a la servidumbre de paso en particular.

1. La regulación de las servidumbres en las Comunidades Autónomas. Aspectos generales.

Los redactores de la Ley 4/1995 han optado en materia de servidumbres por introducir un conjunto normativo referido específicamente

¹ Publicada en el DOGA, nº 107, de 6 de junio de 1995, p. 4171 ss., y en el B.O.E., nº152, de 27 de junio de 1995, p. 19.241 ss.

² En la que aparecían recogidas en un mismo capítulo (el I), bajo la rúbrica de “Servidumbre de paso”, perteneciente al Título II (Servidumbres y serventías), junto al Cómara (Capítulo II), y el Retracto de graciosa (Capítulo III). Dicha Proposición de Ley sobre el derecho civil de Galicia, se encuentra publicada en el B.O. del Parlamento de Galicia, nº 399, de 27 de abril de 1993, p. 11.196 ss. Vid. respecto a la misma, REBOLLEDO VARELA, *El desarrollo del derecho civil gallego*, en La modernización del derecho civil, AA.VV, Santiago de Compostela 1994, p.177 ss.

te y con carácter exclusivo a la servidumbre de paso³, al igual que el legislador del País Vasco, en cuya Ley del Derecho Civil Foral⁴ se contienen en el Título VI (“De las servidumbres de paso”), del Libro I, relativo al Fuero civil de Bizkaia, los arts. 128 a 130, dedicados, respectivamente, a la adquisición de la servidumbre de paso, así como a las facultades reconocidas al titular del fondo dominante de exigir mayor anchura para la misma, y de realizar las obras de afirmado que considere necesarias para su mejor utilización.

En la Compilación del derecho civil de Aragón⁵, al margen de recogerse específicamente determinadas peculiaridades relativas a las servidumbres de luces y vistas (art.145) y a la denominada alera foral y “ademprios” (art.146), en los arts. 147 y 148 se regula con carácter general la usucapión de las servidumbres.

En otras Comunidades del Estado, como es el caso de Navarra y Cataluña, se contienen⁶, al margen de determinados preceptos dedicados a tipos concretos de servidumbre, una serie de disposiciones generales, mediante las que se pretende configurar y regular desde un determinado punto de vista estos derechos reales, en este caso, con mayor amplitud.

³ REBOLLEDO VARELA, op. cit., p.192, lamentaba al respecto que en la Proposición de Ley (situación ésta que se vuelve a repetir en el vigente Texto legal) no se encontrase prevista una regulación de la llamada servidumbre de luces y vistas, así como las plantaciones y distancias intermedias, en su opinión, “más acorde a la realidad gallega y las pequeñas propiedades”. En la Exposición de motivos de la Ley, sorprendentemente se señala de forma descuidada e incorrecta que “el Título destinado a las serventías ocupa un ancho y largo espacio, ya que las relaciones de vecindad y la propia configuración del sistema agrario así lo aconsejan”. El error, derivado de la transcripción literal de esta frase que se contenía en la Exposición de motivos de la Proposición de Ley sobre derecho civil de Galicia, es evidente: las serventías no “ocupan” en la LDCG ningún Título, simplemente aparecen reguladas, como ya se ha indicado, en la Sección segunda del Capítulo II, del Título III, dedicado a los “Derecho reales”. Por otra parte, resulta manifiesto que las relaciones de vecindad, las servidumbres y las serventías, son instituciones diferentes, que presentan en sí rasgos específicos y distintos.

⁴ Ley 3/1992, de 1 de julio, del derecho civil foral del País Vasco, publicada en el BOPV, número 153, de 7 de agosto de 1992.

⁵ Aprobada por la Ley 3/1985, de 21 de mayo, y publicada en el BOA número 39, de 23 de mayo de 1985; corrección de errores en BOA, números 44 y 51, de 31 de mayo y 14 de junio.

⁶ Compilación del derecho civil foral de Navarra (aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo (publicada en los BOE, números 57 a 63, de los días 7 a 10, y 12 a 14 de marzo de 1973; corrección de errores en el BOE número 129, de 30 de mayo de 1994), Título III del Libro III. Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad (publicada en el DOGC, número 1319, de 18 de julio de 1990), Capítulo II.

Así, en Navarra se otorga la consideración de servidumbres únicamente a las prediales, “conforme a la más depurada doctrina” según se indica en la Exposición de motivos de la Compilación, y se definen en la Ley 393 como derechos reales establecidos sobre una finca en beneficio de otra colindante o vecina, que consisten en el ejercicio de un determinado uso de ella o en la limitación de cualquiera de las facultades del propietario⁷. Entre los caracteres generales del derecho de servidumbre se destacan en la Ley 395 su indivisibilidad e inseparabilidad del fundo dominante, así como su carácter permanente, en tanto no se hubiesen constituido bajo término o condición (tienen tal consideración las servidumbres referidas a inmuebles de futura construcción o derribo, así como aquéllas cuyo contenido consista en una utilidad futura).

Por lo que se refiere a Cataluña, las servidumbres aparecían reguladas en su Compilación del derecho civil⁸ en los arts. 283 a 295, dentro del Título III (“De las servidumbres”), del Libro III, correspondiente a los Derechos reales. Tales artículos fueron derogados por la Disposición derogatoria de la referida y actualmente vigente Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, de las inmisiones, de las servidumbres y las relaciones de vecindad (en adelante, LANISRV), mediante la que, según señalan sus redactores en la Exposición de motivos, “se da un paso más hacia la reforma y modernización del derecho inmobiliario de Cataluña”. En este sentido, la introducción de la nueva normativa en materia de servidumbres, que supera la antigua ampliándola, se justifica en la Ley indicando que la regulación de estos derechos reales en la Compilación de derecho civil de Cataluña, hasta entonces vigente, era “fragmentaria y anticuada”, por estar “pensada básicamente para una sociedad agrícola o rural” que no se correspondía con la realidad social catalana del momento.

⁷ De tal conceptualización se excluyen en la Ley 394 otros derechos reales, considerados especiales (usufructo, uso, habitación y otros similares), establecidos en favor de una persona sobre finca ajena con independencia de toda relación entre predios (a los que se dedica el Título IV en la Compilación), así como las denominadas limitaciones legales de la propiedad, a las que por tal motivo, como se ha venido declarando judicialmente, tampoco les son aplicables las disposiciones contenidas en el Título III de la Compilación del derecho civil foral de Navarra.

⁸ Texto refundido de la Compilación del derecho civil de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, publicado en el DOGC, número 456, de 27 de julio; corrección de errores en DOGC, número 494, de 14 de diciembre.

Con la finalidad de llevar a cabo la regulación específica de las servidumbres y de las relaciones de vecindad objeto de la Ley, el legislador catalán, aclara en la Exposición de motivos que parte, precisamente, de un marco general, novedoso por no haber sido regulado hasta entonces en el ordenamiento civil del Estado, sobre el que edifica el mencionado Texto legal: la acción negatoria.

Tomando como punto de referencia este criterio, la Ley se propone configurar y adecuar las servidumbres prediales en función de una sociedad urbana y de servicios, mediante la redefinición de su tipo y el condicionamiento de su existencia a la prestación de una ventaja para la finca dominante, así como desde la exigencia de la mínima incomodidad o lesión para la finca sirviente. De esta manera, en el art.4 de la Ley se preceptúa que las servidumbres son derechos reales que gravan parcialmente a un inmueble (predio sirviente) en beneficio de otro (predio dominante), pudiendo el titular de este último utilizar al sirviente en la medida determinada por el título constitutivo o la Ley, que, a consecuencia del gravamen, no podrá realizar los actos ni ejercer los derechos para los que estaría legitimado en caso de no existir el citado derecho real.

Finalmente, al margen de la regulación de una serie de aspectos específicos en esta materia, en la LANISRV se indica en cuanto a la servidumbre de paso que “se prevé de forma que, además de su función propia que se concreta en dar paso al vecino que no tiene salida a la vía pública por su propio predio, se relacione con las servidumbres de hacer discurrir conducciones de todo tipo”.

2. La servidumbre de paso en la Ley 4/1995, de Derecho civil de Galicia. Normativa reguladora.

2.1. Art. 25. Modos de adquisición de la servidumbre de paso.

2.1.1. Precedentes y estructura del artículo.

La normativa reguladora de la servidumbre de paso se inicia en el art.25 de la Ley 4/1995 con una referencia a las formas de adquisición de este derecho, señalándose al respecto que “La servidumbre de paso se adquiere por Ley, por dedicación del dueño del predio sirviente o por negocio jurídico bilateral, cualquiera que sea la forma en que aquél se expresase. Igualmen-

te, puede adquirirse por su posesión pública, pacífica e ininterrumpida durante el plazo de veinte años, que comenzará a contarse desde el momento en que hubiese empezado a ejercitarse”.

Esta norma encuentra su precedente más inmediato en el art.26 de la Proposición de Ley sobre el derecho civil de Galicia, cuya dicción, en cierta medida, perfecciona. En esencia, en dicho artículo se funde en un único texto el contenido del art. 63 del Trabajo sobre la Compilación de derecho civil de Galicia, formulado por algunos miembros de una extinguida Comisión Parlamentaria no permanente, constituida en el transcurso de la II Legislatura el día 9 de marzo de 1988, que fue presentado en el Parlamento gallego con fecha de 22 de marzo de 1991, y el del art. 25 del Trabajo sobre la Compilación de derecho civil gallego, formulado por el Consello da Cultura Galega con fecha de 11 de julio de 1991⁹.

De un primer exámen del art. 25 de la Ley, se deduce que el legislador gallego ha pretendido establecer un elenco, si no completo, sí bastante exhaustivo, de modos o formas de adquisición de servidumbres de paso, estableciendo en la referida norma una separación formal que se concreta en la enumeración, por una parte, de la Ley, la “dedicación” del dueño del predio sirviente y el negocio jurídico bilateral, y, por otra, de la denominada prescripción adquisitiva o usucapión.

Esta separación formal, establecida en el art. 25 de la LDCG, vuelve a reaparecer materialmente en el apartado 1. del art. 26, en el que, a los efectos de determinación de los derechos y obligaciones de los titulares de los fondos dominante y sirviente, se alude a la adquisición por usu-

⁹ Los aludidos Trabajos, que en opinión de REBOLLEDO VARELA, *A reforma da Compilación de 1963 e o futuro do Dereito Civil de Galicia*, en Rev. Xurídica Galega, nº2, 1992, p.387 ss, y *Prólogo* a su edición de la Compilación Galega, en *Compilaciones y Leyes de los derechos civiles forales o especiales*, Madrid 1993, son “difícilmente conciliables”, se encuentran recogidos en Foro Galego, nº 184, 1992, p.13 a 37 y 39 a 59, respectivamente. Sobre el Trabajo de la extinguida Comisión Parlamentaria no permanente, su evolución y conclusión, vid. LORENZO MERINO, *Un Derecho Civil para Galicia. La propuesta legislativa de Compilación de derecho civil de 22 de marzo de 1991*, en *La Ley*, nº 2995, p.1; *El Derecho Civil de Galicia y la Propuesta de Compilación de 22 de marzo de 1991*. Santiago de Compostela 1992, p. 7ss. Vid., también, una crítica al texto presentado por el Consello da Cultura Galega, así como a la Proposición de Ley de 27 de abril de 1993, en SANDE GARCIA, *O dereito civil de Galicia: Unha actualización imposible à luz da historia*, en *La modernización del Derecho Civil*, AA.VV., Santiago de Compostela 1994, p.147 ss.

capión, al lado de la que se coloca el “título”: “Los derechos y las obligaciones de los titulares de los fundos dominante y sirviente vendrán determinados por lo dispuesto en el título constitutivo y, en la servidumbre adquirida por usucapión, por la posesión”.

Se plantea así la cuestión de cuál es el sentido o significado que el legislador gallego ha querido atribuir al concepto de “título” que se recoge en el citado art.26 del Texto normativo.

Si se opta por suponer que bajo el concepto de “título” se han querido unificar la ley, la “dedicación del dueño del predio sirviente” y el negocio jurídico bilateral, confiriendo en éste caso al término “título” un significado muy amplio, como en diversas ocasiones se le atribuye en el Código Civil, e identificándolo genéricamente como “instrumento hábil que explica y justifica la constitución de la servidumbre (de paso)”, entonces no se comprende la no inclusión de la usucapión dentro del citado concepto de “título”, que aparece recogida de manera separada y como algo distinto de aquél.

Ello induce a suponer, por tanto, que se ha querido atribuir al término “título” un sentido más restringido, confiriéndole el significado de “convención intervivos, destinada al nacimiento del derecho de servidumbre”, equiparable por ello a negocio jurídico bilateral¹⁰. En tal caso, quizá hubiera sido más correcto, desde un punto de vista técnico-formal, completar la referencia que se realiza en el art. 26 de la Ley 4/1995 a la usucapión y al título (negocio jurídico bilateral), con una alusión a las restantes formas de constitución reconocidas (ley y “dedicación del dueño del predio sirviente”), como por ejemplo se hace en el art.4 apartado 2 de la LANISRV catalana.

Probablemente, tal olvido se haya debido al hecho de que el legislador gallego, al redactar el apartado 1 del art. 26 de la Ley, se ha limitado a transcribir literalmente el contenido del art. 64 del Trabajo sobre la Compilación de Derecho Civil de Galicia, presentado por algunos miembros de la extinguida Comisión Parlamentaria no permanente de Derecho Civil Gallego, sin reparar en la circunstancia de que, si bien dicho art.64 del citado Trabajo cobraba pleno y completo sentido en relación con el preceden-

¹⁰ Respecto a la interpretación del término “título”, en el Código Civil, en materia de servidumbres, vid. REBOLLEDO VARELA, *La servidumbre de paso.El art. 540 del C.C.: interpretación e importancia en Galicia*, en *La Ley*, nº 1392, 1986, p.2. A la equiparación entre “título” y “negocio jurídico”, se hace referencia, entre otras, en las SS.TS. de 26.6.81 y 23.6.1995.

te art.63, en el que se hacía referencia únicamente a la usucapión y al consentimiento de los titulares de los predios dominante y sirviente, estableciéndose por consiguiente una secuencia lógica entre los dos preceptos, no ocurre lo mismo en la Ley 4/1995. Así, mientras que en el art.25 del Texto legal se alude a cuatro modos adquisitivos (ley, “dedicación del dueño del predio sirviente”, negocio jurídico bilateral y usucapión), a continuación, en el artículo 26 de la Ley, a los efectos de determinación de los derechos y obligaciones de los titulares de los predios dominante y sirviente, de manera incompleta, únicamente se contiene una referencia al título (presumiblemente, negocio jurídico bilateral) y a la usucapión.

2.1.2. Modos de adquisición reconocidos: ley, “dedicación del dueño del predio sirviente”, negocio jurídico bilateral.

A los modos de adquisición o constitución de las servidumbres en general, o de la servidumbre de paso en particular, se dedican determinados preceptos en la legislación civil de otras Comunidades Autónomas. Así, por ejemplo, en el art. 128 de la Ley del derecho civil foral del País Vasco se prescribe que “la servidumbre de paso se adquiere en virtud de título o por prescripción de veinte años”. La Ley 396 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, señala en su primer párrafo que “las servidumbres pueden constituirse por actos inter vivos o mortis causa; y por adjudicación judicial en juicio divisorio o por acto particional”. Finalmente, en el art.6 de la LANISRV catalana, se indica que “las servidumbres se constituyen por título, por usucapión y por disposición de la ley”.

En el art.25 de la Ley 4/1995 se recogen, como ya se ha señalado, cuatro modos o formas de adquisición de la servidumbre de paso: la ley, la “dedicación del dueño del predio sirviente”, el negocio jurídico bilateral y la usucapión.

Por lo que se refiere a la primera de las formas reconocidas (ley), aparte de la mención que se hace a la misma en el art.25, no existe en la Ley ninguna referencia más, ni precepto específico alguno que la contemple.

En la Compilación del derecho civil foral de Navarra, sin embargo, sí se contiene en la Ley 399 una alusión más amplia a la ley, que se prevé como modo de constitución o modificación, en este caso necesaria, de las servidumbres en general, especificándose en la citada disposición normativa la forma de exigencia de los derechos así constituidos, y reconociendo-

se específicamente al propietario de una finca enclavada el derecho a la constitución de la servidumbre de paso.

La Ley catalana 13/1990, de 9 de julio (LANISRV), prevé en su art.6, entre las distintas formas de constitución de las servidumbres, la ley junto al título y la usucapión. A la ley también se hace referencia en el art.4 apartado 2 del citado Texto normativo como medida para determinar la utilización del predio sirviente por parte del titular del fundo dominante en caso de constitución legal del derecho¹¹.

Aun cuando también se prevé en el art. 25 de la Ley de Derecho civil de Galicia la “dedicación del propietario del predio sirviente” como forma de adquisición de la servidumbre de paso, tampoco se contiene en el Texto legal ninguna referencia, aparte de la señalada, ni precepto alguno más relativo a la misma.

Cabe suponer que el legislador gallego con el término, ciertamente singular, de “dedicación” del dueño del predio sirviente, se esté refiriendo a la forma de constitución que se recoge en el art.541 del C.C., que se conoce tradicionalmente como “constitución por signo aparente”, y que también ha recibido otras denominaciones como “constitución por destino del

¹¹ Asimismo, el legislador catalán, dedica la Sección segunda, dentro del Capítulo II de la LANISRV a las que denomina “servidumbres forzosas”, entre las que incluye la servidumbre (forzosa) de paso, que se regulará, según lo dispuesto en el art.24.1 de la citada Ley, “en lo que no se determina en el título constitutivo, por lo que establecen las normas para las servidumbres voluntarias contenidas en los artículos 8 y siguientes hasta el 17, que les sean de aplicación”. Dicho tipo de servidumbre forzosa se prevé funcionalmente, según se resalta en la Exposición de motivos de la Ley, desde dos puntos de vista: por una parte, cumpliendo la finalidad que se le atribuye como propia, concretada en la posibilidad concedida al propietario de la finca que para su debida utilización necesite una salida a la vía pública, de exigir el paso a los vecinos por el punto menos perjudicial, y, a su vez, más beneficioso para el fundo dominante, fijándose la anchura y características del paso, establecido en función de las necesidades del cultivo o la utilización normal del predio dominante, con el abono de la consiguiente indemnización por los perjuicios causados a los predios gravados, que se cifra en el pago del precio del terreno afectado, salvo que éste siga siendo utilizado por el propietario del predio sirviente, en cuyo caso, se prevé la reducción de la citada indemnización de forma proporcional a la utilización respectiva prevista; por otro lado, también se prevé dicha servidumbre forzosa de paso, además de como accesoria para realizar las instalaciones necesarias con la finalidad de establecer servidumbres y para realizar en ellas trabajos de conservación y reparación, como accesoria de las servidumbres principales de acueducto, de acequia, de pastos, de leñas, y de las redes aéreas y conducciones superficiales y subterráneas, conectadas a las conducciones públicas, a que se refiere el art.22 de la mencionada Ley catalana.

pater familias”, “constitución automática”, “constitución tácita”, “constitución por presunción legal”, o “servidumbre de propietarios”¹².

Tal modo de constitución, también aparece reconocido en la Compilación del derecho civil foral de Navarra, en cuya Ley 397, párrafo tercero, que en esencia reproduce el contenido del art.541 C.C., se establece más matizadamente que: “Asimismo se considerarán como servidumbres los servicios establecidos con signo aparente entre fincas de un mismo propietario, cuando se separe la propiedad de ambas por actos inter vivos o de última voluntad de aquél, si al tiempo de la separación subsiste el signo y si el título de disposición no excluye expresamente la servidumbre”.

Por el contrario, el legislador catalán, que, como se puede deducir *sensu contrario* del art. 17 de la LANISRV, atribuye la consideración de servidumbres a los servicios establecidos con signo aparente entre dos fincas de un mismo propietario, niega, en principio, al citado signo aparente, en el supuesto de transmisión de uno de los predios, la consideración de título suficiente para que la servidumbre continúe, salvo que, como se establece en el art.7 del mencionado Cuerpo normativo, en el acto de enajenación se haya dispuesto lo contrario¹³.

Junto a la Ley y la “dedicación del dueño del predio sirviente”, se recoge el negocio jurídico bilateral como forma de adquisición de las servidumbres de paso, prevista en el art.25 de la LDCG.

Si, de nuevo, nos remitimos a los precedentes más inmediatos de la Ley 4/1995, se puede observar que el legislador gallego ha optado por utilizar la expresión “negocio jurídico bilateral”, que se contenía en el art.25 (relativo a las formas de adquisición de la servidumbre de paso) del Trabajo presentado al Parlamento Gallego por el Consello da Cultura Galega, fren-

¹² Para este modo de constitución, que ha dado lugar a una amplísima jurisprudencia (Vid., al respecto, por ejemplo, muy recientemente, S.TS. de 14 de julio de 1995, así como las SSTs de 3 de julio de 1982, 7 de julio de 1982, 13 de mayo de 1986, 7 de marzo de 1991 y 16 de mayo de 1991, en las que se puntualizan los requisitos exigidos para dicho modo), cfr. BONET CORREA, *La constitución de servidumbre por signo aparente*, Madrid 1970; *La adquisición tácita de la servidumbre por signo aparente. Exámen de la Jurisprudencia desde 1970 a 1983*, en A.D.C. 1984, p.1187 ss.

¹³ Con anterioridad a la promulgación de la LANISRV, en Cataluña se venían suscitando dudas respecto a la aplicabilidad del art.541 C.C. Para esta cuestión, vid. BONET CORREA, *La inaplicabilidad del art.541 C.C. en Cataluña. Comentarios a la sent. de 10.12.76*, en A.D.C. 1978, p.193 ss.

te a la expresión “constitución por consentimiento de los titulares del predio dominante y sirviente” del art.63 del Trabajo presentado por algunos miembros de la extinguida Comisión Parlamentaria no permanente, del que, a su vez, toma el añadido “cualquiera que sea la forma en que aquel se expresase”, que incorpora en el art.25 del Texto legal vigente, como matización a dicha forma de constitución, salvando la incorrección formal contenida en la Proposición de Ley, en cuyo art.26 se indicaba textualmente que: “La servidumbre de paso se adquiere... por negocio jurídico bilateral o por cualquiera que sea la forma en que aquél se expresase”.

Por lo demás, la referencia que se hace en la LDCG al negocio jurídico bilateral, especificándose en el Texto legal respecto al mismo “cualquiera que sea la forma en que aquél se expresase”, implica dotar al término en cuestión de una notable amplitud, al entenderlo, en definitiva, en sentido jurídico-material, excluyendo su consideración restringida, en sentido meramente formal, instrumental o documental.

En la legislación civil de otras Comunidades Autónomas no se utiliza, al referirse a la constitución de servidumbres, de forma expresa el término “negocio jurídico bilateral”, como ocurre en la LDCG, sino que se opta por otras expresiones como “título” (art.6 de la LANISRV, y art.128 de la Ley del derecho civil foral del País Vasco) o “actos inter vivos o mortis causa” (Ley 396 de la Compilación del derecho civil foral de Navarra).

2.1.3. Referencia especial a la usucapión de las servidumbres.

2.1.3.1. Reconocimiento de la usucapión como modo adquisitivo de la servidumbre de paso. Precedentes.

El art.25 de la LDCG se cierra con una referencia a la posibilidad de adquirir la servidumbre de paso “por su posesión pública, pacífica e ininterrumpida durante el plazo de veinte años, que comenzará a contarse desde el momento en que empezase a ejercitarse”.

Tal afirmación supone el reconocimiento expreso de la prescripción adquisitiva o usucapión como modo de constitución de las servidumbres de paso¹⁴.

¹⁴ Con anterioridad a la entrada en vigor de la actual LDCG, la prescripción adquisitiva de las servidumbres de paso, sometida a las disposiciones del Código Civil, en especial arts.537,539 y 540, se presentaba en opinión de REBOLLEDO VARELA, *Las servidumbres de paso.El art.540 del C.C.*, cit., p. 1 ss., “fuertemente distorsionante con la realidad gallega”, puesto que, según este autor, servirse por una finca o fincas colindantes era algo

Por lo que se refiere a este modo de adquisición de la servidumbre de paso, es de resaltar que en el ámbito gallego, con ocasión de la celebración en el mes de octubre de 1972 del I Congreso de Derecho Gallego¹⁵, en el seno de la Sección IV, denominada “Castro Bolaño”, se presentaron diversos trabajos¹⁶ referidos de modo especial, además de a la supresión de una serie de instituciones forales que estando reconocidas en la Compilación de 1963 carecían de una vigencia real, a la precisión de incluir en la futu-

“cotidiano y hasta podría decirse que normal”. También con anterioridad a la vigente Ley 4/1995, en su sentencia de 25 de enero de 1995, en la que actuó como Ponente el Excmo. Sr. Vázquez Sandes, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, desestimando el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de La Coruña, sobre acción negatoria de servidumbre de paso, declaró en relación a la que se calificaba como “supuesta costumbre de Derecho civil de Galicia” relativa a la adquisición por usucapión de la servidumbre a través de su uso ininterrumpido durante veinte años lo siguiente: (considerando 6º) “Tampoco puede prosperar el motivo basado a su amparo en la usucapión de la servidumbre a través de su uso ininterrumpido durante veinte años conforme a una invocada supuesta costumbre de Derecho civil de Galicia, pues aun cuando éste es un Derecho de origen esencialmente consuetudinario, hoy tendente a integrarse lo máximo posible en la norma escrita que el legislador llegue a regular y a crear, es lo cierto que esa costumbre y esa práctica no existen en Galicia, como viene a poner de relieve, mismamente la invocación que al respecto hace el mismo recurrente trayendo a capítulo el cierto y conocido anhelo de la doctrina científica de que se establezca legalmente ese modo de adquirir, lo que no sirve de apoyo para admitir su existencia actualmente el Proyecto de Compilación al que venimos aludiendo porque si a través de él ha de finalizarse recogiendo esa doctrina y remediando con ello una necesidad cierta del campo gallego esto no constituye recogida de costumbre y constituye, en cambio, ejercicio del poder de legislar sobre Derecho propio de Galicia -también en todos los aspectos de esta materia integrada por instituciones como la de la serventía o la de menor contenido como es la servidumbre de paso y sus modos de adquisición- que le confieren al Parlamento de Galicia la Constitución en su art.149.8º y el Estatuto de Autonomía en sus arts.10 y 27 nº4”.

¹⁵ El objetivo principal del citado Congreso se centró en la posible revisión de la Compilación del derecho civil especial de Galicia prevista para 1973, así como en recoger la realidad socio-económica del país gallego, rectificando lo que procediese y tendiendo a la inclusión de la costumbre y la tradición jurídica que debiese estar en aquella. Así, en el art.3 del Reglamento del citado Congreso se señalaba como finalidad del mismo: “el estudio y, consecuentemente, proponer las soluciones del caso a la problemática actual de la vida jurídica gallega y en especial de las instituciones propias del Derecho Civil Especial de Galicia, con ocasión de acercarse el momento de la revisión decenal de la vigente Compilación”. Para todo lo relativo al mencionado Congreso, vid. *Libro del I Congreso de Derecho Gallego*, promovido por los Ilustres Colegios de Abogados de Galicia y la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, editado por la Comisión Ejecutiva del I Congreso de Derecho Gallego, La Coruña, 1974.

¹⁶ Aparecen recogidos en el *Libro del I Congreso de Derecho Gallego*, cit., p.417 ss.

ra Compilación revisada, entre otras instituciones omitidas de aquella, la servidumbre de paso y su adquisición por el instituto de la prescripción¹⁷, “recogiendo”, en palabras de la Ponencia de la mencionada Sección, “la costumbre inmemorial en Galicia y acomodándola al espíritu de la propia tradición jurídica”.

La citada Ponencia justificaba su Propuesta en base a los siguientes argumentos: “La distribución minifundista de la propiedad rural en Galicia origina un número extraordinario de fincas enclavadas, para cuyo aprovechamiento se vino realizando el paso desde tiempo inmemorial a través de otras parcelas próximas o colindantes con camino público; esta práctica campesina de usar tales caminos, en la creencia de estar en el derecho y posesión del paso, supone una grave perturbación al normal desarrollo y explotación del agro, a la conciencia popular, al sentido práctico de la convivencia humana, y a la realidad misma, al desconocer un mínimo de derechos a ser respetado en el uso que a ciencia y paciencia del dueño del predio sirviente se viene ejercitando, desde tiempo inmemorial, por el dueño del predio dominante sobre tal camino. De aquí, la imperiosa necesidad de regular en la futura Compilación revisada esta servidumbre de paso en el agro gallego, de tan generalizada extensión, en aras de la seguridad y paz jurídica”¹⁸.

Tras una serie de Sesiones de trabajo¹⁹, la Sección IV elevó al Pleno del Congreso, entre otras, y por lo que se refería a la prescripción de la servi-

¹⁷ Vid. especialmente los trabajos contenidos en el *Libro del I Congreso de Derecho Gallego* de Varela Rodríguez, *Las servidumbres de paso adquiridas por prescripción inmemorial*, p.429 ss, Alonso Zato, *Las servidumbres de paso ante la prescripción inmemorial. Propuesta de que en la Compilación se regule este título adquisitivo*, p.435 ss. Cfr., también, López Graña, *La servidumbre de paso “do agro”*, p.451 ss.

¹⁸ La Ponencia concluía estableciendo las siguientes conclusiones provisionales: “Primera.- Deberá redactarse un precepto en la Compilación por el que se establezca que la servidumbre de paso para el servicio ordinario de fincas rústicas podrá adquirirse por prescripción de veinte años sin distinción entre presentes y ausentes, contándose dicho tiempo desde el día en que empezó a ejercerse; Segunda.- Para adquirir la servidumbre por prescripción, la posesión ha de ser pacífica, pública e ininterrumpida; Tercera.- El derecho a prescribir vendrá determinado por la justificación de la necesidad o utilidad del predio al que sirve, sin perjuicio de que el dueño de la finca gravada tenga derecho a pedir su extinción desaparecida la necesidad. Se extinguirá también por causa de interés público o utilidad social y por el no uso durante cinco años para las fincas rústicas de uso periódico anual y de diez años para las restantes”.

¹⁹ Las Actas de las Sesiones de trabajo de esta Sección, se pueden consultar en el *Libro del I Congreso de Derecho Gallego*, cit., p. 537 ss.

dumbre de paso, una serie de conclusiones provisionales²⁰, adoptándose, entre otras, como conclusiones definitivas del I Congreso de Derecho Gallego, en relación a la materia que nos ocupa, las siguientes: “Previa.- La Compilación debe contener preceptos relativos a la adquisición de estas servidumbres (de paso) por prescripción, en el sentido que se infiere de las siguientes conclusiones; Primera.- La servidumbre de paso para el servicio ordinario de finca rústica, de casa de labranza o en sus anejos, podrá adquirirse por la prescripción de treinta años en el modo y extensión que durante ellos se viniere usando. Para las situaciones anteriores bastará la prescripción inmemorial, justificando, en caso de oposición, la necesidad racional y actual del gravámen. Se entenderá por prescripción inmemorial a estos efectos, aquella de la cual los más viejos del lugar no tuvieren memoria, de su inicio; Segunda.- Estas servidumbres se extinguirán: 2.- Por el no uso durante veinte años”.

De lo indicado se pueden extraer las siguientes consideraciones en materia de usucapión de la servidumbre de paso respecto al I Congreso de Derecho Gallego:

1. La necesidad expresa y manifestada de reconocer y regular determinados servicios de paso, ejercitados por los propietarios de *fincas enclavadas*, para el cultivo y aprovechamiento de las mismas, a través de otras parcelas próximas o colindantes con camino público, que se venían realizando desde tiempo inmemorial y que son calificados por los ponentes como servidumbres de paso²¹.
2. Partiendo del incuestionado reconocimiento de la adquisición mediante usucapión de tales servicios, resalta la duda, manifestada en las diversas conclusiones provisionales transcritas, respecto al plazo de

²⁰ Estas conclusiones provisionales fueron las siguientes: “Primera.- Deberá redactarse un precepto en la Compilación por el que se establezca que la servidumbre de paso para el servicio ordinario de finca rústica, de casa de labranza o de sus anejos, podrá adquirirse por la prescripción de treinta años en el modo y extensión que durante ellos se viniere usando; Segunda.- Estas servidumbres se extinguirán: 2º. Por el no uso durante veinte años”.

²¹ Tal necesidad se justificaba en la intención de resolver el problema planteado por la eliminación, con la promulgación del vigente C.C. (arts. 539 y 540, en relación con el art.532), de la prescripción como modo de adquisición de las servidumbres de paso, así como por la dificultad de poder acreditar ante Juzgados y Tribunales la correspondiente prueba de inmemorialidad, en el caso de que dichos servicios existiesen con anterioridad a la promulgación del C.C., obstaculizando la permanencia y estabilidad de estas relaciones jurídicas.

tiempo requerible para dicha prescripción adquisitiva: o bien de treinta, o bien de veinte años. La duda fue resuelta optándose por admitir en las conclusiones definitivas el plazo fijo de treinta años, junto a la inmemorialidad, cuantificada temporalmente como “aquella de la cual los más viejos del lugar no tuvieren memoria de su inicio”.

3. Finalmente, destaca la falta de coincidencia entre los plazos fijos establecidos para la prescripción adquisitiva y la extintiva (por no uso) de las citadas servidumbres de paso, proponiéndose para la primera el de treinta años, y para la segunda el de veinte.

Avanzando en el tiempo y en esta línea de reconocimiento de la usucapión como forma de adquisición de la servidumbre de paso, tanto en el Trabajo presentado, por una parte, por algunos miembros de la extinguida Comisión Parlamentaria no permanente de Derecho Civil Gallego ya mencionada, así como en el elevado al Parlamento Gallego por el Consello da Cultura Galega, por otra, se introducían sendos preceptos, arts. 63.2 y 25 respectivamente²², en los que también se contemplaba la posibilidad de adquirir la servidumbre de paso por prescripción adquisitiva o usucapión.

Por último, en el art.26 de la Proposición de Ley sobre Derecho Civil de Galicia, cuya redacción se corresponde con la que se contiene en el art.25 de la vigente LDCG, en el que se introducen respecto al del citado Proyecto algunas correcciones meramente lingüísticas, se transcribía literalmente lo señalado en el aludido art.63.2 del Trabajo presentado por los miembros de la extinta Comisión Parlamentaria no permanente.

De estos precedentes se deduce que el reconocimiento de la prescripción adquisitiva se presentaba, en definitiva y al igual que ya se había

²² En el art.63.2 del Trabajo de los miembros de la extinta Comisión Parlamentaria no permanente citada se señalaba textualmente que “Igualmente, la servidumbre de paso se puede adquirir por su posesión pública, pacífica e ininterrumpida durante el plazo de veinte años, que comenzará a contarse desde el momento en que comenzase a ejercitarse”. Los autores de la Propuesta justificaban en la Exposición de motivos la introducción de la usucapión, dentro de la normativa reguladora de la servidumbre de paso, presentándola como una solución aconsejada por “el más puro pragmatismo”, con la finalidad de poner término a la considerable cantidad de litigios motivados por la indefinición de un gran número de servicios y accesos a las fincas, constituidos a lo largo del tiempo a consecuencia del excesivo reparto de la propiedad de la tierra en Galicia y su apropiado laboreo, y que de hecho estuvieron operando como servidumbres de paso. También en el art.25 del Trabajo del Consello da Cultura Galega se recogía entre los modos de adquisición de la servidumbre de paso la “prescripción de veinte años”, añadiéndose respecto a la misma que “se tendrá en cuenta el tiempo desde que sea ejercitada pública y pacíficamente”.

manifestado en el I Congreso de Derecho Gallego, como fruto del interés en preservar determinados servicios o accesos de paso que se habían venido ejercitando por los particulares propietarios de determinadas parcelas de terreno, a través de otras y a lo largo del tiempo, que en la práctica y de facto venían cumpliendo las mismas funciones o finalidades prácticas desempeñadas por las servidumbres de paso, y cuyo reconocimiento jurídico resultaba a partir de la promulgación del C.C., si no imposible, sí altamente dificultoso a consecuencia de la regulación prevista en materia de prueba del hecho de la inmemorialidad.

Tales servicios encontraban para los proponentes de la introducción de la prescripción adquisitiva la justificación de su reconocimiento en la situación de distribución minifundista de la propiedad rural de Galicia, que todavía hoy en día se presenta como un problema pendiente de resolución en determinadas zonas de la Comunidad Autónoma. En este sentido se indicaba, no sin razón, que el excesivo reparto de la tierra provocaba la aparición de *fincas enclavadas*, para cuyo aprovechamiento sus titulares *necesitaban* servirse a efectos de paso de otras próximas o colindantes con camino público, y así lo venían haciendo a lo largo del tiempo; el no reconocimiento de tales supuestos derechos, supondría una notable cantidad de litigios, en algún caso calificados como injustos por considerar que el paso del tiempo proveía un título de por sí más que suficiente al usucapiente, en otros casos como inútiles, puesto que al tratarse de fincas enclavadas, tales servicios podrían constituirse, consiguiendo en definitiva los mismos efectos que con la prescripción adquisitiva, acudiendo al expediente previsto en el art.564 C.C., relativo a la constitución de la servidumbre forzosa de paso.

En otras Compilaciones y Leyes civiles de las Comunidades Autónomas, también se reconoce la prescripción adquisitiva como modo de constitución de las servidumbres de paso, frente a la regulación establecida en el Código Civil, que plantea, como es sabido, una diferencia de tratamiento en esta materia, distinguiendo, por una parte, entre las servidumbres continuas y aparentes, para las que admite su adquisición por usucapción, y, por otra, las no aparentes y discontinuas, entre las que se encontraría la de paso, para las que no admite tal modo adquisitivo²³.

²³ Vid. arts.537 a 541 C.C. Tradicionalmente, entre los argumentos que se suelen alegar por la doctrina para justificar la regla contenida en el C.C. de la imprescriptibilidad de las servidumbres discontinuas y no aparentes destacan:- La posesión de las servidumbres discontinuas es una posesión *iure familiaritatis*, es decir, de mera tolerancia por parte de los dueños de los pre-

En cada Comunidad la regulación de la usucapión ofrece matices diferentes. Así, por ejemplo, en la Compilación del derecho civil de Aragón, en los arts. 147 y 148, se admite y regula la prescripción adquisitiva de las servidumbres prescindiendo -como se indicaba en el Preámbulo de la Ley 15/1967, de 8 de abril, que modificaba en esta materia la normativa anterior, contenida en el Apéndice del C.C.-, de las discriminaciones clásicas entre “servidumbres positivas o negativas” y “contínuas o discontinúas”, para sentar unas reglas “más precisas”, en base a la distinción entre “servidumbres aparentes o no aparentes”. Partiendo de estos criterios, en el art.147 del actual Texto normativo aragonés, se establece para todas las servidumbres aparentes la posibilidad de que sean adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y de veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe; mientras que en el art.148, se establecen los mismos plazos posesorios para las servidumbres no aparentes susceptibles de posesión, exigiéndose además, en este caso, buena fe y justo título para poder consumir la usucapión, amén de mantener para esta clase de servidumbres la presunción de prescripción adquisitiva por prescripción inmemorial²⁴.

Tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria establecida para los bienes inmuebles también encuentran reconocimiento como modos de adquisición de las servidumbres en la Compilación del derecho civil foral de Navarra (Ley 356 y ss.), distinguiéndose en la Ley 397 a efectos del momento de inicio del cómputo temporal posesorio entre servidumbres positivas, servidumbres negativas aparentes, y servidumbres negativas no aparentes, para las que se toma respectivamente como punto de referencia

dios sirvientes;- La posesión de tales servidumbres discontinúas tampoco es ni puede ser contínuas e ininterrumpida;- La posesión de las servidumbres contínuas no aparentes nunca puede ser pública. Para una crítica a estos argumentos, cfr. el tradicional estudio de LACRUZ BERDEJO, *Usucapión de las servidumbres discontinúas o no aparentes*, en Estudios de Derecho civil, 1958, p.73 ss., y MARTINEZ CALCERRADA, *Régimen de adquisición y ejercicio de las servidumbres personales discontinúas (En torno a la usucapibilidad y ejercicio “dinámico” de las mismas)*, en Revista de Derecho Notarial, núm.48, 1965, p.178 ss. Cfr., además, para una aproximación a las cuestiones que plantea el tema de la constitución de servidumbres por usucapión en el sistema del C.C., con citas bibliográficas y jurisprudenciales: ALBALA-DEJO, *Derecho Civil III (Derecho de bienes)*, vol. 2º (7ªed.), 1991, p.137 ss.; LACRUZ, DE ASIS, LUNA, DELGADO, RIVERO, RAMS y MENDOZA, *Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales*, vol 2º (2ª ed.), 1991, p.160 ss.

²⁴ Sobre las diferencias en esta materia entre el Apéndice del C.C. y la Compilación aragonesa, vid. sucintamente ARECHEDERRA ARANZADI, *Propiedad y constitución de servidumbres*, 1993, p.117 ss.

inicial el primer acto de ejercicio en las positivas, la aparición de los signos de servidumbre en las negativas aparentes, y la prohibición formal del acto que la servidumbre impediría realizar en las negativas no aparentes. Por otra parte, en el precepto citado, se prescribe la obligación de respetar en todo caso el uso de las servidumbres aparentes cuyo ejercicio indiscutido durante largo tiempo se estime que puede continuar sin perjuicio de que la finca que lo padece. Asimismo, en la Ley 398 se regula la interrupción de la prescripción, admitiéndose como causas únicas de la misma la reclamación judicial conforme a la Ley 40, y la formalización de un acto obstativo o un ostensible signo prohibitivo.

En Cataluña²⁵, sin recurrir a las distinciones que se establecen entre las servidumbres como se hace en las Compilaciones anteriormente citadas, se prevé con carácter general en el art.6 de la LANISRV la posibilidad de adquirir servidumbres por usucapión, exigiéndose en el art.11 del mencionado Texto legal la “posesión pública, pacífica e ininterrumpida, en concepto de titular del derecho de servidumbre por un período de treinta años”, sin necesidad de título ni buena fe, como se prescribe en el art.342 de la Compilación catalana.

Finalmente, también en el art.128 de la Ley del derecho civil foral del País Vasco se prevé, en este caso, junto al título y sin más especificaciones, la “prescripción de veinte años” como modo de adquisición de la servidumbre de paso. El legislador del País Vasco justifica la redacción del citado precepto en base a la necesidad de recoger de nuevo la adquisición de las servidumbres de paso (alargando en este caso el antiguo plazo foral de quince años al de veinte propio del C.C), ante la omisión en la Compilación de Título dedicado en el Fuero de las prescripciones, omisión ésta que provocó a partir de 1959 el planteamiento de numerosos litigios en los que se denegaba la servidumbre sobre derechos de paso muy antiguos, precisamente a consecuencia de la imprescriptibilidad establecida para las servidumbres de paso prevista en el art.539 del C.C.

²⁵ Sobre el régimen de constitución de servidumbres por prescripción recogido en la Compilación catalana y su contraste con el contenido en el C.C., cfr. ARECHEDERRA ARANZADI, op. cit., p.121 ss.

2.1.3.2. *Requisitos exigidos por la Ley para la usucapión de las servidumbres de paso.*

Por lo que se refiere a los requisitos exigidos para poder adquirir las servidumbres de paso mediante prescripción, en el art.25 de la LDCG se establecen como tales su “posesión, pública, pacífica e ininterrumpida durante el plazo de veinte años”, sin especificarse que tal posesión debe ser, siempre y por supuesto, en concepto de titular del derecho, como acertadamente se matiza, por ejemplo, en el ya citado art. 11 de la LANISRV catalana, o en el art.1941 del C.C., matización ésta que no deja de tener trascendencia, puesto que, como es sabido y se viene declarando de forma reiterada por Juzgados y Tribunales, los actos posesorios ejercitados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño o titular de la finca sirviente de que se trate, no sirven a efectos de usucapión²⁶.

Tal y como aparece redactado el precepto aludido de la LDCG, hipotéticamente se podría entender justificada la mencionada omisión en todos aquellos casos en los que nos encontrásemos ante titulares de fincas enclavadas que estuviesen ejercitando servicios o accesos de paso, de facto y a lo largo del tiempo, a través de otras fincas ajenas, por supuesto de forma pública, pacífica e ininterrumpida, para los que, como se indicó *supra*, parece haber surgido fundamentalmente el reconocimiento de la prescripción adquisitiva prevista en la Ley gallega, suponiendo que, precisamente por la propia característica de la *necesariedad* de la realización del servicio (paso), el comportamiento de los ejercitantes implícitamente lo fuera, en todo caso, con el convencimiento de ser titulares de un derecho (en este caso de paso); pero tal hipótesis, a nuestro juicio, no encontraría una explicación suficiente en todos aquellos supuestos en los que no existiendo tal necesidad (nos referimos a aquéllos en los que la finca dominante no tuviera la condición de enclavada), se realizase el servicio por *mera utilidad* o, hasta incluso, por *comodidad*, en cuyo caso resultaría, por las características que presenta la concepción de la propiedad en la mentalidad del ámbito rural gallego, más difícil sobreentender o presuponer tan claramente tal convencimiento en los ejercitantes de creerse *ab initio* intrínsecamente titulares del derecho, por lo que parece imprescindible matizar,

²⁶ Cfr., por ejemplo, SSTS. de 20 de octubre de 1980 y 16 de noviembre de 1981. Para el requisito de la usucapión en concepto de titular del derecho que se usucape, vid. ALBALADEJO, *Derecho Civil III.Derecho de bienes*, vol I (7ª ed.), 1991, p.180 ss.

como se ha señalado, que para poder conferir la condición de servidumbre al servicio ejercitado a lo largo del tiempo, la posesión o ejercicio, además de pública, pacífica e ininterrumpida, debe ser, también y siempre, en concepto de titular del derecho.

En cuanto al plazo prescriptivo, los redactores de la Ley 4/1995 han optado por establecer con carácter único el de veinte años, al igual que el legislador vasco, tomando en definitiva el propio del Código Civil español, señalado en el art.537 para las servidumbres continuas y aparentes²⁷.

Por último, cabe señalar que el legislador gallego se preocupa por indicar en el art.25 de la Ley, quizá de forma innecesaria por su obviedad, que el plazo de prescripción “comenzará a contarse desde el momento en que (la servidumbre) empezase a ejercitarse”, pero, sin embargo, no precisa nada en cuanto a su posible interrupción, que, por ejemplo, sí aparece regulada en la ya citada Ley 398 de la Compilación del derecho civil foral de Navarra.

2.1.3.3. El problema de la intertemporalidad en materia de prescripción adquisitiva de las servidumbres de paso.

Finalmente, se plantea en torno a la prescripción adquisitiva de las servidumbres de paso otra cuestión trascendental que los redactores de la LDCG no han tenido especialmente en cuenta y que, ciertamente, va a plantear bastantes problemas en la práctica. Nos referimos a la posible intertemporalidad que se puede suscitar a consecuencia del reconocimiento en la Ley de un plazo fijo de veinte años a efectos de usucapión de las servidumbres de paso.

Este problema aparece resuelto en otras Compilaciones y Leyes civiles de diversas Comunidades Autónomas, adoptándose soluciones diferentes respecto a la retroactividad o irretroactividad en materia de usucapión de servidumbres.

Así, por ejemplo, en la Disposición Transitoria cuarta de la Ley del derecho civil foral del País Vasco, en donde, como ya se indicó, se establece un único plazo de veinte años para la prescripción adquisitiva de la servidumbre de paso, se prescribe expresamente que “la posesión de una servidum-

²⁷ No se contempla, sin embargo, aun cuando se pretende defender determinadas situaciones de inmemorialidad, como se ha indicado *supra*, la denominada prescripción de largo tiempo, que sí aparece prevista en la Compilación del derecho civil de Aragón y en la Compilación del derecho civil foral de Navarra.

bre de paso comenzada antes de la vigencia de esta Ley, aprovechará al poseedor a efectos de su adquisición por prescripción”.

En la Compilación del derecho civil foral de Navarra, así como en la Compilación del derecho civil de Aragón, la cuestión se solventa a través de una doble vía. Por una parte, mediante el reconocimiento de la prescripción inmemorial o de largo tiempo -(de forma específica para las servidumbres aparentes en Navarra (Ley 397 de la Compilación Navarra), y para las no aparentes susceptibles de posesión en Aragón (art.148 de la Compilación aragonesa)-. Por otra, a través del recurso a las Disposiciones Transitorias en el caso de aquellas otras servidumbres para las que no se prevé la prescripción inmemorial, o para las que previéndose dicha prescripción inmemorial se establece o reconoce también un plazo posesorio fijo. Para éstas, como principio general respecto a las posibles situaciones intertemporales que se pudiesen plantear, se indica en la Disposición Transitoria primera de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del derecho civil foral de Navarra, que “El Derecho Civil de Navarra, reconocido en la presente Compilación, se aplicará a los actos otorgados y a las relaciones causadas con anterioridad a su promulgación; y no surtirán efecto en contra de la Compilación cuantas disposiciones legales o reglamentarias, civiles, administrativas o fiscales, así generales como forales, se opongan a la misma”; en la Disposición Transitoria cuarta de la actualmente vigente Ley 3/1985, de 21 de mayo, por la que se aprobó la Compilación del derecho civil de Aragón, se establece que “Las demás cuestiones de derecho intertemporal que puedan suscitarse en la aplicación de la presente Ley se resolverán aplicando los criterios que informan las disposiciones transitorias de la Compilación del derecho civil de Aragón de 8 de abril de 1967”, en cuya Disposición Transitoria décima se señalaba textualmente en materia de servidumbres: “en la aplicación de las modificaciones introducidas en el régimen de usucapión de servidumbres (arts.147 y 148) el término se contará a partir del día de su entrada en vigor”.

Frente a lo señalado para otras Comunidades Autónomas, los redactores de la LDCG, sin embargo, no se han preocupado de introducir una disposición transitoria expresa y clara, mediante la que se pueda resolver directamente el debatido problema de la intertemporalidad en materia de usucapión de la servidumbre de paso. En este sentido, en la Disposición Transitoria cuarta de la Ley 4/1995, a la que en principio habría que acu-

dir, únicamente se establece de forma críptica que “Los demás problemas de derecho intertemporal que se susciten a consecuencia de la entrada en vigor de esta Ley se resolverán de conformidad con los principios que informan las disposiciones transitorias del Código Civil”²⁸.

Si bien mientras que el recurso a los principios informadores de las disposiciones transitorias del Código Civil puede ayudar, en cierta medida, a resolver los problemas de intertemporalidad en materia de servidumbres discontinuas planteados en el ámbito de aplicación del propio Código Civil, pensamos que no ocurre lo mismo en el ámbito de aplicación del Derecho Civil gallego²⁹, y ello, precisamente, a consecuencia de la diferente regulación o tratamiento que se da en tales ámbitos a la prescripción adquisitiva de dichas servidumbres.

Así, respecto al primero, que, como es sabido, reconoce de manera expresa y con carácter exclusivo como forma prescriptiva la prescripción de veinte años para las servidumbres continuas y aparentes, excluyendo la misma para las discontinuas, entre las que se encontrarían las servidumbres de paso (arts.537 y 539), se ha venido señalando que, a tenor de lo expresado en la Disposición Transitoria primera del C.C., en la que se dispone textualmente respecto a las situaciones anteriores a la promulgación del C.C. que “se regirán por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca”, habría que remitirse a la legis-

²⁸ Dicha Disposición Transitoria reproduce literalmente la que se corresponde con la primera 4. de la Proposición de Ley sobre el derecho civil de Galicia, que, a su vez, transcribía la que con el ordinal cuarto se contenía en el Trabajo presentado por algunos miembros de la extinta Comisión Parlamentaria no permanente de derecho civil de Galicia. Es de señalar que la redacción de la citada Disposición Transitoria cuarta de la vigente LDCG, varía con respecto a la de la Disposición Transitoria quinta de la anterior Ley 7/1987 de la Compilación de derecho civil de Galicia, en la que la remisión a los efectos de resolución de los “demás problemas de derecho intertemporal” que se suscitasen se hacía no ya, como actualmente se prevé, a los “principios que informan las disposiciones transitorias del Código Civil”, sino directamente a las disposiciones transitorias del citado cuerpo normativo.

²⁹ Sobre el alcance de la naturaleza y el ámbito de aplicación de las normas contenidas en la Ley de Derecho civil de Galicia, consideradas desde una perspectiva de conjunto, cfr. PENA LOPEZ, *Consideración del derecho foral como Derecho común.El sistema autónomo de derecho civil común gallego*, en Actualidad Civil nº46, 1995, p.925 ss.; *El ámbito material del derecho foral, con particular consideración del ámbito de aplicación del Derecho civil gallego*, en Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº85, 1995, p.1 ss.

lación anterior al Código Civil, en concreto a las Partidas. En la legislación de Partidas³⁰ (anterior al C.C.), para las servidumbres de paso (senda, carrera, vía y otras similares), a las que atribuye el carácter de discontinuas por su uso a intervalos y por depender de hechos del hombre, únicamente se reconoce un tipo de prescripción, que es en concreto la inmemorial (uso de la servidumbre por el actual titular o de su causante durante tanto tiempo que los hombres, los más ancianos, no puedan recordar el momento de su inicio), frente a las servidumbres continuas, ya fuesen aparentes o no, para las que se establecen unos plazos prescriptivos fijos (10 años entre presentes y veinte entre ausentes).

A tenor de lo señalado se llegaría a la conclusión de que, en el sistema de Derecho Civil común, tendrían la consideración de válidamente constituidas todas las servidumbres de paso que hubiesen sido adquiridas con anterioridad a la promulgación del Código Civil por prescripción inmemorial conforme a la legislación de Partidas, es decir, aquellas servidumbres de paso cuya adquisición se hubiese verificado por la prescripción inmemorial de las Partidas ya en el momento de la promulgación del Código Civil³¹.

¿Sería posible llegar a la misma conclusión en aquellos otros supuestos en los que las situaciones posesorias de las servidumbres de paso también encontrarán su inicio con anterioridad al Código Civil, pero que al publicarse éste no tuviesen todavía la nota de inmemorialidad, que lógicamente alcanzarían, si así se admitiese, por el transcurso del tiempo y sólo con posterioridad a la publicación del mencionado Cuerpo normativo?

Dicha cuestión se encuentra conectada con la de la posible aplicación de lo dispuesto en el art.1939 del C.C., también como norma derecho transitorio, a la prescripción inmemorial reconocida en las Partidas para las servidumbres de paso.

³⁰ Ley XV del Título XXXI de la Partida III: “Las otras servidumbres de que se ayudan los omes para aprovechar o labrar sus heredades e sus edificios, que non usan dellas cada dia mas a las veces, e con fecho, assí como senda o carrera, o vía que oviesse en heredad de su vezino; o en agua que viniessse una vez en la semana, o en el mes o en el año e non cada dia; tales servidumbres como éstas e las otras semejantes non se podrían ganar por el tiempo sobredicho; antes dizimos que quien las quissiere aver por esta razón, ha menester que haya usado dellas, ellos o aquellos de quien las ovieron, tanto tiempo de que non se puedan acordar los omes, tanto ha que començaron a usar”.

³¹ Vid. ESPÍN CÁNOVAS, *Derecho transitorio sobre la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas en el Código Civil español*, A.D.C. XVIII, 1965, p.626.

Puesto que en la primera parte del citado precepto se dispone que “la prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo”, a tenor de lo indicado, ¿sería también aplicable la legislación anterior (Partidas), sin entender por ello infringido lo dispuesto en la Disposición Transitoria primera del C.C., a todos los supuestos en los que la prescripción de las servidumbres de paso se hubiese iniciado, pero no finalizado durante la vigencia de aquella?

La doctrina científica³² se ha inclinado por ofrecer una respuesta negativa a la cuestión planteada, entendiéndola inaplicable en materia de servidumbres discontinuas el art.1939 del C.C., y ello precisamente a consecuencia de la específica naturaleza de la prescripción inmemorial, reconocida para las mismas en la legislación anterior (Ley XV, Tít. XXXI, Partida III), en cuyo concepto no cabe hablar de prescripción comenzada y no terminada, sino tan sólo de su consumación, derivada de un uso cuyo origen no consta por ser tan remoto que impediría tener memoria o recuerdo del mismo³³.

Por su parte, la jurisprudencia ha adoptado respecto al problema debatido una actitud oscilante, sosteniendo abiertamente, en un primer momento, la aplicación del art.1939 a la prescripción inmemorial de servidumbres discontinuas iniciada antes del Código, pero no existente al momento de su publicación con el carácter de inmemorialidad necesario para originar

³² Vid. ESPÍN CÁNOVAS, op. cit., p.624 ss.

³³ En este sentido, se aducen fundamentalmente como razones determinantes que avalarían tal respuesta las siguientes:- El art. 1939 del C.C., por su colocación en el Capítulo I del Título dedicado a la prescripción, que recoge “Disposiciones generales”, sería una norma de aplicación general, pero que tendría un carácter restringido al no estar encuadrado entre las demás disposiciones transitorias del Código, que cedería en caso de conflicto en los supuestos de prescripción de servidumbres discontinuas frente a otra serie de normas o leyes especiales de preferente aplicación, como es la restrictiva del art.539 del mismo Cuerpo normativo; - Ni la letra, ni el espíritu del art.1939, íntegramente considerado, consentirían su aplicación a la prescripción inmemorial, puesto que el mencionado artículo está referido, como parece deducirse de la interpretación conjunta de las dos disposiciones que se contienen en el mismo, a la prescripción fijada legalmente por un plazo de tiempo cierto y determinado, contemplando la hipótesis de la diversa duración de dicho plazo establecido por la ley antigua y por la nueva, con la intención de favorecer al prescribiente en la prescripción adquisitiva;- El Código respeta, como se deduciría de la declaración general que encabeza las disposiciones transitorias, y así se recoge en la primera, tan sólo los derechos adquiridos o nacidos de hechos realizados bajo el régimen de la legislación anterior, situación ésta en la que no se encontraría la prescripción comenzada pero aun no terminada. Vid. ESPIN CANOVAS, op. cit., p.627 ss.

su adquisición conforme a la Ley de Partidas; y rechazando posteriormente de modo implícito, en una segunda fase, la aplicación de la mencionada norma a la citada prescripción inmemorial de servidumbres discontinuas, exigiendo en tales supuestos, conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria primera del C.C., que la inmemorialidad ya se hubiese causado con anterioridad a la vigencia del Código³⁴.

Frente al régimen que se establece en el Código Civil respecto a la prescripción adquisitiva de las servidumbres, en el art.25 de la Ley 4/1995 se recoge expresamente, dentro del ámbito civil gallego, la posibilidad de adquirir las servidumbres de paso por prescripción de veinte años, remitiendo la Disposición Transitoria cuarta del mencionado Texto legal a los principios informadores de las disposiciones transitorias del Código Civil, a los efectos de resolución de los posibles problemas de derecho intertemporal que se pudiesen plantear al respecto.

¿Tiene efecto retroactivo lo dispuesto en la LDCG respecto de aquellas situaciones posesorias de servidumbres de paso anteriores a la entrada en vigor del referido Cuerpo normativo?.

El recurso que en la Disposición Transitoria cuarta de la Ley 4/1995 se contiene en referencia a los principios informadores de las disposiciones transitorias del Código Civil, que serían aplicables por prescripción legal, pero en este caso teniendo en cuenta la diferente regulación que se estable-

³⁴ Las SSTs. de 7 de enero de 1920 y 22 de octubre de 1955 sostienen abiertamente la aplicación del art.1939 C.C. al supuesto de la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas conforme a la Ley de Partidas, mientras que la STS. de 3 de julio de 1961, interpretando las normas de derecho transitorio del C.C. marcaría una nueva fase al exigir para poder declarar la existencia de una servidumbre de paso por prescripción inmemorial que dicha prescripción apareciese causada con anterioridad a la entrada en vigor del mencionado Cuerpo legal. Para el análisis de esta jurisprudencia, así como para el exámen de otras SSTs que se han venido citando por un sector doctrinal en apoyo de la tesis de la aplicación del primer párrafo del art.1939, vid., con citas bibliográficas, ESPIN CANOVAS, op. cit., p.632 ss. Recientemente, en S. de 5 de marzo de 1993, el T.S. ha declarado en esta materia que "sólo es posible adquirir la servidumbre de paso, como discontinua que es, por medio de título sea contractual, o reconocimiento del dueño del predio sirviente, o bien del prevenido en el art.541 del Código Civil o por medio de sentencia judicial, pero nunca por prescripción adquisitiva por prohibirlo los arts.537 y 539 de dicho Cuerpo legal salvo que se trate de la posesión inmemorial comenzada antes de la promulgación del Código Civil (SS. 7.1.1920 que invoca la Ley 15, Título 31 de la Partida 3ª y la Disposición Transitoria primera de aquel Texto sustantivo y SS. 3.7.1961; 14.6.1977; 6.12.1985; 21.10.1987 y 15.2.1989)".

ce en el ámbito civil gallego, en el que se reconoce por primera vez la posibilidad de adquirir las servidumbres de paso por prescripción, conduce al planteamiento de otra cuestión previa: ¿Cuáles son los principios informadores de las disposiciones transitorias del Código Civil a los que habría que acudir para dar respuesta a la pregunta anteriormente formulada?.

Aun cuando no se encuentre recogida entre las Disposiciones Transitorias que se insertan al final del Código Civil, la regla derivada de la norma intertemporal, y por ello en esencia de derecho transitorio común, que se contiene en el art.1939 del C.C. y está específicamente referida a la prescripción iniciada antes de entrar en vigor el Código, no creemos que sea aplicable en este caso, puesto que dicha norma, como se ha indicado *supra*, a tenor de la interpretación realizada integrando las dos disposiciones que en la misma se recogen, parecería referida al supuesto de que tanto la legislación anterior como la nueva estableciesen un plazo de tiempo prescriptivo fijo diferente, lo que implica en ambos casos que se trate de un derecho prescriptible, tanto según la ley antigua como la nueva, afectando el cambio legislativo a los requisitos o modalidades exigidos³⁵, lo que ciertamente no sucede en el ámbito gallego, en el que, si bien mientras que en la Ley nueva se establece un plazo prescriptivo fijo, en la antigua (Compilación) ni siquiera se reconocía tal posibilidad³⁶.

El hecho de que el derecho a adquirir por prescripción las servidumbres de paso se reconozca por primera vez en la vigente LDCG, podría inducir a entender aplicable, por la circunstancia señalada, la regla que se recoge en el segundo párrafo de la Disposición Transitoria primera del Código Civil, en la que se indica: “Pero si el derecho aparece declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido de igual origen”.

La aplicación de lo dispuesto en la citada regla tampoco parece posible en la materia que nos ocupa, puesto que, con independencia del sentido que se atribuya a la expresión “de igual origen” referida al derecho

³⁵ Así lo ha entendido la doctrina francesa en la interpretación del art.2281 del Code Civil francés, del que está tomado el art.1939 del C.C. Vid. ESPÍN CÁNOVAS, op. cit., p.631 s.

³⁶ Cfr. en el ámbito civil catalán respecto al problema de derecho intertemporal aludido, en materia de adquisición por prescripción de servidumbre de vistas, la S. del TSJ. de Cataluña de 17 de Octubre de 1994.

adquirido, que se contiene al final del precepto³⁷, y al margen de la determinación de la existencia o no de un derecho adquirido bajo la legislación anterior que pudiese resultar perjudicado por el reconocimiento de otro derecho desconocido anteriormente, como ha señalado la jurisprudencia, interpretando el contenido de la disposición transitoria estudiada, al otorgar el Código eficacia a los derechos reconocidos o declarados por primera vez en el mismo, derivados de actos anteriores a su vigencia, no se refiere a los creados por actos que fueran nulos con arreglo a la legislación antigua, pues tales actos, por razón de su nulidad no pueden estimarse con vida real y legal para ningún efecto³⁸.

Por ello, y dado que en supuestos como el que ahora se plantea, en los que la nueva ley (Ley 4/1995) considera válidos actos (posesorios de servidumbre de paso) que bajo el imperio de la antigua (Compilación del derecho civil de Galicia, aprobada por Ley 7/1987, de 10 de noviembre) carecían de tal validez, no existe ninguna disposición transitoria que por vía interpretativa autorice para llegar a la conclusión de que un acto ineficaz, cuya ineficacia sería originaria, automática y radical, deba adquirir por ministerio de la ley una vida que antes no tenía, quedando sanado por el mero hecho de que la nueva ley admita su validez. En conclusión, habría que estar a lo dispuesto en el art. 2.3 del C.C., en el que, como es sabido, se establece el principio de irretroactividad, aplicable con carácter subsidiario y en defecto de determinación por la nueva ley sobre su posible efecto retroactivo.

Todo lo indicado conduce, por tanto, a inclinarse en esta materia por la irretroactividad de la Ley 4/1995, puesto que en la misma no se señala nada en cuanto a su posible aplicación con efecto retroactivo respecto a las situaciones posesorias de servidumbres de paso anteriores a la entrada en

³⁷ “...siempre que no perjudique a otro derecho adquirido de igual origen”. Para un sector doctrinal dicha expresión haría referencia a que el derecho adquirido tiene su origen en, o, “bajo la legislación anterior”. Vid. REGLERO CAMPOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XXV, Vol 2º, 1994, p.693; DIEZ-PICAZO, GULLON, *Instituciones de Derecho Civil*, Vol I, 1995, p.91. Otros autores señalan que “se trata de que ese otro derecho adquirido haya nacido del mismo hecho al que ahora el C.C., vincula el nacimiento por primera vez de otro derecho”. Vid. HERNANDEZ GIL ALVAREZ CIENFUEGOS, *Comentario del Código Civil (Ministerio de Justicia)*, Tomo II, 1991, p.2189.

³⁸ Vid. al respecto STS 14 de mayo de 1903, citada, entre otros, por SANTOS BRIZ, *Código Civil (Comentarios y Jurisprudencia)*, 1991, p.886, y REGLERO CAMPOS, op. cit., p.705 s. Cfr., también, en sentido similar a la señalada, las sentencias recogidas por este último autor, op. cit., en la p.706 s.

vigor del referido Cuerpo normativo, ni tampoco existe ningún principio informador en las Disposiciones Transitorias del Código Civil que permita resolver la cuestión en el sentido de retroacción señalado.

Si ello fuese así, únicamente aprovecharían a los efectos de adquisición por prescripción aquellas situaciones posesorias de servidumbres de paso comenzadas a partir de la entrada en vigor de la Ley 4/1995, con lo que la supuesta intención del legislador gallego que presuntamente motivó el reconocimiento de la prescripción adquisitiva para las servidumbres de paso (que no es manifestada en la Exposición de motivos del citado Cuerpo normativo, pero que sí aparece expresada en la del Trabajo presentado por algunos miembros de la extinta Comisión Parlamentaria no permanente de derecho civil de Galicia, que sirvió en esta materia como base para la redacción del art.25 de la Ley) relativa a la finalidad de dar fijeza a la constitución de un gran número de servicios y accesos a las fincas, establecidos a lo largo del tiempo y que de hecho estuvieron operando como servidumbres de paso, preservando los mismos, quedaría diluida en la nada, y ello, precisamente, por no haber dotado al precepto de los correspondientes efectos retroactivos.

2.2. Art.26. Determinación de los derechos y obligaciones de los titulares de los predios, con especial referencia al supuesto de constitución mediante negocio jurídico bilateral.

En el art.26 de la LDCG, cuya redacción concuerda plenamente con la contenida en el art.27 de la Proposición de Ley que, a su vez, recogía íntegramente la que se dio al art.64 del Trabajo presentado en el Parlamento Gallego por algunos miembros de la extinta Comisión Parlamentaria no permanente de derecho civil de Galicia, se hace referencia con carácter genérico a los derechos y obligaciones de los titulares de los predios dominante y sirviente, indicándose en el apartado primero de la mencionada norma -que por lo demás también coincide con lo dispuesto en el primer párrafo del art. 598 del C.C.- que tales derechos y obligaciones, “vendrán determinados por lo dispuesto en el título constitutivo y, en la adquirida por usucapión, por la posesión”, para añadir a continuación, en el apartado segundo, que “en caso de duda, la servidumbre se entenderá constituida de manera que satisfaga las necesidades del predio dominante con el menor perjuicio para el fundo sirviente”.

Si, como ya se indicó al analizar el art.25 de la Ley 4/1995³⁹, se identifica el término “título”, contenido en el primer apartado del art.26, con “negocio jurídico bilateral”, como presumiblemente parece poder deducirse de los precedentes que sirvieron de base a dicho artículo (en concreto, art.64, en relación con el art.63, ambos del Trabajo sobre la Compilación de derecho civil de Galicia, presentado por algunos miembros de la extinta Comisión Parlamentaria no permanente de derecho civil de Galicia), habría que concluir que lo que se dispone en el citado art.26 de la LDCG en cuanto al “título constitutivo”, se encontraría referido a las denominadas servidumbres voluntarias, que se contraponen a las legales o forzosas, adquiridas por ley y cuyo régimen jurídico, a consecuencia del específico modo a través del que se constituyen, presentaría unos rasgos singulares⁴⁰.

En todos estos supuestos de constitución de servidumbres mediante negocio jurídico bilateral resulta necesario, desde un punto de vista práctico, determinar en primer lugar la existencia del gravámen, para, en un segundo momento, precisar su contenido.

Por lo que respecta a la primera cuestión, la doctrina jurisprudencial ha venido exigiendo siempre de manera constante y reiterada en todos aquellos supuestos de constitución de servidumbre mediante contrato, una determinación volitiva indudable respecto a la constitución del gravamen, un claro concierto de voluntades dirigido a ese fin, entendiendo que, en caso de duda, la interpretación de las cláusulas contractuales se deberá realizar de forma restrictiva, atendiendo a las reglas generales establecidas para los contratos, así como a las particulares propias de los negocios de que específicamente se trate. En este sentido, se viene operando con la presunción inconcusa de libertad natural del fundo a consecuencia de la configuración de las servidumbres como gravámenes limitativos del dominio que derogan el régimen normal al que éste se encuentra sometido⁴¹.

En cuanto a la determinación concreta del *modus servitutis* o contenido de la servidumbre (derechos y obligaciones de los titulares de los predios dominante y sirviente), dado el amplio margen que en el ámbito con-

³⁹ Vid. *supra* epígrafe 2.1

⁴⁰ Cfr. en el ámbito del Derecho Civil común, arts.550 y 551. C.C.

⁴¹ Vid. STS. de 27 de febrero de 1993. Para la exigencia en estos casos de una determinación volitiva indudable de la constitución de la servidumbre, cfr., por ejemplo, SSTS de 6 de diciembre de 1981 y de 6 de diciembre de 1985. A la presunción de libertad natural de los fundos en casos dudosos alude, entre otras muchas, por ejemplo, la STS. de 9 de mayo de 1985.

tractual tiene la autonomía de la voluntad y así se reconoce en ésta materia, en principio, en el supuesto de constitución mediante contrato, también habrá que estar a lo establecido en el negocio jurídico constitutivo⁴².

Así se prescribe en el primer apartado del art.26 de la LDCG, coincidente, como ya se ha indicado, con lo dispuesto con carácter general para las servidumbres voluntarias en el primer párrafo del art.598 del C.C., remitiéndose en ambas normas, a efectos de la determinación de los derechos y obligaciones de los titulares de los predios, al ejercicio de la servidumbre (posesión) en aquellos supuestos de adquisición por usucapión.

Aun cuando en estos artículos no se hace referencia a aquellos supuestos en los que la constitución de la servidumbre se lleva a cabo por signo aparente, la jurisprudencia ha señalado que, en tales casos, y en atención al amplio margen concedido a la autonomía de la voluntad que se reconoce en ésta materia, habrá que atender al normal alcance indicativo que se desprenda de dicho signo aparente⁴³.

Una vez constatada o confirmada la existencia de la servidumbre, se pueden plantear en relación a su contenido diversos problemas prácticos: por una parte, cuando estando previsto y determinado negocialmente el contenido del gravamen, existan dudas o discrepancias interpretativas entre los constituyentes respecto a sus derechos y obligaciones; por otra, cuando también existan dudas, pero porque únicamente se haya señalado el contenido básico de la servidumbre.

En el apartado segundo del art.26 de la Ley 4/1995 se establece que “en caso de duda, la servidumbre se entenderá constituida de manera que satisfaga las necesidades del predio dominante con el menor perjuicio para el fundo sirviente”.

En nuestra opinión, tal precisión, realizada con un carácter muy general, habría que referirla más que al contenido en sí de la servidumbre, que en esencia es lo que se trata de determinar, al ejercicio de la misma, respecto del que tal principio actuaría siempre como cortapisa: la servidumbre debe ejercitarse *civiliter*, es decir, procurando obtener, mediante la atemperación de su ejercicio a los fines para los que se constituyó, el máximo rendimiento para el fundo dominante con el mínimo agravio para el sirviente⁴⁴.

⁴² Vid. al respecto, entre otras, SSTS. de 31 de mayo de 1949 y de 13 de mayo de 1987.

⁴³ Vid., STS. de 3 de marzo de 1942.

⁴⁴ Así se señala, por ejemplo, en la STS. de 31 de mayo de 1949.

Por ello, entendemos que cuando, estando previsto y determinado negocialmente el contenido del gravamen, existan dudas o discrepancias interpretativas entre los constituyentes respecto a sus posibles derechos y obligaciones, para resolver dichas dudas⁴⁵, como ya se señaló, habrá que atender a las reglas generales establecidas para la interpretación de los contratos y, en particular, a las propias del negocio jurídico de que específicamente se trate⁴⁶.

Cuando únicamente se señale el contenido básico de la servidumbre (derecho al paso), lógicamente habrá que estar a las disposiciones establecidas, tanto con carácter general como específicas, que sean aplicables para la servidumbre de que se trate, a los efectos de poder determinar los derechos y obligaciones que respectivamente correspondan a los titulares de los fundos dominante y sirviente. Con la finalidad de proceder a dicha determinación, entendemos que, a falta de la existencia de un precepto específico en la Ley 4/1995, y a tenor de lo dispuesto en el art.3.1 del mencionado Cuerpo legal, el gravamen se regirá en cuanto a los derechos y obligaciones de los titulares de los predios por las disposiciones que le fuesen aplicables del Título VII, del Libro II del Código Civil, relativo a las servidumbres, en tanto dichas disposiciones no se opongan a los “principios informadores del ordenamiento jurídico gallego”.

Por último, es preciso resaltar que, no sólo “en caso de duda”, como se indica en el art.26.2 de la Ley 4/1995, sino más bien siempre, es decir, en cualquier caso, la servidumbre se entenderá constituida de manera que, ejercitándola con el menor perjuicio para el fundo sirviente, permita obtener el máximo beneficio para el fundo dominante, pudiendo responder tanto a razones de necesidad (“satisfacción de las necesidades del fundo dominante”, señaladas en el citado precepto), como a motivaciones de simple utilidad, no mencionadas en la norma, y en las que el gravamen también puede encontrar su fundamento.

En la Ley 396 de la Compilación del derecho civil foral de Navarra la cuestión de la falta de determinación precisa del contenido de la servidumbre se resuelve de una forma más clara, señalándose que, en tal caso,

⁴⁵ Partiendo del principio de que todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que mejor le pareciese, con las únicas limitaciones de que no contravenga ni las leyes ni el orden público. Vid. art.594 C.C.

⁴⁶ Así se desprende, entre otras, de las SSTs. de 27 de noviembre de 1981 y 25 de febrero de 1988.

“se llevará a efecto esa determinación, a falta de acuerdo entre los interesados, por la persona facultada para ello por el constituyente o, en su defecto, por decisión judicial en atención a los signos aparentes, las circunstancias de los predios y el uso del lugar”.

Finalmente, en el art.8 de la LANISRV catalana se establece con un criterio general restrictivo que “la servidumbre se constituirá para utilidad exclusiva del predio dominante y no se extenderá más allá de lo que sea necesario para alcanzarla”, en clara sintonía con la configuración y adecuación que se propone dar en el citado Cuerpo normativo a las servidumbres prediales, condicionando para ello su existencia a la prestación de una ventaja para la finca dominante y exigiendo la mínima incomodidad o lesión para la finca sirviente.

2.3. Art.27. La adecuación de la servidumbre de paso a los actuales medios de transporte. Posibilidad de ampliación.

El art.27 de la LDCG también reproduce en esencia, salvo con algún leve matiz lingüístico (utilización, más correctamente del término “agravar” por “gravar”, y “agravación” por “gravación”, en el apartado primero del precepto), el art.30 de la Proposición de Ley, que se corresponde plenamente con el art.65 del Trabajo sobre la Compilación de derecho civil de Galicia presentado en el Parlamento por algunos miembros de la extinta Comisión Parlamentaria no permanente de derecho civil de Galicia, en cuya Exposición de Motivos los proponentes del citado Trabajo justificaban la incorporación a la normativa propuesta de las medidas contenidas en el artículo (“adecuación de la servidumbre de paso a los actuales medios de transporte, y su posible ampliación”), por razones de puro pragmatismo.

El mencionado art.27 de la Ley 4/1995 se encuentra dividido en dos apartados. En el primero se parte del principio general de que el titular del predio dominante no podrá agravar de ninguna manera la servidumbre, ni el del predio sirviente realizar ningún acto suponga menoscabo de su ejercicio, para señalar a continuación, como excepción, que “sin embargo, no se considerará agravación la adecuación de los medios de transporte a los avances técnicos, siempre y cuando no se cause perjuicio apreciable en la condición del fundo gravado”. Seguidamente, en el apartado segundo del precepto se prescribe que “cuando una servidumbre de paso llegase a ser insuficiente para las necesidades del predio dominante, el dueño de éste podrá pedir su

ampliación en la medida en que tales circunstancias lo exigieren, siempre que el estado del predio sirviente lo permita sin grave perjuicio y tras indemnización”, matizándose a continuación que “el aumento de necesidades podrá ser debido a las modificaciones introducidas en el fundo dominante de acuerdo con su mejor uso y explotación”.

A nuestro juicio, tal y como aparece redactado el precepto, el mismo puede dar lugar a interpretaciones erróneas.

Resulta evidente que el legislador gallego ha pretendido dejar bien claro en el apartado primero de la citada norma que en todos aquellos supuestos que, con manifiesta impropiedad, denomina de “adecuación de los medios de transporte a los avances técnicos”⁴⁷, no se produce agravación, siempre y cuando, como es lógico, no se cause un perjuicio apreciable en la condición del fundo gravado.

No obstante tal afirmación general, estimamos que ello no quiere decir, como pudiera parecer, que, precisamente por no suponer agravación, siempre se pueda producir de forma directa y automática, es decir, sin más, tal “adecuación de los medios de transporte a los avances técnicos” por parte del propietario del fundo dominante. En este sentido, en el apartado segundo del artículo, se establece la posibilidad de solicitar la “ampliación” de la servidumbre de paso cuando la misma fuese “insuficiente para (cubrir) las necesidades del predio dominante”, pudiendo tal aumento de necesidades responder a las modificaciones introducidas en el fundo dominante, de acuerdo con su mejor uso y explotación (por ejemplo, mediante la citada “adecuación de los medios de transporte a los avances técnicos”). Dicha posibilidad se concreta en la medida en que tales circunstancias lo exigiesen, siempre que el estado del predio sirviente lo permita sin grave perjuicio, y con el abono de la correspondiente indemnización.

Por ello, y entendiendo lo dispuesto en el apartado segundo del art.27 como complementario de la excepción contenida en el apartado primero (“no se considerará agravación la adecuación de los medios de transporte a los avances técnicos”), es de suponer que en todos aquellos supuestos en

⁴⁷ Entendemos que hubiera sido más correcto indicar tales casos como de “adecuación de la servidumbre de paso a la utilización de los actuales o nuevos medios técnicos de transporte”, como acertadamente se señalaba en la Exposición de motivos del Trabajo presentado por algunos miembros de la extinta Comisión Parlamentaria no permanente de derecho civil de Galicia, ya citada.

que fuese necesario proceder a la “ampliación” de la servidumbre, y así se pretendiese por el propietario del predio dominante, dicha “ampliación”, que evidentemente podría responder a motivos de “adecuación de los medios de transporte a los avances técnicos” a consecuencia de “modificaciones introducidas en el fundo dominante, conforme a su destino y mejor uso y explotación” (apartado segundo del artículo *in fine*), siempre deberá ser solicitada por el propietario del fundo dominante, sin que la misma se pueda operar automáticamente, argumentando, por ejemplo, en base al apartado primero del mencionado art.27 de la Ley, que la “adecuación de los medios de transporte a los avances técnicos” no tiene la consideración de agravación.

En nuestra opinión, los posibles problemas interpretativos citados a que puede dar lugar el artículo podrían resolverse suprimiendo de su apartado primero la referencia que como excepción se contiene en el mismo a la regla general de que el titular del predio dominante no podrá agravar de ninguna manera la servidumbre, ni el del predio sirviente realizar ningún acto que suponga menoscabo de su ejercicio: “sin embargo, no se considerará agravación la adecuación de los medios de transporte a los avances técnicos, siempre y cuando no se cause perjuicio apreciable en la condición del fundo gravado”; y ello porque tal precisión, a nuestro juicio, resulta totalmente innecesaria.

En este sentido, entendemos que, al señalar el propio legislador gallego al final del apartado segundo del artículo que “el aumento de necesidades (del predio dominante que puedan dar lugar a la solicitud de ampliación de la servidumbre de paso) podrá ser debido a las modificaciones introducidas en el fundo dominante de acuerdo con su destino y mejor uso y explotación”, dentro de tales modificaciones, cabría suponer implícitamente incluida la “adecuación de los medios de transporte a los avances técnicos” a que se alude en el primer apartado del precepto, por lo que su mención en el mismo sobraría⁴⁸.

⁴⁸ A tenor de lo señalado, el artículo podría quedar redactado de la siguiente forma: “1. No podrá el titular del predio dominante agravar de ninguna manera la servidumbre ni el del predio sirviente realizar ningún acto que suponga menoscabo de su ejercicio. 2. Cuando una servidumbre de paso llegase a ser insuficiente para cubrir las necesidades del predio dominante, el dueño de éste podrá pedir su ampliación en la medida en que tales circunstancias lo exigiesen, siempre que el estado del predio sirviente lo permita sin grave perjuicio y tras indemnización. El aumento de las necesidades podrá ser debido a las modificaciones introducidas en el fundo dominante de acuerdo con su destino y mejor uso y explotación”.

En la legislación de otras Comunidades Autónomas también se incluyen preceptos relativos a la posibilidad reconocida al titular del fundo dominante de solicitar la ampliación de la servidumbre.

Así, por ejemplo, en la Ley 400 de la Compilación del derecho civil foral de Navarra se señala que “cuando una servidumbre de paso llegare a ser insuficiente para las necesidades del predio dominante, el dueño de éste podrá pedir la ampliación en la medida en que tales necesidades lo exigieren, siempre que el estado del predio sirviente lo permita sin grave perjuicio, y mediante el abono de justa indemnización”.

También en el art.129 de la Ley del derecho civil foral del País Vasco se prescribe que “el dueño del predio dominante podrá exigir, mediante la correspondiente indemnización, que se dé mayor anchura a la servidumbre de paso, en la medida suficiente para satisfacer todas las necesidades de dicho predio”.

Por lo que se refiere a Cataluña, en el número dos del art.18 de la LANISRV, que se encuentra situado en la Sección segunda, del Capítulo II, relativa a las servidumbres forzosas, se indica que “la anchura y las características del paso se fijarán en función de las necesidades de cultivo o la utilización normal del predio dominante”.

En el Código Civil, sin embargo, falta una norma que, en atención a las posibles modificaciones por variación del estado de los predios, entendidas en relación al posible destino económico y mejor uso y explotación que en cada momento puedan imprimir los propietarios a las fincas, permita proceder a la ampliación de la servidumbre de paso. No obstante, se ha señalado que quizá se pudiera encontrar un cierto apoyo en el art.566 del citado Cuerpo normativo, encuadrado en la Sección tercera del Capítulo II del Título VII, relativa a servidumbre legal de paso, en el que se dispone que “la anchura de la servidumbre de paso será la que baste a las necesidades del predio dominante”.

En cualquier caso, la jurisprudencia parece inclinarse por la posibilidad de la ampliación, aunque sobre la base de la indicación de la finalidad de la servidumbre por el constituyente⁴⁹.

⁴⁹ Cfr. en este sentido SSTS. de 4 de mayo de 1951 y de 18 de mayo de 1981.

2.4. Art.28. Modos de extinción de las servidumbres de paso: confusión, no uso y renuncia.

En el art.28 de la LDCG se recogen los modos de extinción de la servidumbre de paso. La citada norma reproduce el art.31 de la Proposición de Ley sobre derecho civil de Galicia (variando únicamente en la letra a) del citado artículo el término “tránsito” por “paso”), que a su vez coincide con la redacción que se da al art.66 del Trabajo sobre la Compilación de derecho civil de Galicia, presentado en el Parlamento gallego por algunos miembros de la extinguida Comisión parlamentaria no permanente de derecho civil de Galicia.

Como modos de extinción de la servidumbre de paso se señalan los siguientes: a) La reunión en una misma persona de la propiedad de los fundos dominante y sirviente, considerándose a tales efectos suficiente la adquisición de la porción de terreno afectado por el paso, en cuyo caso quedaría liberado de la servidumbre el resto del predio gravado; b) El no uso durante el plazo de veinte años; c) La renuncia del titular del predio dominante.

Tales modos de extinción ya aparecían contemplados en la segunda de las conclusiones definitivas (números 1,2 y 4), relativas a la servidumbre de paso, que fueron elevadas en su día por la Sección IV “Castro Bolaño” al Pleno del I Congreso de Derecho gallego, sin la matización que con respecto al primero de los modos anteriormente citados se efectúa en el actual Texto legal, relativa a la liberación de la servidumbre para el resto del predio gravado en aquellos supuestos de adquisición de la porción del terreno afectado por el paso, siendo además resaltable el distinto plazo propuesto en dichas conclusiones definitivas para la prescripción extintiva (20 años) y la adquisitiva (30 años), frente a la regulación actual, en la que ambos plazos prescriptivos (adquisitivo y extintivo) son iguales (20 años)⁵⁰.

Aparte de los modos extintivos reseñados, en la segunda de las citadas conclusiones definitivas elevadas por la Sección IV al Pleno del I Congreso de Derecho Gallego, también se establecía la extinción de la servi-

⁵⁰ En la segunda de las mencionadas Conclusiones definitivas elevadas al Pleno se señalaba: “Estas servidumbres se extinguirán: 1.- Por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y sirviente; 2.- Por el no uso durante veinte años; 4.- Por la renuncia del dueño del predio dominante”.

dumbre de paso: -"Cuando los predios vengan a tal estado que no pueda usarse la servidumbre; pero ésta revivirá si después el estado de los predios permitiera usar de ella, a no ser que cuando sea posible el uso haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción" (número 3); -"Por la redención convenida del dueño del predio dominante y el del sirviente" (número 5); -"Por la falta de necesidad racional en el ejercicio de la misma, con abono en este caso de los gastos que haga preciso el otro acceso para trasladar a éste el uso que venía dando la finca que se libera" (número 6)

Respecto a la primera de las causas ahora señaladas, el legislador gallego ha optado, a nuestro juicio acertadamente, por regular en un artículo aparte, en concreto en el art.29 de la Ley 4/1995, la falta de utilidad de la servidumbre junto a la imposibilidad de su ejercicio, causas éstas de las que nos ocuparemos en el epígrafe siguiente. Ninguno de los otros dos modos de extinción de la servidumbre de paso aludidos se recogen en la vigente LDCG.

En relación a los mismos, consideramos que la denominada "redención convenida entre el dueño del predio dominante y el del sirviente", podría haberse incluido en el elenco de modos extintivos que se contiene en el art.28 de la Ley 4/1995⁵¹, y ello precisamente porque si se señala el negocio jurídico bilateral como posible modo de constitución o adquisición de la servidumbre de paso, parece totalmente lógico, por razones de simetría expositiva, reconocer dicha redención convencional como posible modo de liberación del gravamen, puesto que el mismo también supone un negocio jurídico bilateral, orientado en este caso a la extinción del derecho.

Entre los modos de extinción de la servidumbre de paso que específicamente aparecen previstos en el art.28 de la LDCG se señala, en primer lugar, en el apartado a) de la norma, la extinción por confusión, que aparece como consecuencia del principio *nemini res sua servit*, y que exige siempre una integración tanto personal como real (conurrencia en la misma persona de la propiedad de los fundos dominante y sirviente, de manera definitiva e irrevocable), precisándose en el citado artículo, como ya se ha señalado, que la adquisición de la porción de terreno afectada por el paso supone la liberación de la servidumbre para el resto del predio gravado.

⁵¹ El legislador catalán, por ejemplo, lo incluye entre los modos reconocidos de extinción de las servidumbres en el art.13 de la LANISRV.

Tal precisión, que también aparece formulada con carácter general para todas las servidumbres en la Ley 406 de la Compilación del derecho civil foral de Navarra, implica necesariamente la determinación exacta del *locus servitutis* (lugar preciso sobre el que puede ejercitarse la servidumbre) o de la parte del fundo a la que la servidumbre sirve (porción delimitada del predio, considerada como fundo y sobre la que se establece el gravamen), puesto que si faltase tal determinación, al gravar la servidumbre a todo el fundo y estar constituida a favor de todo el mismo, la reunión, y por consiguiente la extinción, únicamente se produciría cuando se adquiriese todo el fundo, sin que por vía de hecho fuese posible considerar que la servidumbre se ejercita sólo a favor o sobre una determinada parte del fundo.

Sin embargo, en el apartado a) del art.28 de la Ley 4/1995 no se hace referencia a los supuestos de adquisición de una parte del fundo, en este caso indivisa, para los cuales, en la citada Ley 406 de la Compilación del derecho civil de Navarra se establece expresamente que “cuando lo que se adquiere es una parte indivisa, la servidumbre no se considera extinguida”, conclusión ésta que deriva de la aplicación rigurosa del principio de indivisibilidad de las servidumbres, y que supone en tales casos de adquisición de una cuota de condominio la subsistencia por completo de la servidumbre respecto al fundo común, al no poder extinguirse la misma más que por completo⁵².

En el ámbito civil catalán se atribuye efectos extintivos a la confusión en tanto la persona en la que se reúnan los fondos manifieste su voluntad de extinguir el gravamen y obtener su cancelación registral. Así, en el art.17 de la LANISRV, se prescribe que “la servidumbre no se extinguirá por el sólo hecho de que se consiga reunir en una sólo persona a los propietarios de los predios dominante y sirviente, pero el interesado podrá manifestar su voluntad de extinguirla y obtener su cancelación registral”. Asimismo, en los supuestos de división o segregación de los predios, se reconoce expresamente en el art.16 de la citada Ley la posibilidad de solicitar la extinción de la servidumbre respecto de la finca o fincas resultantes para las que no tenga utilidad el gravamen.

Otro de los modos de extinción de la servidumbre de paso reconocidos en el art.28 de la Ley 4/1995 es el no uso, que también aparece previsto en la Ley

⁵² La regla se corresponde con el aforismo romano, contenido en D.8.1.8.1.: *per partes servitus retinetur licet ab initio per partes adquisiri non potest*.

406 de la Compilación de derecho civil foral de Navarra y en el art.13 de la LANISRV catalana⁵³. El plazo establecido para la extinción de la servidumbre por falta de uso varía en cada una de las Comunidades Autónomas citadas, que en cada caso coincide con el señalado en las mismas para la prescripción adquisitiva, concretándose dicho plazo extintivo en veinte años en Navarra y Galicia, y treinta en Cataluña.

De los tres Cuerpos normativos mencionados únicamente en la Ley 406 *in fine* de la Compilación del derecho civil foral de Navarra se determina expresamente el momento a partir del cual se empezará a contar el término de la prescripción liberatoria, recurriendo a estos efectos a la distinción entre servidumbres positivas y negativas: “En las servidumbres positivas la prescripción liberatoria se contará a partir del momento en que dejen de usarse; y en las negativas, desde que se realice un acto obstativo”.

Por lo que se refiere al ámbito del Derecho civil común, el modo extintivo que nos ocupa resulta de aplicación general a todas las clases de servidumbres, a diferencia de lo que ocurre con la prescripción adquisitiva o usucapión, que, como es sabido y ya se indicó *supra*, aparece restringida en esta materia a las servidumbres continuas y aparentes.

En el número 2 del art.546 del C.C., que se complementa con lo dispuesto en los arts.547 y 548 del citado Texto normativo, también se prevé la determinación del momento de inicio del plazo prescriptivo, distinguiéndose a los efectos del cómputo entre servidumbres discontinuas o continuas.

Finalmente, en el reiterado art.28 de la LDCG también se reconoce la renuncia del titular del predio dominante como modo de extinción de la servidumbre de paso.

Este modo, que también aparece previsto en la Ley 406 de la Compilación del derecho civil foral de Navarra, así como en el art.13 de la LANISRV catalana, se concreta en la declaración unilateral del titular del predio dominante y, consiguientemente, no necesita aceptación por parte del titular del predio sirviente por tratarse de una manifestación de voluntad no recepticia.

En el citado art.28 de la LDCG no se clarifica, sin embargo, si tal renuncia debe ser necesariamente expresa o cabe también la posibilidad de que la misma pueda ser tácita.

⁵³ Vid., también para Cataluña, el art. 344 de su Compilación de derecho civil.

Al respecto, en la mencionada Ley 406 de la Compilación del derecho civil foral de Navarra se prescribe que “las servidumbres se extinguen por la renuncia de su titular, formalizada como acto de disposición sobre inmuebles”, optándose así por la forma expresa.

En cualquier caso, la jurisprudencia ha venido manifestando reiteradamente en relación a la cuestión debatida que dicha renuncia, aparte de tener que ser personal, ha de revestir en cuanto a la forma las características de ser clara, terminante e inequívoca, como expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, admitiéndose en diversas sentencias⁵⁴ no sólo la forma escrita y expresa, sino también la tácita, cuando la misma se exprese mediante actos suficientemente claros e inequívocos y concluyentes⁵⁵.

2.5. Art.29. La imposibilidad de uso y la inutilidad en el ejercicio de la servidumbre de paso como causas de extinción.

La Sección Primera (“De la servidumbre de paso”) del Capítulo II (“Servidumbres y serventías”), correspondiente al Título III (“Derechos reales”) de la LDCG, se cierra con el art.29.

Este artículo, que en su contenido se corresponde prácticamente de forma plena con el art.32 de la Proposición de Ley sobre el derecho civil de Galicia (las únicas diferencias se encuentran en que en el citado art.32 se hablaba en el número 1 de “imposibilidad de hecho”, y en el número 2, en vez de utilizar el verbo “recobrar”, se utilizaba el verbo “recubrir” en referencia a la utilidad), coincidente a su vez con el art.67 del Trabajo presentado por algunos miembros de la extinta Comisión Parlamentaria no permanente de derecho civil de Galicia (en cuyo Texto, en el número 1 del precepto, también se hablaba de “imposibilidad de hecho”, pero en su número 2, sin embargo, se utilizaba el verbo “recobrar”, al igual que en el actual art.29 de la vigente Ley 4/1995), contiene en dos apartados sendas referencias a dos hipótesis distintas de hechos que también pueden dar lugar a la extinción de la servidumbre, pero para las que en todo caso sólo se reconoce tal extinción cuando transcurra el plazo de veinte años, establecido en el artículo anterior para la extinción por no uso.

⁵⁴ Cfr., entre otras, por ejemplo, SS.TS. de 9.2.1954 y 16.10.1987.

⁵⁵ Entre las sentencias que se inclinan por la renuncia expresa, cfr., por ejemplo: SS.TS. de 17.11.1931, de 13.6.1942 y de 20.12.1960.

Así, en el número 1 del art.29 de la Ley, se alude a la imposibilidad (se entiende, sobrevenida) de usar la servidumbre, prescribiéndose que la misma “no produce su extinción en cuanto no transcurra el plazo de veinte años”. En el número 2 se contempla el supuesto de la imposibilidad, indicándose al respecto que “hasta el transcurso del antedicho plazo, tampoco se extinguirá por falta de utilidad en el ejercicio”, añadiéndose a continuación que “sin embargo, si la servidumbre deviniese inútil por no reportar ninguna ventaja al predio dominante, el titular del predio sirviente podrá solicitar la suspensión del ejercicio en tanto la servidumbre no recobre la utilidad o no transcurra el plazo legal de extinción”.

Tanto la imposibilidad de uso como la inutilidad en el ejercicio de la servidumbre se presentan como la contraposición lógica y jurídica de la posibilidad y la utilidad, que, como es sabido, son requisitos exigidos para la existencia de cualquier servidumbre⁵⁶.

La utilidad, entendida en un sentido amplio (comprendiendo comodidad y amenidad), que aparece en abstracto referida siempre real y objetivamente al fundo dominante (*servitus fundo utilis esse debet*) como entidad inherente e inseparable de éste, y no al titular del mismo (propietario actual), puesto que en tal caso nos encontraríamos en el ámbito de las obligaciones y no de los derechos reales, constituye al mismo tiempo el contenido propio de toda servidumbre, así como su fundamento. En el aspecto económico supone un incremento de valor del fundo; en el jurídico, una extensión de la esfera jurídica de aquél⁵⁷.

La posibilidad, referida al ejercicio de la servidumbre, es otro requisito en función del que se puede encontrar la utilidad: una servidumbre cuyo ejercicio se haga imposible, resulta inútil. La inutilidad derivaría en este caso de la imposibilidad de su ejercicio. La imposibilidad en el ejercicio de la servidumbre excluye la utilidad que, como se ha indicado, constituye el contenido y fundamento del derecho.

No obstante, la falta de utilidad de la servidumbre también se puede producir con independencia de la imposibilidad de su ejercicio: una servidumbre puede ser inútil siendo posible su ejercicio. En tales supuestos, existiendo la posibilidad de ejercicio, será preciso determinar si tal inuti-

⁵⁶ Cfr. BIONDI, *Trattato di Diritto civile e commerciale*, vol.XII *Le servitù*, 1967, p.592.

⁵⁷ Cfr. BIONDI, *op cit*, p.132.

lidad lo es para el actual propietario o para el propio fundo, solventándose la cuestión en el sentido de entender que en tanto sea posible el ejercicio de la servidumbre, aun cuando el mismo resulte inútil para el actual propietario, aquella lógicamente continuará subsistiendo, puesto que la utilidad aparece referida siempre al predio y no a la persona.

El legislador gallego ha querido separar, a nuestro juicio acertadamente, distinguiendo en el art.29 de la Ley 4/1995 en dos números, por una parte, los supuestos de imposibilidad de ejercicio, y, por otra, los de falta de utilidad de la servidumbre. En ambos casos se prescribe la no extinción del gravamen hasta que no transcurra el plazo legal extintivo de veinte años, fijado en el artículo anterior para el no uso, que en esencia sería la causa que produciría o motivaría la extinción de la servidumbre por hechos que duran en el tiempo.

Al no considerar extinguido el gravamen en tanto no transcurra el plazo señalado, en todos aquellos casos de imposibilidad de ejercicio, la servidumbre se encontraría en un estado de quiescencia o latencia, restableciéndose plenamente cuando, siempre dentro del período de veinte años, se verificase un cambio que determinase la posibilidad de volver a ejercitarla.

En aquellos otros supuestos en los que fuese posible el ejercicio de la servidumbre pero el mismo adoleciese de utilidad por no reportar ventaja ninguna al fundo dominante, se prevé en el número dos del art.29 la posibilidad, reconocida a favor del titular del fundo sirviente, de solicitar la suspensión en el ejercicio “en tanto la servidumbre no recobre la utilidad o no transcurra el plazo legal de extinción”.

Respecto a esta última precisión estimamos que la referencia reiterada al transcurso del plazo legal de extinción, como momento hasta el cual se podría solicitar la suspensión en el ejercicio de la servidumbre, junto al momento de la recuperación de la utilidad de la misma (ambos momentos aparecen separados por la conjunción disyuntiva “o” en la redacción que se da al precepto), resulta totalmente innecesaria, puesto que ya al principio del propio número dos del artículo se prescribe textualmente que “hasta el transcurso del antedicho plazo (legal de extinción de veinte años) tampoco se extinguirá la servidumbre por falta de utilidad en el ejercicio”.

Con esta premisa inicial aparece ya limitada temporalmente (hasta el plazo legal de extinción) la posibilidad, a que se hace seguidamente refe-

rencia en el artículo, de solicitar la suspensión del ejercicio de la servidumbre inútil por no reportar ninguna ventaja al fundo dominante, en tanto la misma no vuelva a recobrar la utilidad. Una vez transcurrido el plazo legal de extinción por no uso (veinte años) sin que la servidumbre recobre la utilidad se producirá automáticamente su extinción; hasta que no transcurra aquél, y en tanto la servidumbre no recobre su utilidad, reportando de nuevo ventaja al fundo dominante, el titular del predio sirviente podrá solicitar la suspensión del ejercicio.

También en la legislación civil de otras Comunidades Autónomas se contienen referencias tanto a la falta de utilidad de la servidumbre como a la imposibilidad de su ejercicio, que aparecen conectadas a efectos extintivos con el plazo temporal fijado legalmente para la prescripción del gravámen.

En este sentido, en la Ley 407 de la Compilación del derecho civil foral de Navarra se señala en relación a la falta de utilidad que “cuando por el estado de las fincas la servidumbre pierda su utilidad, si no transcurriere el plazo de la prescripción extintiva podrá ejercitarse de nuevo tan pronto cese el estado impositivo”.

El legislador catalán, por su parte, en el art.14 de la LANISRV, contempla el supuesto de imposibilidad del ejercicio. En este artículo, que aparece estructurado en tres números, se prevé la posibilidad de que el titular del predio sirviente pueda exigir la extinción de la servidumbre cuando el ejercicio de la misma resulte imposible (art.14.1). Tal imposibilidad de exigir la servidumbre “se determinará en función de la naturaleza de la servidumbre a la que afecta, pero en ningún caso se tendrá en cuenta la que dura menos de un año completo” (art.14.2).

No obstante, en el número 3 del citado art.14 de la LANISRV, se deja a salvo el derecho del titular del predio que fue dominante a reclamar al titular del que fue sirviente el restablecimiento⁵⁸ de la servidumbre, sin

⁵⁸ En el art.546.3º del C.C., en referencia a la imposibilidad de uso de la servidumbre, contemplada como una de las posibles causas de extinción, se señala que “ésta revivirá si después el estado de los predios permitiera usar de ella, a no ser que cuando sea posible el uso, haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción, conforme a lo dispuesto en el número anterior” (plazo de veinte años, que principiará a contarse desde el día en que hubiera dejado de usarse la servidumbre respecto a las discontinuas; y desde el día en que hubiera tenido lugar un acto contrario a la servidumbre respecto a las continuas). La aludida causa de extinción, con la matización señalada, fue formulada por la Sección IV “Castro Bolaño”, prácticamente en los mismos términos que en el artículo reproducido del

indemnización, si, antes de transcurrido el tiempo necesario para la prescripción, las circunstancias de los predios dominante y sirviente permiten nuevamente su ejercicio.

Asimismo, en el art.16 de la mencionada LANISRV se regula la falta de utilidad de la servidumbre en relación a los supuestos concretos de división de los predios, posibilitándose también en tales casos exigir la extinción del gravamen.

3. Las serventías en la Ley 4/1995 de Derecho civil de Galicia. Normativa reguladora.

El Capítulo II del Título III de la Ley 4/1995 se cierra con la Sección 2ª, que incluye los arts.30 a 32, dedicados a las serventías, formalizándose legislativamente una figura jurídica que con anterioridad a su recepción legal tenía un carácter consuetudinario notorio.

A nuestro juicio, la regulación de esta institución en una Sección distinta y separada de la dedicada a la servidumbre de paso, resulta acertada, puesto que, aun cuando se trate, como ya se indicó *supra*, de dos figuras coincidentes en su finalidad práctica (posibilidad de paso), ciertamente ambas se presentan diferenciadas en su estructura jurídica⁵⁹.

3.1. Art.30. Serventías.

En el art.30 de la LDCG, que reproduce prácticamente de manera literal el art.28 de la Proposición de Ley sobre el derecho civil de Galicia, y en esencia viene a coincidir en cuanto a contenido, aun cuando varíe su redacción, con el art.26.1 del Trabajo sobre la Compilación de derecho

C.C., dentro de la Segunda de las Conclusiones definitivas, relativas a la extinción de las servidumbres de paso, elevadas al Pleno del I Congreso de Derecho Gallego: "Estas servidumbres se extinguirán: 3.-Cuando los predios vengan a tal estado que no pueda usarse la servidumbre; pero ésta revivirá si después el estado de los predios permitieran usar de ella, a no ser que cuando sea posible el uso haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción". Para la crítica a la doctrina de la "extinción-resurrección" de las servidumbres, calificada por algún sector como "absurda", cfr. BIONDI, *op.cit.*, p.604 ss. y n.240.

⁵⁹ Frente al tratamiento sistemático que se da en la Ley, en la Proposición de Ley sobre el derecho civil de Galicia las normas relativas a las serventías aparecían recogidas también en tres artículos (arts.28,29 y 33), conjuntamente con las concernientes a las servidumbre de paso, dentro del Capítulo I bajo la rúbrica de "Servidumbre de paso", perteneciente al Título II ("Servidumbres y serventías"), que asimismo incluía otros dos capítulos: uno relativo al "cómara" (Capítulo II), y otro al "retracto de graciosa" (Capítulo III).

civil gallego, elevado al Parlamento de Galicia por el Consello da Cultura Galega, se otorga la consideración de serventía o servicio al “paso que se efectúa sobre un terreno que no tenga carácter público y del que no conste el dominio o la identidad individualizada de los que lo utilizan..., cualquiera que fuese lo que cada uno de los usuarios o causantes cediese para su constitución o establecimiento”.

Así pues, y en contraposición a la servidumbre de paso, la serventía no presupone frente a aquella la existencia de predio dominante y sirviente, y se constituye como un camino o vía sobre terrenos de propiedad particular de cada uno de los colindantes, sin que conste el dominio o identidad individualizada de tal camino, respecto del que los colindantes tienen el derecho de usar, disfrutar y poseer en común a efectos del paso. En este sentido se ha venido pronunciando la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, entre otras, en sus sentencias de 10 de julio de 1985 y de 14 de mayo de 1993⁶⁰.

3.2. Art.31. Presunción de serventía. Serventía de agr.

En el art.31 de la LDCG, que encuentra su precedente más inmediato en el art.29 de la Proposición de Ley sobre el derecho civil de Galicia, que, a su vez, transcribe literalmente el art.28 del Trabajo sobre la Compilación de derecho civil gallego, elevado al Parlamento de Galicia por el Consello da Cultura Galega, se prescribe que “se presume serventía o servicio si las leiras forman o formaron parte del agro, agrá o vilar, y si se prueba el uso contínuo”.

⁶⁰ En dichas SS., en relación a esta figura jurídica, vigente también en otras Comunidades del Estado como la Canaria o la Asturiana, el Alto Tribunal ha señalado entre sus rasgos definitorios que “la serventía es la vía utilizada por cada uno de los colindantes, con derecho a usarla y disfrutarla en común a los efectos de paso, pero sin que se admita la propiedad sobre ella ni conceda el derecho individual a pedir su extinción, salvo el de renunciar a su utilización, según costumbre inmemorial de la comarca”(S. de 10.7.1985); “no hallándose probado el carácter de público o municipal del camino litigioso, puede tratarse de una serventía, definida por la Real Academia como un camino que pasa por terrenos de propiedad particular y que utilizan los propietarios de otras fincas para comunicarles con las públicas, institución distinta de la servidumbre propiamente dicha, dotada de un valor jurídico del que carece la serventía, que sólo se refiere a camino privado, sin requerir la existencia de un predio dominante y sirviente, consustanciales a la servidumbre y que al hallarse constituida sobre terrenos de propiedad particular de cada uno de los colindantes, éstos tienen el derecho de usar, disfrutar y poseer en común, a los efectos de paso, sin que sea concebible el derecho individual a pedir su extinción... la existencia de la citada serventía obliga a todos y cada uno de los colindantes a respetar el paso de los demás por el condominio constituido sobre terrenos de la propiedad particular de todos ellos” (S. de 14.5.1993).

Aun cuando en el citado art.31 de la Ley no se establezca una diferenciación a los efectos de la presunción de serventía o servicio entre las “leiras” que forman parte del “agro”, “agra” o “vilar”, y las que formaron parte de ellos, entendemos que resulta de todo punto necesario establecer dicha distinción, puesto que las consecuencias en uno y otro caso, a nuestro juicio, serían distintas.

En el supuesto de que las “leiras” o terrenos de labranza formen parte del “agro”, “agra” o “vilar”, precisamente por las características de este tipo de extensiones de terreno⁶¹, así como por la comparación de sus notas definitorias con los requisitos que se establecen en el art.30 de la Ley 4/1995 para que exista serventía o servicio, entendemos que el paso ejercitado a través del “agra” por los titulares de las “leiras” que la integran, más que presumirse serventía o servicio como se dispone en el artículo, tendrá la consideración de serventía o servicio, en este caso, específicamente de “serventía de agra”⁶².

Con independencia de que el legislador gallego podría haber condicionado la existencia o consideración de la citada “serventía de agra” a la

⁶¹ Los términos “agro”, “agra” o “vilar”, que se recogen en la Ley como sinónimos, se encuentran referidos a la superficie rústica continua, generalmente destinada a labradío, dividida en parcelas pertenecientes a distintos propietarios (“leiras”) que son labradas “a la misma mano”, y que está cercada con un muro o “valado” en el que se abren las “cancelas” necesarias para entrar y salir de dichas fincas, “cancelas” de las que parten uno o varios caminos o vías interiores que son consustanciales al “agro” y por los que los titulares de las “leiras” integradas en el mismo ejercitan el paso (servicio o serventía “de agro o agra”), conforme a las correspondientes necesidades del cultivo y recolección de las cosechas.

⁶² En relación a esta figura, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con anterioridad a la entrada en vigor de la actual Ley de Derecho civil de Galicia, en sentencia dictada con fecha de 22 de julio de 1994 (Ponente Ilmo. Sr. Sande García), por la que se estimaba el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lugo, sobre acción negatoria de servidumbre, calificaba a la “serventía (o camino) de agra”, practicada sobre el “agro” o “superficie rústica delimitada y distinguible “per se”, con muro valla y cancelas para entrar y salir” como “norma consuetudinaria notoria”, indicando respecto a dicha institución, “diferente de la servidumbre”, que la jurisprudencia del T.S. (SS. anteriormente citadas de 10.7.1985 y 14.5.1993) “pone incontrovertiblemente de manifiesto la vigencia de una institución no compilada como la serventía, norma consuetudinaria integrante del ordenamiento jurídico civil de Galicia”, de “señalada especificidad” y conocida “notoriedad en los términos que establece el art.2.2, párrafo segundo, de la Ley gallega 11/93 (de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de derecho civil especial de Galicia)(“...para los efectos de este recurso son notorios, además de los usos y costumbre compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo...”)).

prueba del uso local, puesto que existen zonas en la Comunidad Gallega en las que la misma habría desaparecido y por ello no tendría sentido alguno mantenerla, estimamos que tampoco resulta muy comprensible, en el supuesto de que las “leiras” formen parte del “agro”, “agra” o “vilar”, el requisito establecido al final del art.31 relativo a la necesidad de prueba del uso contínuo, y ello, entre otros motivos, por la propia naturaleza del camino o caminos por los que se ejercita el paso en esta forma específica de serventía de agra, sobre los que, por definición y por ser consustanciales al “agro”, al no constar el dominio o identidad individualizada de cada uno de los que ejercitan el paso, se establecería una suerte de copropiedad.

Por lo que se refiere a otro supuesto recogido en el artículo 31 de la Ley, es decir, que las “leiras” hubiesen formado parte del “agro”, entendemos que la presunción de serventía, tal y como se formula parece aceptable, con una matización respecto al “uso contínuo” que se contiene como requisito en la norma. En tal caso, resultaría necesario probar, más que la continuidad en el ejercicio dinámico del derecho (en concreto, la continuidad del paso, que de hecho puede presentarse y se presenta a intervalos, sin ser incesante), la normalidad o regularidad en el aprovechamiento o disfrute de la utilidad que reporta dicho servicio.

3.3. Art.32. Ejercicio de paso dentro del “agra”.

Finalmente, en el art.32 de la LDCG se regula el ejercicio de paso para la realización de las tareas agrícolas en las “leiras” o parcelas dentro del “agra” o “vilar”, señalándose que “el ejercicio de paso para la realización de las faenas agrícolas en leiras o parcelas dentro del agra o vilar se practicará del modo y de la forma que se derivase de la costumbre del cultivo a la misma mano u hoja, arró, cómaro o ribazo. Quien cambiase el cultivo respecto a la generalidad no podrá realizar, en tanto estuviesen pendientes las cosechas, otro paso que el de a pié por el lugar por donde no cause perjuicio para los otros”.

La redacción que se ha dado a este artículo viene a coincidir casi de manera textual con la que se contiene en el art.33 de la Proposición de Ley sobre el derecho civil de Galicia, introduciéndose en ambos artículos, por lo que se refiere a su primer párrafo, respecto al art.68 del Trabajo sobre la Compilación de derecho civil de Galicia presentado en el Parlamento de Galicia por algunos miembros de la extinta Comisión Parlamentaria no permanente de derecho civil de Galicia, una referencia, junto a la “cos-

tumbre del cultivo a la misma mano”, al “arró, cómaro o ribazo”, en el caso del citado art.32 de la Ley, y al “cómaro o ribazo” en el del también mencionado art.33 de la Proposición de Ley. Tal referencia al “arró, cómaro o ribazo” que se contiene en la Ley, por lo demás, tampoco se contenía en la tercera de las Conclusiones definitivas que, en relación a las servidumbres de paso y en cuanto al ejercicio del “servicio de paso para la realización de las faenas agrícolas de fincas o parcelas dentro del agro, agra o vilar”, fueron elevadas en su día por la Sección IV “Castro Bolaño” al I Congreso de Derecho Gallego⁶³.

Si es que la “serventía de agra” se constituye, como se ha indicado, con la finalidad específica de facilitar a través de diversos caminos internos el acceso y salida de las fincas que forman parte del “agra” y que son labradas “a la misma mano”, posibilitando su cultivo y la recolección de las cosechas, parece lógico suponer que, como se declara en el párrafo primero del artículo 32 de la Ley, en principio, sea la propia “costumbre del cultivo a la misma mano u hoja” la que determine el modo o forma en que deba de practicarse el ejercicio del paso para la realización de tales labores o tareas agrícolas, careciendo de sentido en tal caso la referencia al “arró, cómaro o ribazo” a los citados efectos de determinación del modo y forma de ejercicio del paso. Precisamente, al tratarse de franjas de terreno sin cultivar que rodean a las “leiras” o tierras de labor y que genéricamente sirven para ejercitar el paso, el “cómaro, ribazo o arró” son, por definición, lugares de paso por los que no se causa perjuicio a los demás propietarios de las “leiras” integrantes del “agra”, por lo que, a nuestro entender, servirían más propiamente para determinar o indicar el lugar de paso en aquellos supuestos en los que alguno o algunos de los propietarios de las “leiras” integrantes del “agro” cambiasen el cultivo respecto de la generalidad, aludidos en el segundo párrafo del art.32 de la Ley, que, a tenor de lo indicado, podría quedar redactado de la siguiente forma: “Quien cambiase el cultivo respecto de la generalidad no podrá realizar, en tanto estuviesen pendientes las cosechas, otro paso que el de a pie por el cómaro, ribazo o arró, o por el lugar por donde no cause perjuicio para los otros”.

⁶³ En la citada Conclusión tercera se señalaba: “El servicio de paso para la realización de las faenas agrícolas de las fincas o parcelas dentro del agro, agra o vilar, se practicará en el modo y forma que se derivare de la costumbre del cultivo a la misma mano; el que cambiare el cultivo respecto a la generalidad no podrá realizar, en tanto estuviesen pendientes las cosechas, otro paso que el de a pie y por los lugares por donde no hubiere perjuicio para los otros”.

Por último, cabe señalar que, en la regulación de esta materia, el legislador gallego no ha previsto una cuestión importante que, de hecho, se va a suscitar en la práctica, y que deberá ser resuelta por los Tribunales, en concreto la relativa a la posibilidad de ampliación de la serventía a consecuencia de la adecuación de los medios de transporte a los avances técnicos: ¿resulta posible solicitar la ampliación de la serventía en estos supuestos?; ¿en qué medida y bajo qué condiciones?.⁶⁴

⁶⁴ **Addenda.** Con posterioridad a la remisión del presente artículo a la Revista en que ahora se publica, ha sido editado bajo el patrocinio del Parlamento de Galicia un número monográfico de la misma, coordinado por J.L.Barreiro Prado, E.A.Sánchez Tato y L.Varela Castro, titulado *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995 de 24 de Maio)*, s.f., pero 1996, al que, por los motivos señalados, no se hace referencia en nuestro estudio, y en el que también se analizan entre otros aspectos de la LDCG la nueva regulación de las servidumbres y serventías (vid. al respecto en dicho número monográfico, p.157 ss.).

Precisiones históricas y jurisprudenciales en materia de serventías (Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24 de junio de 1997). (*)

2

**Precisiones históricas y jurisprudenciales en materia de serventías
(Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de
Galicia de 24 de junio de 1997).**

La presente sentencia, con la que se resuelve en casación el recurso interpuesto por la actora contra la dictada en apelación por la Secc. 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, confirmatoria ésta a su vez del fallo recaído en Primera Instancia, en relación a la demanda planteada en ejercicio de acción negatoria de servidumbre de paso ante el Juzgado de Ferrol -que rechazó las pretensiones formuladas por dicha parte actora, con la consiguiente absolución de los demandados-, contiene en sus pronunciamientos diversas cuestiones de un cierto interés, tanto en materia de derecho sustantivo como procesal, relativas al Derecho Civil de Galicia, que motivan el siguiente análisis, para el que tomaremos en consideración de manera separada cada uno de los tres motivos aducidos por la recurrente, que también fueron rechazados íntegramente por el Tribunal Superior.

1. La primera de las cuestiones planteadas se encuentra referida a la alegación realizada por la recurrente -al amparo del art.2,1º de la Ley 11/1993, de 15 de julio, sobre Recurso de casación en materia de derecho civil especial de Galicia- denunciando la infracción de los arts.30 y 31, en relación con el art.25 y ss. de la vigente Ley de Derecho Civil de Galicia (LDCG), preceptos éstos en los que, como es sabido, se regulan dos instituciones distintas: la servidumbre de paso y las serventías, respectivamente.

Entiende el Alto Tribunal de la Comunidad gallega que en la sentencia apelada no se produce, como pretende la recurrente, ni aplicación indebida, ni inaplicación de las citadas normas, confundiendo o no distinguiendo las figuras jurídicas recogidas en ellas, puesto que la mencionada resolución dictada por la Audiencia resuelve acertadamente el supuesto planteado, realizando, como debía, abstracción de los preceptos contenidos en la LDCG, no susceptibles de aplicación retroactiva al pleito por haberse incoado con fecha anterior (21 de abril de 1995) a la entrada en vigor de la LDCG (6 de septiembre de 1995).

La solución señalada se inscribe en la línea jurisprudencial seguida de manera constante y reiterada por el Tribunal Superior de Xusticia de Galicia, pudiéndose citar, por ejemplo y entre otras, las SS. de 11.10.96, 15.11.96 y 18.12.96, y los Autos de 10.12.96 y 28.4.97.

En todas estas resoluciones se señala, de conformidad con la doctrina establecida por el T.S.¹, que la legislación aplicable al supuesto objeto de debate es, precisamente, la que se encuentra vigente en el momento de la presentación de la demanda, o, lo que es lo mismo, que no pueden resolverse cuestiones litigiosas en virtud de una legislación que, en el momento de presentarse la demanda, todavía no hubiese entrado en vigor, argumentándose al respecto que la presentación y admisión a trámite por el órgano jurisdiccional de la citada demanda produce como efecto inmediato el fenómeno procesal de la *litispendencia*, cuya consecuencia más importante y característica es la denominada *perpetuatio iurisdictionis*, que determina la ineficacia de las modificaciones que se produzcan con posterioridad a la presentación de aquélla, tanto respecto de los hechos como de la norma jurídica. Así pues, presentada la demanda, ésta da lugar al nacimiento del proceso, delimitando su objeto, sin que el mismo se pueda ver afectado por las modificaciones legislativas producidas durante su tramitación, ya que el transcurso del tiempo necesario para que ésta concluya y se dicte sentencia no debe alterar la situación inicial.

El razonamiento indicado también ha sido utilizado por el TSXG en otra serie de supuestos en los que la parte recurrente en casación procedió a invocar *ex novo* en su escrito de interposición del recurso una infracción de la normativa gallega, por lo demás no vigente en el momento de suscitarse la contienda ante los Tribunales, cuando el litigio había quedado configurado dentro del marco exclusivo de la Legislación civil común o estatal y, por tanto, al margen del Derecho civil de Galicia. En tales casos, el TSXG ha procedido o bien a inadmitir mediante Auto², o bien a rechazar mediante sentencia³ el correspondiente recurso interpuesto, razonando -en aplicación de la regla 2ª del art.1710 de la LEC- que tal invocación *ex novo* de normas de Derecho civil de Galicia como infringidas no guardaba relación con la cuestión debatida -tramitada en las instancias anteriores, como se ha señalado, a través de la legislación civil común-; además, en determinadas ocasiones, el propio TSXG ha considerado que tal actuación realizada por la parte recurrente revestía un carácter presumiblemente fraudulento, teniendo en cuenta la imposibilidad de interponer el recurso concreto ante el T.S. por razones de cuantía (art.1687 de la LEC). Por con-

¹ Cfr., entre otras, SS.TS. de 25.2.83, 5.10.83, 20.3.92, 16.6.93, 12.11.93, 13.5.96.

² Vid. Autos TSXG de 23.5.96, 10.12.96, 28.4.97.

³ Vid. S.TSXG de 6.5.97.

siguiente, la circunstancia que provoca la inadmisión del recurso o, en su caso, su rechazo una vez admitido a trámite, se basa en el hecho de que si la Sala correspondiente, en este caso de lo Civil y de lo Penal del TSXG, entrase a conocer de la cuestión litigiosa, por una parte vulneraría su propio ámbito competencial, y, por otra, se desvirtuaría la función casacional⁴ que tiene atribuida, que nunca se puede entender como una tercera instancia, según ha venido estableciendo de manera constante y reiterada la doctrina jurisprudencial sentada por el T.S.⁵ y el T.C.⁶.

2.Particular interés presentan a nuestro juicio las consideraciones que, en un plano no ya procesal sino estrictamente sustantivo, se contienen en la sentencia objeto de análisis respecto a la caracterización de la figura jurídica de serventía, en referencia a su forma de constitución o establecimiento.

En este sentido, partiendo del dato concreto que concurre en el supuesto objeto de la *litis* -resaltado por la sentencia recurrida dictada por la Audiencia, y calificado como “relevante” por la ahora comentada del TSXG-, relativo a la cesión efectuada en 1959 por los padres de la actora -apelante y recurrente- del terreno que en su momento compraron y por el que desde la mencionada fecha discurre el camino serventío actual en su tramo final, camino cuya cesión se produjo a cambio de la incorporación del camino serventío antiguo a uno de los predios pertenecientes a los padres de la recurrente, consumada con el consentimiento de los cotitulares y por ello usuarios de aquél camino serventío, y que produjo la consiguiente modificación o alteración del mencionado lugar de paso, el Magistrado Ponente de la sentencia dictada en casación encuentra un apoyo que, en su opinión, corroboraría la tesis avanzada por la doctrina jurisprudencial⁷ y científica gallega⁸ -que implícitamente se recoge en los arts. 30 y 31 de la LDCG- según la cual el origen de la serventía podría encontrarse en el “agra” o “vilar”, pero su vinculación a ellas no lo sería con carácter exclusivo, puesto que tal institución también se daría en todos aquéllos supuestos en los que, como ocurre en el caso planteado que es objeto de

⁴ Vid. S.TSXG. de 26.5.97.

⁵ Vid., entre otras, SS.TS. de 3.7.93, 8.10.93, 20.12.93, 31.1.95, 9.3.95.

⁶ S. 13/1993, de 18 de enero.

⁷ S.TSXG de 22.7.94.

⁸ Vid., recientemente, por todos, REBOLLEDO VARELA, *A nova regulaci3n da servidume de paso e serventias, do c3maro, do ribazo e do arro e ou retracto de graciosa na Lei 4/1995, do 24 de maio, de Dereito Civil de Galicia*, en AA.VV, Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de Maio, Edit. por la Revista Xurídica Galega (s.f., pero 1996), p.218 s.

litigio, los titulares de las “leiras” contiguas se pusiesen de acuerdo cediendo, casi siempre por su cabecera, terreno o una franja de su “leira” para servicio de todos los predios, con la finalidad de poder tener un acceso más cómodo y que les permitiese, de esta forma, alcanzar un camino público.

La precisión efectuada por el TSXG nos parece muy importante, puesto que viene a suponer la confirmación jurisprudencial del reconocimiento de la condición de serventía no sólo en aquéllos supuestos fácticos en los que el camino discurra por fincas de propietarios que integren un “agra” o “vilar”, sino también en aquéllos otros en los que los predios, evidentemente contiguos, no se encuentren enclavados en dichas distribuciones territoriales o geográficas, exigiéndose únicamente en este último caso, como se señala en la sentencia comentada, el requisito de que se produzca una cesión, lógicamente voluntaria y consensuada, de una parte de terreno de cada “leira” o finca particular de los constituyentes, estableciendo de esta forma -de mutuo acuerdo y mediante las correspondientes cesiones de parte de terreno realizadas al efecto- el camino serventío, con la finalidad de poder disponer de un acceso más cómodo a sus predios y que les permita alcanzar un camino público. De esta forma, desde un punto de vista meramente práctico, parece estarse reconociendo jurisprudencialmente una doble posibilidad a favor de los propietarios de esas fincas que desearan establecer voluntariamente determinados servicios de paso a favor de sus predios, al poder optar aquéllos para conseguir tal finalidad, indistinta y alternativamente, por cualquiera de las dos vías siguientes: o bien por la de la constitución de una servidumbre de paso, o bien por la del establecimiento de una serventía.

La voluntad consensuada de los particulares constituyentes de la serventía resultaría decisiva tanto en cuanto a la necesaria y concreta determinación del lugar material exacto sobre el que se va a establecer el camino al que se atribuye la consideración de serventío, como en todos aquéllos supuestos en los que, una vez establecida la serventía, cualquiera de los cotitulares pretendiese realizar alguna modificación o alteración del espacio físico por el que dicho camino discurriese -por ejemplo, como ocurre en el supuesto objeto de litigio, permutando una cierta zona de ese terreno común destinado al paso, que se pretendiese adquirir con carácter particular, por otra zona de terreno de propiedad

exclusiva, que, en caso de consumarse el negocio, adquiriría tras las cesiones recíprocas correspondientes la condición de lugar destinado al paso común-, que implicase una variación de su trazado originario; lógicamente, tal modificación o alteración sería posible en la medida en que todos los cotitulares de la serventía estuviesen de acuerdo⁹. Una vez producida esa modificación o alteración consensuada del camino serventío, los cotitulares del mismo deberán respetar el nuevo trazado establecido de común acuerdo¹⁰.

Por otra parte, observando las notas características que concurren en la serventía -establecimiento de una situación de comunidad o cotitularidad dominical (sin cuotas) sobre el camino en que la serventía consiste, entre los causantes o propietarios de los predios colindantes, que ceden una parte de sus predios (con anterioridad a la cesión de su propiedad exclusiva, y a partir de la cesión de la comunidad) para su uso y goce en común, sin que ninguno de ellos pueda impedir el paso, cualquiera que fuese el terreno que hubiesen cedido¹¹- se alude en la sentencia dictada en casación por el TSXG a la posibilidad de adivinar en dicha figura el “pálpito” de un primitivo y utilísimo remedio -consistente en la transmisión de la propiedad de una parte de terreno del predio, necesaria para el paso, y, a consecuencia de la cual, junto a la titularidad dominical exclusiva del fundo, se establecería una situación de copropiedad sobre el camino o vía para el paso- para atender las necesidades surgidas de las relaciones entre fundos vecinos pertenecientes a distintos propietarios y sobre el que operó la configuración arcaica romana de las servidumbres.

⁹ En el caso de la constitución de servidumbres sobre fundo en condominio, también se exige el consentimiento de todos los condóminos para el válido establecimiento del derecho. Vid. art.597 C.C. Al mencionado requisito, establecido ya por el Derecho Romano, dedicamos nuestra atención en un artículo titulado *La eficacia de los actos realizados por los condóminos de forma separada respecto a la constitución de servidumbres sobre fundo en condominio: Análisis del régimen romano*, en Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº78, p.297 ss.

¹⁰ Desde antiguo es posible encontrar en los textos romanos referencias al respeto de los nuevos límites establecidos tras la venta de una parte de un fundo, reservándose otra del mismo predio (vid. C.3.39.1 *Impp. Dioclet. et. Maximin. AA et CC. Nieph.*), así como a la necesidad de tener en tal caso en cuenta no ya los viejos linderos, sino los nuevos señalados por el vendedor que fue propietario de los dos predios (vid. D.10.1.12 Paul. *lib.III Resp.*).

¹¹ Entre otras, se hace referencia a las características de esta institución en las siguientes SS. del TSXG: 22.7.94, 15.11.96, 26.5.97.

Ciertamente, como es sabido, la jurisprudencia romana no parte *ab initio* en materia de servidumbres prediales de un concepto general y abstracto, es decir, no establece una categoría unitaria de las mismas, sino que va confluyendo en ésta de manera progresiva, al compás de los tiempos, asentándose dicho concepto en una época más bien tardía, a consecuencia de una reflexión madura derivada de la exigencia, a la vez que lógica, práctica, de presentar de una manera uniforme bajo un determinado perfil algunas figuras jurídicas con elementos comunes o análogos entre sí.

En torno a esos tipos concretos de servidumbre que primitivamente surgieron en Roma¹² y que, como se ha indicado, se fueron desarrollando de forma progresiva, atendiendo a determinadas necesidades sociales que se proyectaron de forma singular, ya fuese por razones agrícolas o urbanas, la doctrina romanística, en su intento por determinar desde una vertiente jurídica la naturaleza, configuración o estructura originaria de dichos primitivos tipos -previa a su caracterización como *iura in re aliena*-, tomando fundamentalmente como punto de referencia el núcleo esencial de la teoría desarrollada por Voigt en un conocido ensayo aparecido en 1874¹³ -en el que este autor sostenía que las primitivas figuras de servidumbre originariamente se concibieron, antes que como derechos sobre cosa ajena, como propiedad-pertenencia sobre la franja de terreno por la

¹² El núcleo originario de los *iura praediorum* se localiza por la doctrina romanística, de forma prácticamente unánime, en los tres primitivos tipos de servidumbres rústicas de paso -*iter*, *actus* y *via*- junto con el más antiguo de los *iura aquarum -aqueductus-*, argumentando tal afirmación, básicamente y al margen de otra serie de indicios particulares para cada una de las figuras singulares indicadas, en dos premisas de carácter general: por una parte, la inclusión de los mencionados cuatro tipos en la antigua categoría de las *res Mancipi*, previa a su consideración posterior como *iura in re aliena*; por otra, en la circunstancia de que en numerosos textos jurídicos dichas figuras aparezcan unidas y señaladas como prototipo de las servidumbres rústicas o como paradigma de la servidumbre en general. Para los autores que se han ocupado de esta cuestión, cfr. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, Napoli 1967, p.26 n.79.

¹³ VOIGT, *Ueber den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen während der römischen Republik*, en *Berichte über die Verhandlungen der Königlich Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig, Philologisch-historische classe*, 26. p. 159 ss. La teoría formulada por este autor, en el fondo, no supone el inicio de una nueva orientación doctrinal sobre la cuestión señalada, puesto que ya desde principios del XIX, otros autores como Bergmann, Dernburg, Du Roi, Manhayn, Lang o Böking, establecieron al respecto ideas similares a las posteriormente expuestas por el propio Voigt. Para un análisis de la influencia de las teorías formuladas por dichos autores sobre el pensamiento de Voigt, vid. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei "iura praediorum" nell'età Republicana* I, Milano 1969, p.7 ss.

que se ejercitaba el paso o en la que se encontraba situado el *rivus*-, sin cuestionarse la autenticidad de la construcción llevada a cabo por el mencionado romanista -que ha llegado a ser calificada como la única interpretación legítima de la génesis de las servidumbres prediales¹⁴-, ha formulado diversas teorías¹⁵, pretendiendo explicar los términos en que se debería entender esa hipotizada propiedad-pertenencia del terreno a través del que se ejercitarían tales servicios. Dichas teorías, se pueden sintetizar, a grandes rasgos¹⁶, en dos grupos: 1) el de los autores que sostienen la pertenencia absoluta y exclusiva a favor del titular del fundo dominante del terreno por el que se venía ejercitando el paso, o del *rivus*, es decir, la titularidad del objeto corporal en que consistía la servidumbre; 2) el de los que defienden la existencia de una cotitularidad o concurso solidario sobre dicho objeto corporal entre los titulares de los fundos dominante y sirviente, distinguiendo, a su vez, dentro de esta teoría: a) quienes argumentan la presencia de una propiedad dividida, funcionalmente limitada, en virtud de la cual, junto al dominio del titular del fundo sirviente o dominio principal, se encontraría la propiedad del titular de la servidumbre, esta última limitada por el fin de utilización -paso o conducción de agua-; b) aquéllos otros que sostienen la existencia de un concurso solidario, de una copertenencia de la franja de terreno por la que se ejercitaba el paso o concurría el *rivus*, en una situación de condominio solidario entre el propietario del fundo atravesado y el del fundo al que servía, distinta del *consortium*, por cuanto se trataba de un objeto perteneciente a dos diversos conjuntos, que integraban distintos poderes concurrentes sólo sobre la cosa específica (franja de terreno por la que se venía ejercitando el paso, o del *rivus* por el que se conducía el agua).

Siendo conscientes de que la determinación de los orígenes de las servidumbres es una cuestión sumamente compleja y polémica por la caren-

¹⁴ CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., I, p.13.

¹⁵ Entre las diversas teorías formuladas, eludimos la referencia a las que presentan un mayor carácter sociológico que histórico-jurídico, puesto que intentan formular preferentemente las exigencias que se pretendieron satisfacer con el nacimiento de las servidumbres. Para estas teorías, vid., BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p.32 s.; GARCIA SANCHEZ, *El origen de las servidumbres prediales y su vinculación con las relaciones de vecindad en Derecho Romano*, en *Rev. de Derecho Notarial*, núm. 85-86, Madrid 1974, p.39 ss.

¹⁶ Seguimos a GARCIA SANCHEZ, *El origen de las servidumbres prediales* cit., p.49 ss. Para una exposición más amplia de las diversas teorías formuladas en la doctrina, cfr. CORBINI, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù* I, Milano 1981, p.5 ss.

cia de fuentes directas, así como por la fragmentariedad de determinados testimonios de los que se dispone, en los que se contiene el pensamiento más antiguo, al tratar de las formas de constitución de aquellos derechos reales en el sistema civil romano (*mancipatio, in iure cessio y usucapio*)¹⁷, aludíamos incidentalmente al citado problema, y nos inclinábamos, compartiendo en esencia en sus postulados básicos la teoría tradicional defendida por Voigt, por la suposición de que los primitivos servicios o finalidades que se contendrían en los que se presentaron como tipos originarios concretos de servidumbre en relación a los fundos situados *in solo italico*, inicialmente se identificarían en la mentalidad más antigua con la pertenencia del mismo suelo o espacio físico sobre el que se ejercitaban al titular del predio a favor del cual se establecería el citado servicio. No obstante, la citada toma de posición, no excluye la posibilidad de considerar que los particulares también recurriesen desde una época arcaica a otros expedientes con una estructura diferente a la señalada, pero con la misma finalidad de garantizar o mejorar, aun cuando de una forma muy elemental y primitiva, las más indispensables exigencias de comunicación agraria.

Entre esos expedientes rudimentarios, de los que las actuales serventías podrían considerarse como una reminiscencia, existen algunos cuya estructura se concretaría en una situación *sui generis* de copertenencia o cotitularidad¹⁸ respecto al lugar sobre el que se venía ejercitando la correspondiente y concreta función de paso por los titulares de las fincas a través de las que discurría el camino. En este sentido, Capogrossi Colognesi¹⁹, que desarrolló de forma exhaustiva el punto de vista de la copertenencia, profundizando todos sus aspectos en una visión amplia y hondamente historiada, ha constatado en base a una serie de datos heterogéneos, extraídos fundamentalmente de documentos epigráficos²⁰ y de los escritos de los agrimensores²¹, la presencia, desde antiguo, de unas vías distintas de

¹⁷ Vid. RODRIGUEZ MONTERO, *Aproximación a la problemática de las formas de constitución de las servidumbres en el sistema civil*, en Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo, vol. VIII, Madrid 1992, p.863 ss.

¹⁸ Eludimos conscientemente el calificativo de “germánica” o “en mano común” en relación a la citada situación de comunidad.

¹⁹ CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei “iura praediorum” nell’età Reubblicana*, II, Milano 1976.

²⁰ *La struttura* cit., II, p.59 ss.

²¹ Cfr. Hyginus, *de generibus controversiarum* (ed. Thulin, 91,5); Siculus Flaccus, *de conditionibus agrorum* (ed. Thulin, 110,21).

las públicas, que en su opinión habrían tenido gran importancia en la primitiva viabilidad rural agraria romana: las denominadas *viae communes*.

Estas vías, para las que según Capogrossi Colognesi se podría hipotizar un desarrollo complejo, pudiéndose distinguir en cuanto a su estructura jurídica diversas fases, se presentarían en dos posibles formas, como atestiguan los escritos de los agrimensores²²: a) las denominadas *viae duum communes*, construidas por dos propietarios vecinos para garantizar el paso recíproco, *utrimque modo sumpto, communique impensa*, es decir, aquéllas cuya utilización aparecería limitada exclusivamente a los dos propietarios de los fundos por los que discurriese el camino común, sobre los cuales recaería la obligación de mantener en buen estado ese espacio físico, y que serían las más antiguas y numerosas; a través de ellas, en opinión de Capogrossi Colognesi, se podrían haber cubierto, fuera del sistema de comunicaciones establecido por la *centuriatio* y antes del s. III a.C., en gran medida las necesidades actuadas con posterioridad por los tipos primigenios de servidumbres de paso, que podrían haber encontrado en aquéllas su matriz originaria; b) las que pasaban por fundo ajeno y que *non in universo populo itinera praestari videntur*, sino sólo a aquéllos *ad quorum agros per eas vias pervenire necesse est*, es decir, las vías comunes cuyo uso se encontraría restringido a un grupo limitado de propietarios, y más concretamente a los de los diversos fundos por los que dicho camino común discurriese.

Las vías comunes surgirían *ex collatione privatorum*, como resultado de la necesidad de dar una respuesta más adecuada a las exigencias derivadas de la viabilidad agraria en comunidades rurales con una organización fundiaria compleja, que todavía en época republicana avanzada presentarían un alto índice de parcelación al existir en ellas un elevado número de predios de modesta extensión pertenecientes a muchos y distintos propietarios (situación de minifundio). Dichas exigencias, antes de aparecer tales vías, no se encontrarían satisfechas, o no estarían completamen-

²² La circunstancia de que en los textos jurídicos no se haga referencia a este tipo de vías (comunes), podría encontrar su explicación según CAPOGROSSI COLOGNESI, op. cit., p.51, en el hecho de que, desde un punto de vista estrictamente legal, tales vías podrían ser haber sido concebidas como objeto de un condominio (identificándose, por consiguiente, el ejercicio con la propiedad), o bien como objeto de una compleja unión de servidumbre de paso atribuida a más titulares, quedando por tanto reabsorbidas en la categoría más general de las *viae privatae*.

te satisfechas a consecuencia de la insuficiencia de los *límites* que confiaban cada centuria en particular, así como por la escasa red de vías públicas o vecinales privadas *in publico usu*, destinadas a facilitar el tránsito público.

Entre los diversos problemas que se han planteado en torno a las *viae communes* -cuya resolución adecuada resulta muy difícil de realizar debido a la pobreza de informaciones de que se dispone-, destaca, por lo que aquí interesa, el relativo a la posible naturaleza jurídica de tales figuras.

Respecto a las mismas se ha indicado la existencia de una situación de comunidad o forma de *consortium*²³, sustancialmente distinto del condominio al excluir la idea de cuota, que surgiría *ex collatione privatorum* mediante la decisión común y actividad o colaboración material de los propietarios de las fincas por las que discurriese el camino, y que precisamente se establecería sobre la propiedad del mencionado camino o lugar material a través del cual los cotitulares ejercitarían o usarían en común de ese paso; el mantenimiento de tales situaciones se aseguraría o bien mediante el respeto a antiguas costumbres por parte de los copropietarios vecinos, o, en su caso, por intervención impositiva del magistrado. Por ello, y desde el punto de vista de su utilización exclusiva por los propietarios de las fincas sobre las que se establecían esas vías comunes, las mismas presentarían para aquéllos una carga y una ventaja a la vez, puesto que, si bien cada titular debería permitir el paso por la parte de su finca sobre la que circulaban dichos caminos, y debería de participar conjuntamente con los demás propietarios de la vía en los gastos realizados para su mantenimiento, también podría pasar por la *via communis*, es decir, utilizarla, a través de los otros fundos ajenos por los que tal vía discurriese²⁴.

Es de suponer que cuando el derecho romano alcanzó un mayor nivel técnico y las servidumbres se configuraron por obra de la Jurisprudencia, a partir del período tardo-republicano, como *iura in re aliena*, es decir, como derechos reales limitativos del dominio -establecidos sobre los predios de forma voluntaria por los propietarios de los fundos vecinos, rústicos o urbanos, en virtud de los cuales se incorpora a un fundo denominado “dominante” un elemento que proporciona al mismo un incremento en su utilidad económica o una mayor funcionalidad, según el contenido del

²³ Vid. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura* cit., II, p.100 ss.

²⁴ CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. cit.*, loc. cit.

gravamen impuesto al fundo sirviente- implicando, por tanto, la existencia de un espacio de terreno ajeno, y no propio o compartido, sobre el que se ejercitaría ese servicio, los particulares todavía siguiesen recurriendo en épocas posteriores, especialmente en el ámbito provincial²⁵, a expedientes atécnicos similares en su estructura a los originariamente utilizados y ya señalados, perfectamente separados en cuanto a su naturaleza jurídica de las servidumbres, pero coincidentes en cuanto a la finalidad o función económico-social que venían persiguiendo.

En el contexto temporal en que apareció y se fue desarrollando el denominado derecho romano vulgar²⁶, es muy probable que, sobre todo en el ámbito jurídico provincial -donde tendieron a prevalecer concepciones atécnicas, con ausencia de una dirección científica en la orientación del desarrollo jurídico-, se perdiese el sentido claro con que hasta entonces, durante toda la época clásica, se habían venido identificando las servidumbres, perfectamente delimitadas como figuras jurídicas con una estructura concreta y específica, incluyendo bajo tal denominación, y, por tanto, confundiéndonlos con las mismas, otra serie de recursos atécnicos utilizados por los particulares en la práctica para conseguir las mismas finalidades que las perseguidas con las servidumbres, pero totalmente diferentes desde un punto de vista estrictamente jurídico. Tal situación de confusión perdurará en el tiempo, pudiéndose apreciar manifestaciones de la misma, al menos, como atestiguan las fuentes, durante la época correspondiente a la Alta Edad Media²⁷.

Enlazando con lo indicado, todavía en nuestros días, resulta constata-

²⁵ Lo indicado quizá se pudiese deducir, por ejemplo, del bronce de Contrebia, *Tabula Contrebiensis*, en el que se recoge la contienda surgida en el 87 a.C. entre dos comunidades indígenas -Sallvienses y Sosinestanos- respecto a la compra de un *ager* por el que se pretendía hacer discurrir un canal de agua. Los compradores, en una época en la que ya se conocía la noción de *iura in re aliena*, antes de acudir a la servidumbre de acueducto, compran el trozo de terreno por el que pasaba el *rivus* para conseguir ese efecto, planteando el ejercicio de la conducción del agua como una compra del terreno por donde pasaba la canalización. Vid. RODRIGUEZ MONTERO, *Aproximación a la problemática cit.*, p.866 s.

²⁶ Para una aproximación a los términos “vulgarismo” y “clasicismo”, como fenómenos jurídico-culturales, con bibliografía, vid. PARICIO y FERNANDEZ BARREIRO, *Historia del Derecho Romano y su Recepción europea*, Madrid 1995, p.179 s.

²⁷ Cfr. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di Storia del Diritto*, Padova 1968.

ble dentro de un sector importante de la práctica forense gallega, a la vista de los pleitos que se han venido planteando hasta el momento, una cierta confusión en relación a la distinción entre las figuras de la servidumbre y las serventías, reguladas legalmente en la vigente LDCG²⁸.

3. Una prueba de lo indicado se puede encontrar en la argumentación en que la parte recurrente basa el segundo de los motivos de su recurso, sorprendentemente amparado en el art.2,2º de la Ley 11/93, de 15 de julio, relativa al recurso de casación en materia de derecho civil especial de Galicia, alegando que “serventía es término que de forma amplia y popular...se viene utilizando no sólo para referirse a las serventías propiamente dicho sino también a las servidumbres de paso” (*sic*).

Decimos sorprendentemente porque, desde un punto de vista procesal, el alcance del citado art.2,2º de la citada Ley 11/93 no parece dejar lugar a dudas; “Error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción de uso o costumbre”, es decir, según la propia interpretación jurisprudencial a que se hace referencia en la sentencia comentada y con apoyo en la S.TSXG de 16.5.95, “desconocimiento de un hecho notorio que está revelando un uso o costumbre; uso o costumbre que, por causa de aquel desconocimiento, resulta infringido”.

El juzgador de Instancia no desconoce ningún hecho notorio -puesto que, evidentemente, la utilización de forma amplia del término serventía en el lenguaje popular, no lo es- que revele un uso o costumbre que por causa de dicho desconocimiento resulte infringido, sino, más bien, todo lo contrario, ya que -ante la falta de prueba por parte de la actora y apelante respecto a su titularidad dominical exclusiva, en relación al tramo final del camino discutido, así como respecto al carácter de serventía restringida no a todos los propietarios de los predios colindantes con el camino sino sólo a los que limitan con el mismo por su parte inferior- antes que negar, está declarando en su sentencia la existencia de una serventía -en este caso, a favor de todos los colindantes-, en definitiva, de un uso o costumbre noto-

²⁸ Confusión ésta que también resulta apreciable en la Proposición de Ley y en la propia Exposición de Motivos de la LDCG, como tuvimos ocasión de señalar en *La regulación de las servidumbres y serventías en la Ley 4/1995 de Derecho Civil gallego: Un análisis crítico y comparativo con la Legislación Civil de otras Comunidades Autónomas*, recogido en Rev. Xurídica Galega. nº14, 1996, p.38 n.2 y 3.

rio, que, a consecuencia de su reconocimiento, lógicamente, no resulta vulnerado. Uso o costumbre notorio que, como se resalta en la sentencia, también fue aducido y reconocido, respectivamente, en ambas instancias por la propia recurrente, circunstancia ésta por la que la alegación que realiza en el segundo de los motivos de su recurso de casación, cuanto menos, llama la atención.

Pero resulta todavía más sorprendente el hecho de que la propia recurrente apele para fundamentar su pretensión al lenguaje popular, en el que, efectivamente, los términos servidumbre y serventía aparecen frecuentemente identificados como sinónimos, lo que no se produce en el ámbito jurídico, como indudablemente no puede desconocerse o eludirse; ámbito en el que ambas figuras, aun cuando puedan ser coincidentes en cuanto a la finalidad o función económico-social que persiguen (paso), se presentan perfectamente definidas y separadas en base a su estructura y caracteres, como ha venido poniendo de manifiesto de forma reiterada la doctrina científica y jurisprudencial²⁹.

4. El último de los motivos alegados en casación, de nuevo, vuelve a poner de manifiesto el ya indicado desconocimiento a que anteriormente hacíamos referencia en cuanto a la clara distinción que se establece entre servidumbres y serventías.

Apoyándose en el inciso inicial del art. 1692 de la LEC, la recurrente denuncia una infracción de los principios procesales dispositivo y de congruencia (art.359 de la citada LEC), por entender que las partes no fundaron sus pretensiones en la calificación de serventía del camino litigioso, sino en la existencia o inexistencia de un derecho de servidumbre de paso.

Con independencia de los argumentos de tipo procesal aducidos por el TSXG para rechazar el citado motivo en la sentencia con que se resuelve el pleito en casación -la incongruencia, como declara el T.S., no es predicable de una sentencia que, como la recurrida, absuelve o rechaza la demanda; la decisión absolutoria es congruente porque no se funda en una excepción no aducida por la parte demandada; la Audiencia, en la Instancia, no realiza una alteración del soporte fáctico o *causa petendi* de la

²⁹ Vid. RODRIGUEZ MONTERO, *La regulación de las servidumbres y serventías* cit., p.37 ss.; ID., *Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres y serventías en la vigente Ley de Derecho Civil de Galicia*, en Rev. Jurídica General Foro Gallego, nº 189, 1996, p.57 ss.

acción ejercitada-, estimamos que la calificación del camino litigioso como lugar sobre el que se establece una serventía, reconocida por la propia recurrente, implica o supone, automáticamente y por sí misma, la exclusión sobre el citado camino de un derecho de servidumbre a favor o como carga de los titulares de ese camino serventío, y ello, por la sencilla razón de que ambas instituciones son evidentemente distintas en cuanto a su estructura y caracteres, y necesariamente excluyentes entre sí: si sobre el camino concreto de que se trata se declara y reconoce una serventía, tal reconocimiento excluye ya de por sí la posibilidad de plantear en relación al mismo camino una cuestión relativa a un supuesto derecho de servidumbre sobre aquél, que por su naturaleza y caracteres es distinto y excluyente del de serventía.

Finalmente, eludiendo cualquier consideración particular en torno a la valoración de la posible temeridad o mala fe empleada por la recurrente en la interposición del concreto recurso de casación planteado, que la sentencia comentada del TSXG que lo resuelve no aprecia, nos parece necesario resaltar la especial importancia que tal valoración presenta en relación a todas aquéllas instituciones de profunda raigambre consuetudinaria contenidas en el derecho gallego, en las que, como en las serventías, se dan determinadas situaciones de tipo comunitario que se asientan básicamente en relaciones de mutua confianza entre sus copartícipes y en las que, por ello, la buena fe en sus actuaciones con respecto a la comunidad ocuparía un lugar fundamental.

Inhibición legislativa y determinación jurisprudencial del derecho: ¿aplicación retroactiva o irretroactiva del art.25 de la LDCG en materia de constitución de servidumbres de paso por usucapión? (Comentario a las SS.TSJ Galicia 15/98 y 16/98, de 24 de septiembre de 1998). (*)

() Publicado en : La Ley (Galicia), suplemento al núm. 4777, 19 de abril de 1999, pp. 1-7; Revista Galega de Administración Pública (REGAP) núm. 20, 1998, pp. 241-274 (en gallego)*

3

**Inhibición legislativa y determinación jurisprudencial del derecho:
¿aplicación retroactiva o irretroactiva del art.25 de la LDCG en
materia de constitución de servidumbres de paso por usucapión?
(Comentario a las SS.TSJ Galicia 15/98 y 16/98, de 24 de septiembre
de 1998).**

1. El desarrollo de los acontecimientos.

Frente al momento temporal en que por obra del movimiento codificador se produjo, a lo largo del s-XIX, la identificación del derecho con la normatividad establecida por el Estado a través de la legislación, rompiendo con la concepción jurisprudencial que el *ius commune* había introducido en la cultura jurídica europea al asignar a la actividad jurisprudencial una función meramente declarativa, negándole todo valor creativo en el plano de la normatividad, se puede constatar actualmente como dato cierto el hecho de que la realidad normativa tiende a presentarse en los actuales sistemas jurídicos continentales en la forma que reviste la interpretación jurisprudencial de la legalidad -ahora no necesaria ni exclusivamente identificada con los cuerpos normativos codificados, como demuestra la vertiginosa dinámica a que se encuentra sometida la realidad social moderna-, tanto a través de las decisiones judiciales como de las formulaciones realizadas al respecto por la doctrina científica¹.

Un claro ejemplo de lo indicado se puede encontrar, dentro del ámbito jurídico gallego, en la resolución del grave problema planteado en relación a la determinación de la posible aplicación con carácter retroactivo o irretroactivo de lo dispuesto en el art.25 de la Ley 4/1995 de Derecho Civil de Galicia (LDCG) en materia de constitución de servidumbres de paso por prescripción adquisitiva.

Dicho problema de derecho intertemporal, ciertamente previsible en una Comunidad como la gallega, en la que desde siempre todas las cuestiones relativas a la agricultura han presentado un carácter primordial, despertando la sensibilidad popular, y que también, desgraciadamente, en bastantes ocasiones, como demuestran los acontecimientos históricos, ha desatado pasiones incontroladas en la vida cotidiana, inconcebiblemente,

¹ PARICIO-FERNANDEZ BARREIRO, *Historia del Derecho Romano y su recepción europea*, 2ªed.revis., Madrid 1997, p.285 ss.

no fue tomado en consideración por el legislador gallego al proceder a la redacción de la vigente LDCG.

El legislador gallego, como es sabido, dando un importante paso adelante, se limitó entonces a reconocer en el segundo inciso del art.25 del mencionado cuerpo normativo la posibilidad de que los particulares pudiesen adquirir por prescripción las servidumbres de paso, junto a otros posibles modos o formas de constitución -ley, “dedicación del dueño del predio sirviente”, negocio jurídico bilateral-, cumpliendo unos requisitos determinados -posesión pública, pacífica e ininterrumpida durante el plazo de veinte años-, dando así respuesta a una supuesta necesidad social sentida desde antiguo en el ámbito agrario gallego, intentando poner fin a la conflictividad causada por la proliferación de servidumbres de paso y la falta de los correspondientes títulos constitutivos, según manifestaba en el prólogo de la propia Ley.

A tal previsión legislativa, entendida en el sentido de reconocer claramente la usucapión como posible forma de constitución de las servidumbres de paso, no acompañó sin embargo la resolución de un problema directamente conectado con el reconocimiento de la institución, cuyo planteamiento en el futuro necesariamente se produciría, como intuyó y puso de manifiesto la doctrina² y confirmó el desarrollo posterior de los

² Cfr. BELLO JANEIRO, *La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Dereito Civil de Galicia*, en *RJN* nº14, 1995, p.34 s.; CORES TRASMONTE, *A lei 4/1995 do 24 de maio, de dereito civil de Galicia. Parte 2ª*, en *REGAP* nº10, 1995, p.221; MOURE MARIÑO, *Lei 4/1995 do 24 de maio, de Dereito civil de Galicia. Comentario ó Título III:Dereitos reais*, en *AAVV., Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de maio)*, s.f., pero 1996, p.163 ss.; REBOLLEDO VARELA, *A nova regulación da servidume de paso e serventías, do cômoro, do ribazo e do arro e ou retracto de graciosa na Lei 4/1995, do 24 de maio, de dereito civil de Galicia*, en *AAVV., Dereito Civil de Galicia (Comentarios...)* cit., p.188 ss.; DIAZ MARTINEZ, *Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996, A.P. de Orense*, en *RXG* nº12, 1996, p.340 ss.; RODRIGUEZ MONTERO, *Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres y serventías en la vigente Ley de Derecho Civil de Galicia*, en *Foro Galego* nº189, 1996, p.62 ss.; ID., *La regulación de las servidumbres y serventías en la Ley 4/1995, de Derecho civil gallego: un análisis crítico y comparativo con la legislación civil de otras Comunidades Autónomas*, en *RXG* nº14, 1996, p.51 ss.; RODRIGUEZ PARDO, *Os dereitos reais na Lei de Dereito civil de Galicia*, en *Foro Galego* nº189, 1996, p.56 s.; REBOLLEDO VARELA, *Derechos reales (servidumbres de paso y serventías y el retracto de graciosa) en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia*, en *AAVV., Derecho civil gallego*, 1996, p.148 ss.; FRAGA MANDIAN, *Un trascendental problema de derecho intertemporal: el artículo 25 de la Ley 4/1995 de Derecho civil de Galicia*, en *La Ley (Galicia) suplemento al*

acontecimientos: el relativo a la determinación de la posibilidad de aplicar la novedosa forma de constitución reconocida en el ámbito gallego (prescripción adquisitiva) con carácter irretroactivo o retroactivo, es decir, disponiendo que únicamente aprovecharían a los efectos de la adquisición de las servidumbres de paso por prescripción las situaciones posesorias -que, lógicamente, cumpliesen los demás requisitos establecidos por la Ley- a partir de la entrada en vigor del cuerpo normativo, o bien, que también podrían ser alegadas y reconocidas con plenos efectos aquéllas otras situaciones posesorias que, cumpliendo los requisitos señalados en el art.25 LDCG, se hubiesen venido ejercitando con anterioridad en el tiempo a la mencionada entrada en vigor de la propia Ley.

De esta forma, el legislador gallego perdió incomprensiblemente la oportunidad histórica de actuar adelantándose a los acontecimientos, ofreciendo legislativamente la solución en cualquiera de los dos sentidos apuntados a la cuestión indicada, evitando, como sucedió, su planteamiento posterior.

La resolución legislativa del entonces en ciernes problema de la intertemporalidad en materia de prescripción adquisitiva de las servidumbres de paso se podría haber efectuado, como ya avanzamos en otro escrito³, por la vía que parecía más simple, lógica y segura: la introducción en la Ley de una disposición transitoria específica -motivada, tanto por la especificidad y dificultad de la cuestión planteada, cuya problemática en el ámbito del ordenamiento común era sobradamente conocida, como por la novedad que suponía dicho reconocimiento de la prescripción adquisitiva en relación a las servidumbres de paso en el ordenamiento gallego, en el que hasta entonces había sido ignorada- en la que se previese la retroactividad o irretroactividad.

nº4282, 1997, p.1 ss; FREIRE SANTOS, *Comentario a la sentencia de 8 de enero de 1997, Secc.1ª A.P. de La Coruña*, en *Dereito*, vol.6 nº1, 1997, p.301 ss.; DIAZ FUENTES, *Dereito Civil de Galicia (Comentarios à Lei 4/1995)*, 1997, p.108 ss.; REBOLLEDO VARELA, *Art.25 LDCG: el problema del derecho transitorio*, en AAVV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo 37, vol.1º, 1997, p.263 ss.; COLINA GAREA, *Disposición transitoria cuarta LDCG*, en *Comentarios cit.*, tomo 37, vol 2º, 1997, p.1443 ss.; BUSTO LAGO, *Derecho intertemporal y modificación de las normas reguladoras de la usucapión extraordinaria veintenel de la servidumbre de paso ex artículo 25 de la Ley de Derecho Civil de Galicia*, en *La Ley (Galicia)*, suplemento al nº4491, 1998, p.1 ss.

³ Vid. *La regulación de las servidumbres y serventías cit.*, p.52.

En otras Compilaciones y Leyes civiles de diversas Comunidades Autónomas existían ejemplos de solución en uno y otro sentido⁴, que perfectamente podrían haber sido tomadas de manera indicativa en consideración por el legislador gallego, lo cual, por los motivos que fuesen, no se hizo. Eso sí, únicamente se introdujo en la Ley una críptica disposición transitoria cuarta a modo de “cajón de sastre” con la loable finalidad de poder resolver -sin excesivas garantías, como veremos más adelante- todos aquellos problemas de derecho intertemporal que, como el señalado, no se encontrasen específicamente solucionados en ninguna de las otras tres disposiciones transitorias anteriores, referidas a cuestiones concretas, relativas a los contratos de arrendamientos rústicos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, a los arrendamientos rústicos históricos y a las aparcerías⁵.

La que, no sin cierto rubor y con las reservas oportunas, cabría calificar como “negligencia legislativa”, supuso la necesaria remisión y resolución del complicado problema que nos ocupa a los órganos jurisdiccionales. La falta de previsión legislativa provocó un ya vaticinado incremento de la litigiosidad.

En este sentido, la capacidad litigiosa de los particulares gallegos resultó a todas luces desbordante. Así, por ejemplo, al margen del concreto problema a que nos estamos refiriendo, pero también en materia de derecho intertemporal y con carácter general, asombrosamente, en no pocas ocasiones, primero llegó a cuestionarse la posible aplicación retroactiva de los preceptos contenidos en la LDCG a pleitos incoados con fecha anterior a la entrada en vigor de la misma -6 de septiembre de 1995, máxime cuando resultaba cuanto menos difícil, por no decir imposible, desconocer o eludir la clara y terminante doctrina sentada reiteradamente

⁴ Cfr. en relación a las mismas, REBOLLEDO VARELA, *A nova regulación da servidume de paso* cit., p.188 s.; DIAZ MARTINEZ, *Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996* cit., p.341; RODRIGUEZ MONTERO, *La regulación de las servidumbres* cit., p.52; FRAGA MANDIAN, *Un trascendental problema de derecho intertemporal* cit., p.3; DIAZ FUENTES, *Dereito Civil de Galicia* cit., p.111; REBOLLEDO VARELA, *Art.25 de la LDCG: el problema del derecho transitorio* cit., p.264; BUSTO LAGO, *Derecho intertemporal y modificación de las normas reguladoras de la usucapción* cit., p.2.

⁵ En relación a la disposición transitoria cuarta de la LDCG, vid. COLINA GAREA, *Disposición transitoria cuarta LDCG* cit., p. 1417 ss. y, en especial, por lo que se refiere a la aplicación de esta norma, p. 1435 ss.

al respecto por el Tribunal Supremo, recordada en diversas sentencias dictadas al efecto por el TSJGalicia⁶: la legislación aplicable al supuesto objeto de debate es precisamente la que se encuentra vigente en el momento de la presentación de la demanda, o, lo que es lo mismo, que no pueden resolverse cuestiones litigiosas en virtud de una legislación que, en el momento de presentarse la demanda, todavía no hubiese entrado en vigor; la presentación y admisión a trámite de la demanda por el órgano jurisdiccional produce el efecto procesal de la *litispendencia*, cuya consecuencia procesal más importante y característica es la denominada *perpetuatio iurisdictionis*, que determina la ineficacia de las modificaciones que se produzcan con posterioridad a la presentación de aquélla, tanto respecto de los hechos como de la norma jurídica.

Seguidamente, tras la entrada en vigor de la Ley, a consecuencia de la señalada falta de previsión legislativa, comenzó a plantearse ante los diversos órganos jurisdiccionales del ámbito gallego el anunciado problema relativo a la posible aplicación retroactiva o irretroactiva del art.25 LDCG en materia de constitución de servidumbres de paso por prescripción adquisitiva.

Puede resultar hasta cierto punto extraño que, durante el *iter* temporal que discurre desde el momento en que se iniciaron los primeros pleitos tramitados con este contenido ante los diversos Juzgados de Primera Instancia, pasando por el conocimiento en apelación de los mismos a través de las respectivas Audiencias, hasta llegar al momento presente en que han sido dictadas en casación por la Sala de lo Civil y Penal del TSJGalicia las dos primeras sentencias, 15/98 y 16/98, con fecha de 24 de septiembre de 1998, ninguno de los diversos grupos políticos gallegos con representación en el Parlamento de Galicia interviniese tomando la iniciativa con la finalidad de instar a la resolución del mencionado problema, en un momento en el que el mismo ya se encontraba planteado de forma efectiva ante los Tribunales de justicia, esperando a que fuesen los propios órganos jurisdiccionales los que procediesen a su resolución. En esa ocasión tampoco se acudió al mecanismo previsto en la disposición adicional segunda de la LDCG, en la que literalmente se prescribe que “cada cinco años, como máximo (desde el momento de la entrada en vigor de la Ley,

⁶ Vid. al respecto la S. TSJGalicia de 24 de junio de 1997 y otras del mismo Tribunal Superior, recogidas en nuestro trabajo titulado *Precisiones históricas y jurisprudenciales en materia de servidumbres: Comentario a la S. del TSJGalicia de 24 de junio de 1997*, en *RXG* n°16, 1997, p.303 s.

se entiende), sin perjuicio de la iniciativa parlamentaria correspondiente, la Mesa del Parlamento de Galicia designará una Ponencia, integrada por miembros de los diversos grupos parlamentarios de la Cámara, a fin de elaborar un informe comprensivo de las dificultades y dudas que se adviertan en la aplicación de los preceptos de la presente Ley y de aquellas normas que se estimen necesarias para la conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del derecho civil propio de Galicia”⁷.

Desgraciadamente, ni hubo iniciativas parlamentarias, ni la Mesa del Parlamento de Galicia tampoco procedió a designar Ponencia alguna que, tras el correspondiente estudio del problema planteado, propusiese a la Cámara la introducción en la Ley de una norma específica y clara que ayudase a resolverlo. Así, tratándose en puridad de una cuestión de política legislativa, su resolución se ha efectuado por vía judicial.

2. Las SS.TSJGalicia 15/98 y 16/98, de 24 de septiembre de 1998: *iter interpretativo*.

Como ya se ha señalado, son dos las históricas sentencias dictadas en casación por la Sala de lo Civil y Penal del TSJGalicia, ambas con fecha de 24 de septiembre de 1998, en las que por primera vez el Alto Tribunal analiza y resuelve la cuestión que nos ocupa, pronunciándose por la aplicación irretroactiva de lo dispuesto en el art.25 LDCG en materia de constitución de servidumbres de paso por prescripción adquisitiva.

Ambas sentencias, objeto del presente comentario, encuentran su causa en sendos recursos de casación -15/98 y 16/98- interpuestos, respectivamente, contra las resoluciones dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales de Pontevedra (Secc.3^a) y Lugo; la primera confirmatoria del fallo recaído en Primera Instancia, en relación a la demanda planteada en ejercicio de acción negatoria de servidumbre de paso, ante el Juzgado nº1 de los de Vigo, y, la segunda, parcialmente revocatoria del fallo recaído en Primera Instancia en relación a la demanda planteada en ejercicio de acción negatoria de servidumbre de paso, de acueducto y conducción eléctrica, ante el Juzgado nº1 de Viveiro, en el sentido de declarar la inexistencia de una servidumbre de paso y, a su vez, confirmatoria de aquel fallo en lo referente a la inexistencia de las servidumbres de canalización de agua y de conducción eléctrica.

⁷ A tal posibilidad hicimos referencia en *Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres* cit., p.72.

Tales recursos, interpuestos en casación ante el TSJGalicia al amparo de lo dispuesto en el apartado 1º del art.2º de la Ley 11/93 de 15 de julio del Parlamento gallego, reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil especial de Galicia, se asientan en un único motivo, en el que se denuncia infracción por aplicación indebida del art.25 LDCG, por entender los recurrentes que tal precepto normativo, frente a los términos en que se recogen los pronunciamientos de las respectivos Juzgados nº1 de Vigo y nº1 de Viveiro -siguiendo la línea jurisprudencial unitaria establecida por todas las demás Audiencias Provinciales de Galicia, en el sentido de entender que no se puede estimar la aplicación irretroactiva de la Ley sin que haya una declaración explícita al respecto por parte del legislador-, contendría un pronunciamiento expreso de retroactividad, debiéndose por tal circunstancia y en consecuencia haber computado entre los requisitos legalmente establecidos por el citado art.25 a los efectos de adquisición de la servidumbre de paso por usucapión también el tiempo de posesión del paso ejercitado con anterioridad a la entrada en vigor de la mencionada LDCG.

A tal conclusión llegan los recurrentes invocando en ambos recursos una interpretación gramatical del precepto, argumentando al respecto que en la frase final del artículo, en la que respecto al plazo de tiempo de posesión a efectos de usucapión de las servidumbres de paso se indica que “comenzará a contarse desde el momento en que hubiese empezado a ejercitarse”, se contendría un pronunciamiento expreso a favor de la retroactividad.

En relación a la mencionada frase nos manifestamos en otros artículos⁸, señalando que la misma nos parecía innecesaria por su obviedad. Dicha indicación contenida en el art.25 LDCG es evidente que cobraría pleno sentido y resultaría clarificadora cuando, como por ejemplo ocurre en el art.538 del CC., o en la Ley 397 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra⁹, se alude contraponiendo distintos grupos o categorías de

⁸ Vid., *Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres* cit., p. 51.

⁹ Art.538 CC.: “Para adquirir por prescripción las servidumbres a que se refiere el artículo anterior (servidumbres contínuas y aparentes), el tiempo de posesión se contará: en las positivas, desde el día en que el dueño del predio dominante, o el que haya aprovechado la servidumbre, hubiera empezado a ejercerla sobre el predio sirviente; y en las negativas, desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre”. Ley 397 de la

servidumbres, cuyas características estructurales condicionan para las mismas un régimen jurídico diferente en cuanto a la determinación del *dies a quo* a efectos posesorios: distinción entre servidumbres positivas y negativas en el art.538 CC.; distinción entre servidumbres positivas y negativas, y dentro de estas últimas, a su vez, entre negativas aparentes y no aparentes en la Ley 397 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra. Sin embargo, cuando, como ocurre en el art.25 LDCG, no se produce una contraposición entre distintos grupos o categorías de servidumbres, la introducción de la matización indicada –“comenzará a contarse...”–, sin explicitar nada respecto a la posible aplicación retroactiva del precitado art.25 LDCG, paradójicamente actúa como un elemento de confusión, al poder prestarse a posibles equívocos desde un punto de vista interpretativo, como ha sucedido y ciertamente se puede constatar observando la argumentación utilizada por los recurrentes en los recursos planteados.

Así, apoyándose en una supuesta interpretación gramatical o literal de lo señalado en el precepto, se ha pretendido que la frase “comenzará a contarse desde el momento en que empezase a ejercitarse”, contendría una norma de derecho transitorio, refiriendo aquélla de forma extensiva a partir de la alusión que en relación a un tiempo pasado se contiene en su última parte –“...desde el momento en que empezase a ejercitarse”– a posibles situaciones posesorias ocurridas no sólo desde, sino también con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

Como acertadamente se señala en las dos sentencias de casación dictadas por la Sala de lo Civil y Penal del TSJGalicia, la redacción del precepto no presenta una tendencia clara e inequívoca a favor de la retroactividad, y ello porque en el art.25 LDCG nada se expresa en relación a si lo establecido en la norma sólo se proyecta hacia el futuro, como suele ser lo habitual, o, asimismo lo hace, en tal caso excepcionalmente, hacia el pasado; es decir, que el legislador gallego no determina claramente si la posesión comenzada antes de la vigencia de la Ley puede aprovechar o no al poseedor a los efectos de adquisición de la servidumbre de paso por prescripción.

Compilación Navarra: “Las servidumbres se adquieren por la prescripción ordinaria de bienes inmuebles, o por la extraordinaria. El tiempo empezará a contar, en las servidumbres positivas, desde el primer acto de su ejercicio; en las negativas aparentes, desde la aparición de los signos de servidumbre; y en las negativas no aparentes, desde la prohibición formal del acto que la servidumbre impediría realizar”.

En su razonamiento interpretativo la Sala de lo Civil y Penal del TSJ-Galicia recurre directamente en su sentencia 15/98, en aplicación de lo dispuesto en el art.4.3 CC., al art. 2.3 CC. -en el que, como es sabido, se señala que “las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusiesen lo contrario”-, que se califica como la norma interpretativa básica que preside el ordenamiento jurídico en materia de derecho intertemporal y que debe de prevalecer a modo de presunción *iuris tantum* en los casos dudosos o de no constancia inequívoca de retroactividad de la ley nueva.

Desde esta óptica predeterminada la Sala, tras rechazar la suficiencia del elemento gramatical o literal para sustentar la tesis de los recurrentes a favor de la retroactividad, procede seguidamente, según se indica en la sentencia 16/98, a interpretar lo dispuesto en el art.25 LDCG, acudiendo a los demás elementos interpretativos que proporciona el art.3.1 CC.

Tras efectuar el correspondiente análisis del art.25 LDCG, la Sala de lo Civil y Penal del TSJGalicia, concluye en su sentencia 16/98 que “no resulta posible admitir el carácter retroactivo de la citada norma” (sic), y que “no se puede hacer una interpretación inequívoca del precepto que conduzca a una aplicación retroactiva de la norma” (sic), en su sentencia 15/98, procediendo entonces a examinar la cuestión planteada -cuando en realidad tal cuestión ya parece quedar definitivamente resuelta- en la sentencia 15/98 desde los principios que informan las disposiciones transitorias del Código Civil, a los que remite la ya mencionada disposición transitoria cuarta de la LDCG a falta de disposición transitoria específica tanto en la Ley como en el Código, considerando inaplicable directamente el art.1939 CC.; y en la sentencia 16/98, desde la óptica del art.1939 CC. y de la disposición transitoria primera del citado cuerpo normativo, normas éstas a las que se refieren los recurrentes en su escrito de formalización de su recurso de casación, con fundamento en la disposición transitoria cuarta de LDCG.

El laberíntico y enrevesado *iter* interpretativo que se sigue en las dos sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal del TSJGalicia, a nuestro juicio, vuelve de nuevo a poner de manifiesto las especiales complicaciones con que se han encontrado en este caso los Magistrados del Alto Tribunal a los efectos de poder solucionar con un razonamiento coherente y lógico, desde el propio ordenamiento gallego, el dilema planteado y no resuelto previamente, como hubiese sido lo deseable, a consecuencia de la inhibición del propio legislador gallego.

Al respecto puede sorprender -y, desde luego, resulta sintomática de un cierto desajuste- la circunstancia de que los magistrados de la Sala de lo Civil y Penal del Alto Tribunal de la Comunidad gallega no aludan para nada en ninguna de las dos sentencias comentadas al precepto que, en principio, parece que resultaría directamente aplicable en materia de interpretación del derecho gallego, en concreto, el art.2.2 LDCG, en el que se prescribe que “el Derecho gallego se interpretará e integrará desde los principios generales que lo informan, los usos, la jurisprudencia y la doctrina que encarna la tradición jurídica gallega”; por el contrario, se recurre directamente a la aplicación de los preceptos contenidos en materia de interpretación de normas contenidos en el CC., y ello, posiblemente, por entender, aún sin señalarlo, que, a tenor de lo dispuesto en el art.3.1 de la LDCG, “se aplicará el CC. y las demás leyes civiles comunes cuando al faltar costumbres y leyes civiles gallegas, esas normas no se opongan a los principios del ordenamiento jurídico gallego”.

En cualquier caso, lo cierto es que el TSJGalicia, en su afán por dar cumplida y completa respuesta a las peticiones de los recurrentes, ha optado por plantear y resolver dos incógnitas en relación al indicado problema sobre la cuestión relativa a la aplicación retroactiva o irretroactiva de la frase final contenida en el art.25 de la LDCG, a saber: en primer lugar, la de si el citado párrafo contiene en su dicción una norma clara a favor de la retroactividad, y, en segundo lugar, en el supuesto de que la respuesta fuese negativa, la de cómo se resuelve el dilema jurídico a la vista de los principios que informan las disposiciones transitorias del CC., a los que, a su vez, remite la disposición transitoria cuarta de la LDCG¹⁰.

3. Interpretación del art.25 LDCG.

Centrándonos en la primera de las incógnitas planteadas, interesa realizar dos observaciones.

¹⁰ Cabría cuestionarse, no sin ciertas dudas, si el *iter* interpretativo seguido hubiese podido ser otro más sencillo, que se concretaría en el recurso directo, en virtud de lo dispuesto en el señalado art.2.2 LDCG, a las disposiciones transitorias de la propia LDCG, en las que, como es sabido, encuentran su regulación los posibles problemas de derecho intertemporal que, como el que se debate -aplicación retroactiva de lo dispuesto en el art.25 LDCG, norma ésta que, por lo demás, tanto por su situación en la Ley, como por su contenido, no se puede calificar como de derecho intertemporal-, se planteen a consecuencia de su entrada en vigor: en concreto, a la disposición transitoria cuarta de la LDCG, que, a su vez, remite a los principios informadores de las disposiciones transitorias del CC.

En primer lugar, se puede constatar de nuevo otro de los efectos que ha producido, en este caso en relación a la labor interpretativa desarrollada por los órganos jurisdiccionales, la desafortunada introducción por el legislador gallego de la inoportuna frase “comenzará a contarse desde el momento en que hubiera empezado a ejercitarse”, en el art.25 LDCG.

Esta matización, que, como indicamos anteriormente, nos parecía innecesaria por su obviedad, puesto que tal y como aparece formulada no haría más que confirmar algo, por lo demás, ya conocido y pacífico en la doctrina y Jurisprudencia -en concreto, el encuadre sistemático de la servidumbre de paso en la categoría de las denominadas servidumbres positivas, para las que, como es sabido, por consistir en un hacer por parte del titular del fundo dominante, se establece a efectos de prescripción adquisitiva el inicio del cómputo del tiempo de posesión desde el momento en que esa situación (paso) comenzase a ejercitarse; frente a las denominadas servidumbres negativas, en las que la mencionada referencia temporal se computa desde el “acto obstativo” realizado por el propietario del fundo sobre el que se pretende imponer el servicio¹¹- ha sido la que ha dado pie a la formulación de los recursos correspondientes, obligando al TSJGalicia, en cumplimiento del ejercicio de su labor interpretativa a pronunciarse respecto a dicha frase, teniendo paradójicamente que justificar, desde su más absoluto respeto y sometimiento a la ley y sin posibilidad de realizar la más mínima crítica racional a la misma, la obviedad referida que se contiene en la misma. Y todo ello, teniendo que recurrir, una vez más, al ordenamiento jurídico común, en concreto, al art.538 CC., con cuya redacción en materia de servidumbres positivas se establece un paralelismo entre este artículo y el 25 LDCG¹².

¹¹ Así lo han entendido, entre otros, y ésta es una opinión que compartimos: REBOLLEDO VARELA, *A nova regulación da servidume de paso* cit., p.190; ID., *Artículo 25 LDCG: el problema del derecho transitorio* cit., p.265; DIAZ MARTINEZ, *Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996* cit., p.341 s. En sentido contrario, cfr. MOURE MARIÑO, *Lei 4/1995, do 24 de maio de Dereito civil de Galicia* cit., p.163 s. Para una crítica a la posición doctrinal sostenida por este autor, vid. DIAZ MARTINEZ, op. cit., p.340 y REBOLLEDO VARELA, *Artículo 25 LDCG* cit., loc. cit.

¹² A nuestro juicio, la mencionada frase (“comenzará a contarse desde que hubiese empezado a ejercitarse”), como indicamos *supra*, sólo encuentra sentido y resulta clarificador cuando, como por ejemplo ocurre en el art.538 CC., se contraponen distintos grupos o categorías de servidumbres, cuyas características estructurales condicionan para las mismas un régimen jurídico diferente en cuanto a la determinación del *dies a quo* a efectos posesorios. Si tal contraposición no se produce, ni tampoco se establece una varia-

En segundo lugar, también por lo que se refiere a la interpretación que, en sus aspectos histórico y finalista, realiza la Sala de lo Civil y Penal del TSJGalicia del contenido del art.25 LDCG en la materia que nos ocupa, resulta preciso realizar otra posible matización.

Señala la Sala que, desde un punto de vista histórico, no existe una mención expresa en ninguno de los trabajos preparatorios que sirvieron de base para la confección de la actual LDCG, ni tampoco en la -ciertamente descuidada en este aspecto, añadimos nosotros- exposición de motivos de la propia Ley, respecto a la aplicación retroactiva o irretroactiva del art.25.

Por otra parte añade que, sin embargo, sí resulta posible apreciar en los mencionados precedentes la necesidad -demandada con insistencia por los juristas gallegos, se señala en la sentencia 15/98; demandada por la realidad social del campo gallego, se indica en la sentencia 16/98- de reconocer y regular, entre los diversos modos de adquisición de las servidumbres de paso, la usucapación; tal demanda, concluye la Sala, encontraría su respuesta legislativa en el art.25 LDCG.

En nuestra opinión, a partir de esta última premisa a que se alude en las sentencias comentadas, en cierta medida y desde un mero razonamiento lógico, puede resultar discutible que el Alto Tribunal rechace de plano al realizar la interpretación desde un punto de vista finalista de la Ley la posible retroactividad tácita del art.25 LDCG, y ello porque, si es que se supone que el precepto estudiado surge, como se manifiesta por el TSJGalicia en su sentencia nº16/98, para cubrir una necesidad sentida por la realidad social del agro gallego, implícitamente parece estarse reconociendo, aún inconscientemente, que con la aludida disposición normativa se ha pretendido establecer por el legislador gallego, en aras del bien

ción respecto al encuadre de la servidumbre a que se está haciendo referencia (servidumbre de paso) en un grupo o categoría distinta (servidumbres negativas) en el que hasta entonces se venía encuadrando (servidumbres positivas), que provoque la consiguiente alteración del régimen jurídico aplicado hasta entonces para esa servidumbre en cuanto a la determinación del *dies a quo* a efectos posesorios (tomando entonces como referencia temporal a los efectos del inicio del cómputo de tiempo de posesión establecido para adquirir por prescripción dicha servidumbre de paso, no ya el momento desde el que el paso comenzó a ejercitarse, sino el momento en que se produjo el "acto obstativo" realizado por el propietario del fundo sobre el que se pretende imponer ese servicio), como no sucede en el art.25 LDCG, la introducción en la Ley de la matización indicada pierde cualquier sentido y resulta totalmente innecesaria por su obviedad.

común, un nuevo régimen general y uniforme que sirviese para poder solucionar los supuestos problemas planteados hasta el momento en materia de adquisición de servidumbres de paso, pudiéndonos encontrar entonces y en tal caso ante uno de los limitados supuestos posibles de retroactividad tácita admitidos jurisprudencialmente, a los que se hace referencia con carácter indicativo en las sentencias comentadas del TSJ-Galicia. Lo que, desde luego, nos parece muy difícil de sostener, partiendo de la premisa antes transcrita utilizada por el Tribunal, es que -como se indica en la sentencia nº15/98- la voluntad del legislador gallego podría haber sido la de establecer un período de tiempo tan prolongado para la plena efectividad de una norma que rompe con la estructura consolidada por el CC. a lo largo de más de un siglo.

En cualquier caso, el TSJGalicia, ante la incertidumbre que se plantea, realizando una interpretación restrictiva en defensa de la seguridad jurídica, se inclina en sus dos sentencias dictadas en casación, a nuestro juicio acertadamente, por la irretroactividad.

Decimos que nos parece que el TSJGalicia resuelve acertadamente la cuestión debatida y que su resolución resulta en nuestra opinión la más adecuada, precisamente ante la incertidumbre que no sólo parece plantear la propia Ley en la redacción que se da al art.25, sino también en sus propios antecedentes históricos.

Efectivamente es cierto que, como indica la Sala de lo Civil y Penal del TSJGalicia, no existe una mención expresa en ninguno de los trabajos preparatorios que sirvieron de base para la confección de la actual LDCG, ni tampoco en la exposición de motivos de aquélla, respecto a la posible aplicación retroactiva o irretroactiva de lo dispuesto en su art.25.

También es cierto que de la lectura de los trabajos preparatorios de la Ley, ya desde el I Congreso de Derecho gallego, resulta posible extraer la conclusión de que los juristas gallegos venían demandando expresamente y con insistencia el reconocimiento y regulación de la prescripción adquisitiva entre los diversos modos de adquisición de la servidumbre de paso.

No obstante, lo que a nuestro juicio no parece tan claro -y esta es una matización que creemos fundamental realizar- es que los juristas gallegos quisiesen dar al modo de adquisición cuyo reconocimiento y regulación solicitaban -por lo menos la gran mayoría de los que lo solicitaban- un

alcance tan amplio y general como algunos han pretendido¹³. Aquí es en donde, en nuestra opinión, estriba realmente la incertidumbre, que hasta el momento presente no ha sido todavía cuestionada: ¿en qué términos pretendían los proponentes de la introducción de la prescripción adquisitiva en relación a la servidumbre de paso que se reconociese y regulase la misma?; al formularse la propuesta, ¿se estaba pensando en la aplicación de la usucapión como modo de adquisición para todos los supuestos posibles de paso, o, sólo para algunos casos muy concretos y determinados?.

Una hipotética solución a estas incógnitas quizá se pudiese encontrar a partir de las razones aducidas con la finalidad de justificar por sus proponentes la introducción de la usucapión entre los modos de adquisición de las servidumbres de paso.

En otros trabajos anteriores¹⁴, en referencia a los precedentes históricos del reconocimiento de la usucapión como modo adquisitivo de servidumbres de paso en derecho gallego, transcribíamos los argumentos en base a los cuales justificaba la Ponencia de la Sección IV del I Congreso de Derecho gallego, celebrado en el mes de octubre de 1972, su Propuesta de reconocimiento y regulación de las servidumbres de paso y su adquisición por el instituto de la prescripción, que ahora conviene volver a recordar: “La distribución minifundista de la propiedad rural en Galicia origina un número extraordinario de fincas enclavadas, para cuyo aprovechamiento se vino realizando el paso desde tiempo inmemorial a través de otras parcelas próximas o colindantes con camino público; esta práctica campesina de usar tales caminos, en la creencia de estar en el derecho y posesión del paso, supone una grave

¹³ Vid. REBOLLEDO VARELA, *La servidumbre de paso. El art.540 del CC.: interpretación e importancia en Galicia*, en *La Ley* nº1392, p.1 ss. Con anterioridad a la vigente LDCG, como señalamos en *Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres*. cit., p.59 nt.5, y *La regulación de las servidumbres y serventías*. cit., p.45 nt.14, la Sala de lo Civil y Penal del TSJGalicia, en su sentencia dictada con fecha de 25 de enero de 1995, actuando como Ponente su Presidente (Excmo. Sr. D. José Ramón Vázquez Sandes), desestimando el recurso de casación interpuesto sobre acción negatoria de servidumbre de paso, se pronunciaba en relación a la que se calificaba como “supuesta costumbre de Derecho civil de Galicia” relativa a la adquisición por usucapión de la servidumbre a través de su uso ininterrumpido durante veinte años indicando expresamente que “es lo cierto que esa costumbre y esa práctica no existen en Galicia”.

¹⁴ *Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres*. cit., p.60 s.; *La regulación de las servidumbres y serventías*. cit., p.45 ss.

perturbación al normal desarrollo y explotación del agro, a la conciencia popular, al sentido práctico de la convivencia humana, y a la realidad misma, al desconocer un mínimo de derechos a ser respetado en el uso que a ciencia y paciencia del dueño sirviente se viene ejercitando desde tiempo inmemorial, por el dueño del predio dominante sobre tal camino. De aquí, la imperiosa necesidad de regular en la futura Compilación revisada esta servidumbre de paso gallego, de tan generalizada extensión en aras de la seguridad y paz jurídica”¹⁵.

Una argumentación similar a la indicada, por no decir prácticamente idéntica, era empleada avanzando en el tiempo por algunos miembros de la extinta Comisión Parlamentaria no permanente de Derecho Civil Gallego, que, en la exposición de motivos del Trabajo presentado sobre la Compilación de Derecho Civil de Galicia¹⁶, justificaban la introducción de la usucapión dentro de la normativa reguladora de la servidumbre de paso, en el art.63.2 de su Propuesta, presentándola como una “solución aconsejada por el más puro pragmatismo”, con la finalidad de poner término a la considerable cantidad de litigios motivados por la indefinición de un gran número de servicios y accesos a las fincas, constituidos a lo largo del tiempo a consecuencia del excesivo reparto de la propiedad de la tierra en Galicia y su apropiado laboreo, que de hecho estuvieron operando como servidumbres de paso.

Por último, también, en relación a la cuestión que nos ocupa, doctrinalmente se ha señalado que “la servidumbre de paso se ve sometida a una regulación (arts.25 a 32) que se legitima en la necesidad social de poner fin a la conflictividad causada por la proliferación de tal gravamen y la

¹⁵ Intentando resolver, según se decía, el problema planteado por la eliminación, con la promulgación del vigente CC. (arts.539 y 540, en relación con el art.532 del mismo cuerpo normativo), de la prescripción como modo de adquisición de las servidumbres de paso, así como por la dificultad de poder acreditar ante los Juzgados y Tribunales la correspondiente prueba de inmemorialidad, en el caso de que dichos servicios existiesen con anterioridad a la promulgación del CC., obstaculizando la permanencia y estabilidad de estas relaciones jurídicas.

¹⁶ Dicha Comisión, constituida en el transcurso de la II Legislatura, el día 9 de marzo de 1988, presentó en el Parlamento gallego los resultados del mencionado Trabajo con fecha de 22 de marzo de 1991. Sobre dicho Trabajo, su evolución y conclusión, vid. LORENZO MERINO, *Un Derecho Civil para Galicia. La Propuesta legislativa de Compilación de derecho civil de 22 de marzo de 1991*, en *La Ley* nº2995, 1992, p.1 ss.; ID., *El Derecho Civil de Galicia y la Propuesta de Compilación de 22 de marzo de 1991*, 1992.

falta de los correspondientes títulos constitutivos. Lo que resolverá el legislador posibilitando, al margen de su naturaleza discontinua, la adquisición de las mismas por la usucapión de veinte años¹⁷.

De todo lo expuesto parece poder extraerse la, también en este caso, paradójica conclusión de que el reconocimiento de la prescripción adquisitiva prevista en la Ley gallega habría surgido fundamentalmente en relación a un específico tipo de servicios de acceso o paso: los ejercitados *de facto* y a lo largo del tiempo, de forma pública, pacífica e ininterrumpida, por los propietarios o titulares de las *fincas enclavadas* -originadas a consecuencia del excesivo reparto de la tierra: distribución minifundista de la propiedad rural-, que para su aprovechamiento *necesitarían* servirse a los efectos del mencionado paso a través de otras fincas próximas o colindantes con camino público.

Quizá pensando sólo en tales específicos servicios o accesos de paso, relativos a *fincas enclavadas*, y no en cualquiera otros posibles, se habría planteado -por lo menos así lo parece inicialmente; no sabemos si con posterioridad también- la introducción y regulación normativa de la prescripción adquisitiva, aduciéndose al respecto que el no reconocimiento de tales supuestos derechos (de paso) supondría una notable cantidad de litigios, en algún caso calificados como injustos, por considerar que el paso del tiempo -específicamente inmemorial- proveía un título de por sí más que suficiente al usucapiente, y, en otros casos, como inútiles, puesto que al tratarse de fincas enclavadas, tales servicios podrían constituirse consiguiendo, en definitiva, los mismos efectos que con la prescripción adquisitiva, acudiendo al expediente previsto en el art.564 CC., relativo a la constitución de la servidumbre forzosa de paso.

4. Determinación de los principios informadores de las disposiciones transitorias del CC.

Dejando a un lado esta cuestión y volviendo al comentario de las sentencias analizadas, la Sala de lo Civil y Penal del TSJGalicia, tras resolver de forma negativa la incógnita planteada en primer lugar, relativa a la determinación de si la parte final del art.25 LDCG contiene en su dicción una norma clara a favor de la retroactividad, procede a continuación, en segundo lugar, a buscar la solución al problema debatido recurriendo a los

¹⁷ LORENZO MERINO, *Prólogo* a la Ley de Derecho civil de Galicia, 1995, p. 27.

principios que informan las disposiciones transitorias del CC., a los que remite la LDCG en aplicación de lo dispuesto en su disposición transitoria cuarta, a falta de otra disposición transitoria específica al respecto.

Según se ha indicado, lejos de aportar una solución clara en un sentido favorable o contrario a la retroactividad, como se ha optado por hacer en otras Comunidades Autónomas en esta materia¹⁸, y como parece que hubiese sido lo razonable, el legislador gallego, con el cómodo recurso genérico a las disposiciones transitorias del CC., no sólo no resuelve el problema planteado, sino que vuelve a complicar la ya de por sí difícil tarea interpretativa de los órganos jurisdiccionales.

El legislador gallego sitúa al intérprete en otra encrucijada interpretativa complicada, remitiéndole al ordenamiento jurídico común o estatal, en el que, de nuevo, resulta necesario volver a formularse otra pregunta cuya contestación también plantea notables problemas: ¿cuáles son los principios informadores de las disposiciones transitorias del Código Civil a los que, teniendo en cuenta la diferente regulación que se establece en el ámbito jurídico gallego -en el que se reconoce por primera vez la posibilidad de adquirir las servidumbres de paso por prescripción-, habría que acudir para dar respuesta a la cuestión de derecho intertemporal planteada?.

La solución a que llega la Sala de lo Civil y Penal del TSJGalicia en sus dos sentencias dictadas en casación, tras la aplicación de los señalados principios informadores de las disposiciones transitorias del CC, es la misma: irretroactividad de lo dispuesto en el inciso final del art.25 LDCG, confirmando la línea jurisprudencial seguida por todas las Audiencias gallegas¹⁹.

No obstante, aun cuando la solución a que se llegue sea la misma, creemos que, por lo que se refiere a los criterios utilizados por la Sala en cada una de las dos resoluciones analizadas -F.J. 5º de la sentencia 15/98, y F.J. 6º de la sentencia 16/98, respectivamente- con la finalidad de deter-

¹⁸ Vid. *supra* nt.4 de este trabajo.

¹⁹ Incluida la A.P. de Orense, que, inicialmente, había sostenido el criterio contrario (retroactividad) en su sentencia de 19 de marzo de 1996, en la que, además se afirmaba la posibilidad de aplicar retroactivamente la Ley de Derecho Civil de Galicia a la cuestión debatida en el pleito e incoada antes de su entrada en vigor. Para esta sentencia, vid. DIAZ MARTINEZ, *Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996*. cit., p.337 ss. La mencionada A.P. modificó dicho criterio con posterioridad por sentencia dictada con fecha de 10 de marzo de 1997.

minar los mencionados principios informadores, se pueden realizar algunas observaciones.

En el F.J. quinto de la sentencia 15/98, tras señalarse el que a modo de lema interpretativo se encuentra en el frontispicio de los mencionados principios informadores de las disposiciones transitorias del CC., que, según la Sala, podría considerarse como primero y principal principio que informaría todas las demás disposiciones transitorias -contenido en el párrafo inicial de dichas disposiciones transitorias: “las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo”-, se procede, a continuación, a transcribir sucintamente los que se indica que la doctrina resume como principios básicos y que aparecen recogidos en las cuatro primeras disposiciones transitorias del CC.²⁰, para finalizar concluyendo sintéticamente que, tanto si se contempla el problema desde el prisma de los derechos adquiridos en la extensión que tenían reconocida por la ley antigua (prefacio y transitoria primera), como si se ve desde la óptica de la inactividad del dueño del predio sirviente que carecía de sanción en la legislación anterior (transitoria tercera), el resultado a que se llega es el de la irretroactividad de la ley nueva.

La Sala completa su razonamiento en la sentencia señalada con una referencia, en este caso algo más amplia al art.1939 CC., también considerada norma de derecho transitorio, excluyendo su aplicación directa al supuesto debatido por entender que el citado precepto se refiere exclusivamente a la distinta regulación de la prescripción dada por la ley nueva en relación a la derogada -lo que no ocurre en el ámbito gallego, puesto que la LDCG regula *ex novo* la usucapión de las servidumbres de paso-, indicando, además, que el precepto en cuestión, en todo caso, mantiene el principio de que la ley nueva se aplica en exclusiva a la prescripción comenzada después de su vigencia, y que sólo excepcionalmente (plazos)

²⁰ Según la Sala (sent.15/98) esos principios básicos, relativos por lo que aquí interesa a las disposiciones transitorias primera y tercera, que son los que utiliza el Tribunal en su razonamiento, son resumidos por la doctrina de la siguiente forma: “1º. Irretroactividad en todo aquello que la nueva normativa pueda perjudicar derechos ya adquiridos antes de la entrada en vigor de la ley nueva, que se reconocen explícitamente en la extensión que tenían de acuerdo con la legislación bajo la que nacieron, aunque la ley nueva no los contemple o los regule de forma diferente (regla 1ª)”; “3º. Irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o privativas de derechos de los actos u omisiones carentes de sanción en la ley anterior, salvo que la sanción fuese más benigna (regla 3ª)”.

puede hablarse de su aplicación retroactiva limitada, para concluir finalmente que también si se mira el momento en que deben comenzar a computarse los plazos prescriptivos (art.1939) el resultado que se obtiene vuelve a ser el de la irretroactividad de la ley nueva.

En el F.J. sexto de la sentencia 16/98 la cuestión planteada, según indica la Sala, se examina “desde la óptica del art.1939 del CC. y de su disposición transitoria primera” (sic), por ser éstas las “normas” (sic) a las que se refieren los recurrentes en su escrito de formalización del recurso de casación.

Por lo que se refiere al art.1939 del CC., la Sala -sin excluir expresamente, como hace en la sentencia 15/98, la aplicación directa del precepto a la cuestión debatida- entiende que, dado que de su primer inciso resulta fácil deducir que la ley nueva no se aplica a las prescripciones que se encontrasen en curso bajo el imperio de la legislación anterior, y puesto que su segundo párrafo se encuentra referido exclusivamente a un acortamiento del plazo prescriptivo por la nueva legislación, resulta obligado negar efectos adquisitivos a la usucapación ganada bajo la vigencia del Código Civil, que no permitía tal modo de adquirir, pudiéndose decir lo mismo para los efectos de sumar el período transcurrido bajo la anterior normativa.

Según la Sala, la aplicación al caso debatido de la disposición transitoria del CC. -que en su inciso segundo contempla el supuesto de autos, al estarse declarando por primera vez un derecho- también da lugar a la misma solución, y ello porque, si bien en la mencionada disposición transitoria primera se contiene una regla general a favor de la retroactividad, tal regla se condiciona para aquellos casos en los que se perjudique otro derecho adquirido de igual origen -entendiendo que con dicha expresión se hace referencia a derechos de igual naturaleza o que se proyectan sobre una misma materia-, como en opinión de la Sala ocurre en el supuesto planteado, en el que se produce una colisión entre el derecho del titular del predio pretendidamente sirviente, no limitado por derecho real de servidumbre, que actúa como recurrido en el pleito, y el derecho de los recurrentes a adquirir por usucapación, viéndose aquél perjudicado por la aplicación del art.25 LDCG, que reconoce por primera vez el derecho a adquirir por usucapación la servidumbre de paso.

Una lectura separada, apresurada y superficial de los fundamentos de derecho transcritos en los que se analiza y resuelve el problema debatido, quizá por el importante esfuerzo de simplificación que del mismo realiza en ellos el TSJGalicia -en detrimento en parte de una mayor claridad expo-

sitiva, a nuestro entender-, puede producir en quien desconozca la situación en que se encuentra la aludida cuestión de derecho intertemporal en la doctrina, la errónea impresión de que el tema relativo a la determinación e interpretación de los principios que informan las disposiciones transitorias del CC., aplicables para resolver el problema en el ámbito gallego, resulta pacífica y no plantea especiales dificultades.

En este sentido, en cuanto a la determinación de los principios que informan las disposiciones transitorias del CC., el problema parece resolverse sin mayores dificultades por la Sala de lo Civil y Penal en cada sentencia.

Sin embargo, cuando se realiza un contraste entre ambas resoluciones dictadas en casación, de su lectura y análisis conjunto se puede extraer la conclusión de que los criterios de aplicación de los mencionados principios informadores de las disposiciones transitorias del CC. seguidos por la Sala, no son, o, por lo menos, a nosotros no nos lo parecen, totalmente coincidentes.

En relación a esta cuestión, surgen fundamentalmente dos dudas, ya puestas de manifiesto con anterioridad por la doctrina: ¿resulta aplicable lo dispuesto en el art.1939 CC. para resolver la cuestión que nos ocupa?; ¿ocurre lo mismo con el principio informador que se contiene en la disposición transitoria tercera del CC.²¹.

²¹ Respecto a la posible aplicación de estas normas y la interpretación de las mismas, cfr. MOURE MARIÑO, *Lei 4/1995 do 24 de maio de Dereito Civil de Galicia*. cit., p.164; DIAZ MARTINEZ, *Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996*. cit., p.342 ss.; RODRIGUEZ MONTERO, *Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres* cit., p.62 s.; ID, *La regulación de las servidumbres y serventías*. cit., p.55 ss.; FRAGA MANDIAN, *Un trascendental problema de derecho intertemporal*. cit., p.3 ss.; DIAZ FUENTES, *Dereito Civil de Galicia* cit., p.109 ss.; REBOLLEDO VARELA, *Art.25 LDCG: el problema del derecho transitorio* cit., p.265 ss.; BUSTO LAGO, *Derecho intertemporal y modificación de las normas reguladoras de la usucapión* cit., p.3 y 5. La citada cuestión también se planteó jurisprudencialmente en el ámbito civil catalán -en el que, como es sabido, tampoco se contiene una previsión específica en materia de derecho transitorio sobre la constitución de servidumbres por usucapión- en un supuesto semejante, referido a la adquisición por prescripción de una servidumbre de vistas. El TSJ de Cataluña dictó al respecto una sentencia, con fecha de 17 de octubre de 1994, en la que para fundamentar su decisión -irretroactividad- tomó en consideración el mencionado art.1939 CC., y la disposición transitoria tercera del mismo cuerpo normativo. En relación a la citada sentencia, vid. REBOLLEDO VARELA, *A nova regulació da servidume de paso*. cit., p. 189 s.; DIAZ MARTINEZ, op. cit., p.342 ss.; FRAGA MANDIAN, op. cit., p.3 s.; DIAZ FUENTES, op. cit., p.111 s.; REBOLLEDO VARELA, *Art.25 LDCG: el problema del derecho transitorio* cit., p.267 ss.

La primera de las cuestiones planteadas obtiene una respuesta clara en la sentencia nº15/98, lo que no sucede en la sentencia 16/98; en esta última, la Sala, sin señalarlo abiertamente, parece no excluir directamente la aplicación a la cuestión planteada del principio informador dispuesto en el art.1939, que utiliza a efectos interpretativos, con la finalidad de resolver el problema debatido.

En su sentencia 15/98, como ya se ha indicado, la Sala se pronuncia expresamente por la no aplicación directa de lo dispuesto en el art.1939 CC. al supuesto en cuestión, lo cual parece de todo punto lógico, puesto que si se acepta que el principio contenido en el mencionado artículo se encuentra referido exclusivamente a la distinta regulación de la prescripción dada por la ley nueva en relación a la ley derogada, y la LDCG regula *ex novo* la usucapión de las servidumbres, lo señalado en el art. 1939 CC., evidentemente, no resulta aplicable al caso objeto de debate.

No obstante, la Sala, aún a pesar de pronunciarse en su sentencia 15/98 por la no aplicación directa del citado artículo 1939 CC., sin embargo, alude al mismo junto con el prefacio de las disposiciones transitorias del CC, la disposición transitoria primera y la tercera del CC., con la finalidad de argumentar la irretroactividad de la ley nueva: “si se mira el momento en que deben comenzar a computarse los plazos prescriptivos (art.1939) la conclusión es siempre la de la irretroactividad de la ley nueva”(F.J. 5º).

Al igual que ocurre con el principio contenido en el art.1939 CC., a partir del contraste entre las dos sentencias dictadas en casación, también se plantea otra duda, en este caso, respecto a la, en nuestra opinión, bastante discutible posibilidad de aplicación del principio recogido en la disposición transitoria tercera del CC.²²

La Sala no alude para nada a la misma en su sentencia 16/98, y, sin embargo, recurre a dicha disposición en su otra sentencia 15/98, con la finalidad de resolver el problema planteado, deteniéndose a nuestro juicio escasamente en la justificación de su aplicación.

²² A la aplicación de la disposición transitoria tercera CC., como señala DIAZ MARTINEZ, *Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996*. cit., p.345 s. y nt.26, “parece que puede oponerse un argumento nada desdeñable, pues parte de un carácter sancionador de la institución de la prescripción que es rechazado hoy unánimemente por la doctrina, para la que resulta más convincente buscar el fundamento de la prescripción, cualquiera que sea su clase, en el dato objetivo de la necesidad de dar certidumbre a las relaciones jurídicas, prescindiendo de teorías subjetivas basadas en una presunción de renuncia o abandono o en la sanción de una conducta negligente”.

Ninguna duda, por el contrario, parece plantearse en la Sala en cuanto a lo que se refiere a la aplicación del también muy discutido doctrinalmente principio que se contiene en la disposición transitoria primera (inciso segundo) del CC., a cuya aplicación procede el TSJGalicia en ambas sentencias, concluyendo la irretroactividad de la nueva normativa en la cuestión debatida, por entender que la aplicación retroactiva del art.25 LDCG, al reconocerse o declararse por primera vez un derecho -derecho de adquirir por usucapión la servidumbre de paso- perjudicaría el otro derecho adquirido de “igual origen” -considerando la Sala en su sentencia 16/98 que con esta expresión legal el legislador está haciendo referencia a aquellos derechos de igual naturaleza o que se proyectan sobre una misma materia-, perteneciente al titular del predio pretendidamente sirviente, el cual no se encontraba limitado en la legislación anterior por dicho derecho real de servidumbre.

A nuestro juicio, no sólo la interpretación del supuesto principio informador de la regla contenida en el segundo párrafo de la disposición transitoria primera del CC. plantea notables dudas interpretativas difícilmente resolubles, como se puede observar si se acude a la doctrina²³, especialmente por lo que se refiere tanto a la determinación del sentido atribuible a la discutible expresión “de igual origen” recogida al final del precepto en relación al derecho adquirido, como a la determinación de la existencia o no de un derecho adquirido que pudiese resultar perjudicado por el reconocimiento de otro derecho desconocido anteriormente, sino que, además, la aplicación de tal principio informador, siempre según nuestro criterio, supone introducirse en una dinámica escabrosa de contraste entre dos derechos, perfectamente respetables, con la consiguiente opción de preferencia por uno de ellos, lo que nos induce a cuestionar la utilización de tal principio para poder resolver satisfactoriamente el problema de derecho intertemporal analizado²⁴.

²³ Cfr. DIAZ MARTINEZ, *Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996*. cit., p.343 ss.; RODRIGUEZ MONTERO, *La regulación de las servidumbres y serventías*. cit., p.56 nt.37; FRAGA MANDIAN, *Un trascendental problema de derecho intertemporal*. cit., p.4; REBOLLEDO VARELA, *Art.25 LDCG: el problema del derecho transitorio* cit., p.267.

²⁴ Tanto la circunstancia de que en el articulado de LDCG no se señale nada en cuanto a su posible aplicación con efecto retroactivo respecto a las situaciones posesorias de servidumbres de paso anteriores a su entrada en vigor, como la inexistencia de principio informador alguno recogido en las disposiciones transitorias del CC. que, en su discutible aplicación, permita resolver la cuestión de derecho transitorio planteada, nos hacía optar por la solución que parecía más sencilla, y así, recuperando el criterio jurisprudencial sentado por el T.S. en su sentencia de 14 de mayo de 1903, señalábamos lo siguiente: “dado que

5. Seguridad jurídica e irretroactividad.

Al margen de estas apreciaciones particulares y compartiendo, como se ha indicado, el resultado final -irretroactividad- al que llega la Sala de lo Civil y Penal del TSJGalicia en las sentencias comentadas, interesa finalmente destacar una circunstancia importante a la que alude la Sala en su sentencia 15/98, como colofón de su razonamiento interpretativo: “la seguridad jurídica, predicamento del principio de irretroactividad de las leyes consagrado en nuestro derecho (art.9.3 de la Constitución española), debe prevalecer sobre la carencia de mandato expreso en contrario del legislador”(FJ.5º).

Ciertamente, la irretroactividad y la seguridad jurídica pueden aparecer ligadas. En este sentido, la regla o principio general de irretroactividad de las nuevas disposiciones, se dice, encuentra su fundamento en la exigencia de seguridad jurídica: se trata de asegurar la previsibilidad de las consecuencias de la conducta, sobre la base de que el entramado normativo que la rige permanecerá invariado en el futuro; y que si varía, no afectará al acto realizado bajo la antigua ley²⁵.

en supuestos como el que ahora se plantea, en los que la nueva Ley (LDCG) considera válidos actos (posesorios de servidumbre de paso) que bajo el imperio de la antigua (Compilación de Derecho Civil de Galicia, aprobada por Ley 7/1987, de 10 de noviembre) eran nulos, no existe ninguna disposición transitoria que por vía interpretativa autorice para llegar a la conclusión de que un acto nacido nulo, y por tanto ineficaz -identificando en este caso ineficacia con inexistencia para el derecho, es decir, con falta de vida real y legal para ningún efecto, como también parece hacer el TSJ de Cataluña en el F.J. 3º de su referida sentencia de 17 de octubre de 1994-, cuya ineficacia sería originaria, automática y radical, deba adquirir por ministerio de la Ley una vida que antes no tenía, quedando sanado por el mero hecho de que la nueva Ley admita su validez, habría que estar a lo dispuesto en el art.2.3 del CC., en el que, como es sabido, se establece el principio de irretroactividad, aplicable con carácter subsidiario y en defecto de determinación por la nueva Ley sobre su posible efecto retroactivo”. Vid., *Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres*. cit., p.63 s.

²⁵ Para una aproximación a los conceptos de irretroactividad y retroactividad, así como para otras cuestiones relativas a los mismos, vid., con referencias bibliográficas y jurisprudenciales: CAPILLA RONCERO, voz “*irretroactividad*” (*Dº Civil*), en AAVV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo III, 1995, p. 3767 ss.; ID, voz “*retroactividad*” (*Dº Civil*), op. cit., tomo IV, p. 5985 ss.; DIEZ- PICAZO L.M., voz “*retroactividad de las normas*”(*Dº Constitucional*), op. cit., tomo IV, p. 5988 ss. En relación al concepto de seguridad jurídica, cfr. PEREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, 1991, especialmente p. 90 ss., y SAINZ MORENO, voz “*seguridad jurídica*” (*Dº Constitucional*), *Enciclopedia Jurídica* cit., tomo IV, p. 6108 ss., con bibliografía y algunas apreciaciones, en nuestra opinión, discutibles.

No obstante, el hecho de que el principio de irretroactividad se fundamente en la exigencia de seguridad jurídica, no quiere decir que tal principio deba de aplicarse en términos excesivamente rígidos, sino que el mismo, en su aplicación, ha de compatibilizarse con las normales exigencias de evolución del ordenamiento, precisamente con la finalidad de que este último no quede petrificado²⁶.

Así, puede decirse que la irretroactividad es, hasta cierto punto, una componente de la seguridad jurídica, pero también resulta necesario matizar que, en un ordenamiento donde existe una previsión constitucional expresa en materia de irretroactividad, todo intento de vincularla a las exigencias de seguridad jurídica no puede menos de implicar una ampliación de los supuestos constitucionalmente prohibidos de retroactividad, lo cual choca con el criterio interpretativo del *favor legislatoris*²⁷.

El principio de irretroactividad aparece positivizado en el ordenamiento jurídico común en dos preceptos: el art.9.3 de la Constitución española, y el art.2.3 del CC. (también en el art.2 del vigente Código Penal, cuyo contenido es sustancialmente idéntico al de la indicada norma constitucional).

Partiendo del dato de que es al legislador a quien, en su tarea de configuración y renovación del ordenamiento jurídico, corresponde establecer libremente las soluciones necesarias para regular los problemas que plantea la sucesión temporal de las normas a través de concretas disposiciones transitorias o bien mediante una norma general de conflicto, en el citado art.9.3 de la Constitución española se imponen al propio legislador unos límites constitucionales infranqueables en el momento de diseñar ese derecho intertemporal, garantizándose el principio de “irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”²⁸.

El legislador puede, por tanto, introducir en la norma nueva específicas disposiciones transitorias que prevean la resolución de los problemas de derecho intertemporal que se planteen, siendo posible perfectamente que dote a aquélla de eficacia retroactiva, siempre dentro de los concretos

²⁶ Respecto al principio de irretroactividad en el sentido indicado, vid., por ejemplo, entre otras, la S.TC. 227/88 (F.J. 9º).

²⁷ DIEZ-PICAZO L.M., op. cit., p.5990 s.

²⁸ Respecto a los límites constitucionales impuestos a la retroactividad, vid. DIEZ-PICAZO L.M., op. cit., p.5991 s.

límites establecidos en el mencionado art.9.3 de la Constitución española, que en caso de conculcarse darán lugar a su inconstitucionalidad.

Cuando ello no ocurre, es decir, cuando el legislador no establece específicas disposiciones transitorias, entra en funcionamiento el otro precepto al que hicimos referencia, el art.2.3 CC., que actúa en estos casos como norma de conflicto temporal supletoria o general, que se encuentra dirigida al intérprete y aplicador del derecho, y, más concretamente, en posición preeminente, al juez encargado de resolver el problema planteado.

Frente a lo que sucede con el art.9.3 de la Constitución española, el art.2.3 CC., no contiene un mandato dirigido al legislador, precisamente porque, en un ordenamiento presidido por una Constitución rígida y supra-legal, el CC. carece de rango para establecer de manera general la validez de las normas²⁹. El art. 2.3 CC. contiene, eso sí, una regla vinculante para los operadores jurídicos, en la que se les ordena cómo deben interpretar y aplicar las normas en caso de sucesión temporal de las mismas, estableciendo la presunción *iuris tantum* de irretroactividad: las normas sólo tienen eficacia retroactiva si ellas mismas así lo disponen; lo que significa que, en ausencia de una autoregulación al respecto, o de específicas disposiciones transitorias, dichas normas operan sólo *pro futuro*, es decir, que el operador jurídico no puede otorgarles efectos retroactivos.

A tenor de todo lo indicado estimamos que, mejor que señalar que debe de prevalecer la seguridad jurídica como predicamento del principio de irretroactividad de las leyes consagrado en nuestro derecho (art.9.3 de la Constitución española) sobre la carencia de mandato expreso en contrario del legislador, según indica la Sala de lo Civil y Penal del TSJGalicia en su sentencia 15/98, hubiese sido más apropiado decir que, a falta o en defecto de específicas disposiciones establecidas en concreto por el legislador gallego con la finalidad de poder resolver el problema de derecho intertemporal planteado, y siendo insuficiente la remisión que con carácter general se efectúa, a los efectos de su resolución, a los principios que informan las disposiciones transitorias del CC. (disposición transitoria cuarta de la LDCG), prevalece el principio de irretroactividad, en virtud de lo dispuesto en el art.2.3 CC., que actúa en este caso como norma de conflicto temporal supletoria o general, vinculante para el intérprete: “las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusiesen lo contrario”.

²⁹ DIEZ-PICAZO L.M., op. cit., p.5991 s.

La seguridad jurídica, entendida con fórmula esquemática como certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados³⁰, debe de prevalecer siempre, en los términos indicados anteriormente, por imperativo constitucional; en aquellos casos dudosos, como el que nos ocupa, en los que el ordenamiento jurídico -en este caso, gallego- no ofrece una certeza suficiente como para poder resolver la cuestión planteada, ante el silencio del legislador, la regla o principio general que debe de aplicar el intérprete es el de la irretroactividad (art.2.3 CC.).

Con las históricas sentencias dictadas en casación por la Sala de lo Civil y Penal del TSJGalicia, se resuelve definitivamente el grave problema planteado en relación a la determinación de la posible aplicación con carácter retroactivo o irretroactivo de lo dispuesto en el art.25 LDCG en materia de constitución de servidumbres de paso por prescripción adquisitiva.

De esta forma, a través de la interpretación jurisprudencial, se cierra un período de incertezas y dudas provocado por una inexcusable falta de previsión legislativa, poniéndose de manifiesto, como señalábamos al inicio de este comentario, que, también en aquellos ordenamientos jurídicos que responden a un modelo de derecho de tipo legal, la labor desarrollada por la jurisprudencia, tanto a través de las decisiones judiciales como de las formulaciones realizadas por la doctrina científica, no se limita a la mera aplicación mecánica de la normativa contenida en los textos, sino que, en determinadas ocasiones, también se concreta claramente en una importante actividad creadora del derecho, desarrollando el ordenamiento jurídico, sobre todo cuando el propio ordenamiento, incomprensiblemente, no ofrezca soluciones legislativas a problemas concretos cuyo planteamiento resulte ciertamente previsible.

Que se haya resuelto el problema planteado en el ámbito jurídico gallego optando por solucionar el mismo en un sentido determinado -irretroactividad- no quiere decir, evidentemente, que en el futuro no se puedan plantear otras cuestiones conexas con aquél. Así, no es excluible que, como se ha dicho, durante los próximos años se inicien litigios por parte de todos aquellos propietarios que, siendo conscientes de que en el plazo de veinte años, contados a partir de la entrada en vigor de la LDCG, su vecino puede adquirir por prescripción el derecho de paso cumpliendo los

³⁰ S.TC. 15/86 (F.J. 2º).

requisitos establecidos en el art.25, pretendan evitar tal circunstancia acudiendo a los Juzgados y Tribunales en defensa de su derecho de propiedad libre de cargas o gravámenes³¹.

En cualquier caso, a nuestro juicio, este hipotético incremento en el futuro de la conflictividad, en el supuesto de que así se confirmase, no serviría para desmentir la validez de la solución alcanzada en las presentes sentencias por el TSJGalicia; solución ésta que, en nuestra opinión, se presenta jurídicamente en su resultado final como la más adecuada y acertada para resolver el difícil problema de derecho intertemporal tal y como aparecía planteado, a consecuencia de la inhibición legislativa.

³¹ DIAZ FUENTES, *Dereito civil de Galicia* cit., p.109 y 113 ss.

Apostillas a la declaración jurisprudencial de irretroactividad en materia de constitución por usucapión de las servidumbres de paso en Galicia (Comentario a la STSX Galicia nº4/99, de 2 de marzo de 1999). (*)

(*) Publicado en : *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 3, 1999, pp. 691-703.

4

Apostillas a la declaración jurisprudencial de irretroactividad en materia de constitución por usucapión de las servidumbres de paso en Galicia
(Comentario a la STSX Galicia nº4/99, de 2 de marzo de 1999).

Como es sabido, la Sala de lo Civil y Penal del TSXG, con fecha de 24 de septiembre de 1998, dictó en casación dos históricas sentencias en las que, por primera vez, analizaba y resolvía un previsible e importante problema de derecho intertemporal planteado en el ámbito jurídico-civil gallego que no había sido tomado en consideración por el legislador autonómico cuando procedió a reconocer en el art.25 de la LDCG la usucapión como posible forma o modo de constitución de las servidumbres de paso: la determinación de la posibilidad de aplicar la novedosa figura reconocida con carácter retroactivo o irretroactivo, es decir, disponiendo que únicamente aprovecharían a los efectos de la adquisición de las servidumbres de paso por prescripción las situaciones posesorias, que lógicamente cumpliesen los demás requisitos establecidos por la Ley, a partir de la entrada en vigor del citado Cuerpo normativo, o bien, que, asimismo podrían ser alegadas y reconocidas con plenos efectos aquellas otras situaciones posesorias que, también cumpliendo los requisitos señalados en el art.25 de la propia Ley, se hubiesen venido ejercitando con anterioridad en el tiempo a la mencionada entrada en vigor de la reiterada Ley.

En ambas sentencias el TSXG se pronunciaba, no sin cierta dificultad, -en nuestra opinión, acertadamente en su resultado final- a favor de la aplicación irretroactiva de lo dispuesto en el referido art.25 LDCG en materia de constitución de servidumbres de paso por prescripción adquisitiva, cerrándose de esta forma a través de la interpretación jurisprudencial un período de incertezas y dudas, provocado por una inexcusable falta de previsión legislativa.

No obstante lo señalado, aun cuando la solución final alcanzada en las dos primeras resoluciones casacionales en las que el Alto Tribunal se había ocupado del dilema en cuestión pudiese resultar en cierto sentido meridianamente clara, el *iter* seguido por el citado Órgano jurisdiccional en su razonamiento interpretativo con la finalidad de poder llegar a la conclusión indicada, al hilo de una lectura realizada con atención, detenimiento

y en conjunto, de los fundamentos jurídicos contenidos en ambas sentencias, a nuestro juicio, sugería racionalmente el planteamiento de una serie de importantes dudas.

1. Las indicadas dudas, que tuvimos ocasión de exponer en otro trabajo a cuyo contenido remitimos¹, aparecen en nuestra opinión definitivamente resueltas en otra interesante sentencia de fecha 2 de marzo de 1999 -en la que actuó como Ponente el Excmo. Sr. Presidente del Alto Tribunal, D. José Ramón Vázquez Sandes-, cronológicamente la tercera en el tiempo de las dictadas por la Sala de lo Civil y Penal del TSXG en relación al problema que nos ocupa, a la que dedicamos estas breves anotaciones por considerarla especialmente importante y clarificadora en la materia.

Dicha sentencia, encuentra su causa en el conocimiento y resolución del recurso de casación nº4/99, interpuesto contra la resolución dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Lugo, confirmatoria del fallo recaído en Primera Instancia en relación a la demanda planteada en ejercicio de la acción negatoria de servidumbre de paso ante el Juzgado de Primera Instancia de Becerreá.

El recurso planteado se asentaba en dos motivos en los que, al amparo del art.1962,4º de la LEC se denunciaban por la parte recurrente, respectivamente, infracción por inaplicación e interpretación errónea del art.25 LDCG en relación con la Disposición Transitoria cuarta de la misma Ley y la Disposición Transitoria primera del Código Civil, e infracción por inaplicación del art.1 de la Ley 4/1995 de Derecho Civil de Galicia, en relación con los arts.2 y 3 de dicha norma y su Título Preliminar, que reconoce los usos y costumbres como primera fuente del Derecho.

2. La Sala procede a examinar en primer lugar el segundo de los motivos alegados por la recurrente, que resuelve en sentido desestimatorio por entender que dicha parte se limita a circunscribir su recurso con carácter genérico a unas normas que son programáticas o informadoras de todas y cada una de las que integran el ordenamiento jurídico-civil

¹ *Inhibición lexislativa e determinación xurisprudencial do dereito: ¿aplicación retroactiva ou irretroactiva do art.25 da LDCG en materia de constitución de servidume de paso por usucapión?*(Comentario ás SS.TSXGalicia 15/98 e 16/98 do 24 de setembro de 1998), en REGAP (Revista Galega de Administración Pública) nº20 (setembro-diciembre), 1998, p.241 ss. El citado comentario también apareció publicado en castellano en La Ley Galicia, año XX, Suplemento al nº.4777, p.1 ss.

gallego, y no ya, como debiera, a normas sustantivas definidoras de derechos, según viene declarando reiteradamente el Tribunal Supremo, especificando entre dichas normas, en el supuesto particular de que se trata, los usos y costumbres que se considerasen vulnerados.

Por otra parte, el TSXG resalta el contrasentido que supone invocar genéricamente unos usos y costumbres sin realizar ninguna determinación más en cuanto a los mismos, y pretender incardinarlos con el mecanismo de la retroactividad de la norma -refiriéndose, aunque no se indique expresamente, al polémico inciso segundo del art.25 LDCG-, respecto de la que se subraya -precisión ésta que consideramos fundamental en la materia que nos ocupa- que por sí misma está hablando de nuevo establecimiento en virtud de la competencia legislativa que constitucional y estatutariamente corresponde al Parlamento de Galicia. No se trataría, por tanto, del reconocimiento legislativo de una supuesta antigua y arraigada práctica consuetudinaria gallega, según ha venido defendiendo un sector de juristas gallegos², y ello porque, como precisa una vez más la propia Sala de forma clara y terminante -evocando su sentencia dictada con fecha de 25 de enero de 1995-, “nunca en esta tierra, hasta la Ley 4/1995, se adquirió por prescripción de veinte años la servidumbre de paso, siendo su régimen (anterior a dicho Cuerpo normativo) el de las Partidas y, después, el del Código Civil sin base consuetudinaria propia”, motivo por el cual, “huelga aquí toda referencia al origen consuetudinario del Derecho civil gallego” (Fundamento Jurídico Segundo).

3. Particular interés para el tema que nos ocupa presentan las atinadas consideraciones que el Alto Tribunal realiza en torno al primero de los motivos en que el recurrente fundamenta su recurso, que, a los efectos de su exámen, la Sala desglosa en dos cuestiones: por una parte, la invocación que en sentido tajante manifiesta la recurrente en relación al ejercicio

² En este sentido se pronunciaba expresamente, por ejemplo, ALONSO ZATO, *La servidumbre de paso ante la prescripción inmemorial. (Propuesta de que en la Compilación gallega se regule este título adquisitivo)*, en Libro del I Congreso de Derecho Gallego, 1974, p.412. Para un análisis más detenido de esta cuestión, remitimos a nuestro artículo titulado *Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapición como forma de constitución de las servidumbres de paso en la vigente Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia*, cuyo contenido fue objeto de la comunicación presentada al V Congreso Iberoamericano y II Internacional de Derecho Romano, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, los días 18 a 21 de agosto del presente año.

posesorio como productor en el tiempo de la respectiva servidumbre; por otra, la de la, en opinión de la mencionada parte, retroactividad de la LDCG en su art.25.

4. Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones señaladas, la Sala procede a recordar los diversos elementos que necesariamente deben conformar el hecho posesorio con la finalidad de que aquel pueda resultar apto a los efectos de producir, junto con su permanencia durante el tiempo establecido por la Ley -veinte años-, la adquisición del derecho de servidumbre.

La existencia y concurrencia de tales elementos -recuerda el Alto Tribunal- no se puede presumir, ni tampoco dar directamente por supuesta, sino que ha de ser necesariamente probada por la parte que los alegue, debiendo el propio órgano jurisdiccional de Instancia constatarla y corroborarla, precisamente por tratarse de un tipo de posesión cualificada que, como tal, exige el cumplimiento de unos determinados requisitos específicos.

Lo indicado es algo que resulta obvio, pero que en muchas ocasiones suele ser olvidado, llegándose a provocar entonces situaciones jurídicas realmente comprometidas, como parece traslucirse del supuesto concreto que se está enjuiciando por el TSXG en la sentencia que nos ocupa: la circunstancia de que el Juzgador de Instancia dé por sentada la posesión (en este caso, cualificada) aun sin conformarla en todos sus elementos, provoca que la Sala de lo Civil y Penal del TSXG también deba de tener esa posesión como tal (cualificada) -pudiendo hipotéticamente la citada posesión no reunir todas las características necesarias para ser considerada como una *possessio ad usucapionem* y por ello no apta para adquirir el derecho de que se trata-, precisamente a consecuencia del inexcusable cumplimiento de la obligación establecida de guardar el necesario respeto en casación a la valoración de la prueba realizada en la Instancia, aunque dicha prueba no se haya realizado de forma completa por el propio Juzgador de Instancia.

En relación a los indicados requisitos que deben concurrir en el hecho posesorio para producir la adquisición del derecho real en cuestión (posesión a efectos de usucapión), la Sala señala que tal posesión cualificada, tiene que ser siempre en concepto de titular de un paso necesario o, al menos, siempre útil, ejercida pública, pacífica e ininterrumpidamente durante veinte años, destacando especialmente, por una parte, la intencionalidad del acto posesorio -requisito éste que, inexplicablemente, no fue tenido en cuenta por el legislador gallego al redactar el art.25 LDCG- frente a la mera tenencia de

hecho -excluyéndose la misma como suficiente para tal fin-, y, por otra, la utilidad o beneficio que necesariamente debe reportar ese ejercicio continuado, apoyando su razonamiento en los arts.530 y 568 del Código Civil y 29 de la LDCG, en los que se hace referencia a dicho requisito.

5. La segunda de las cuestiones planteadas en el primero de los motivos invocados en casación por la parte recurrente ocupa la atención preferente de la Sala, que dedica al exámen de la misma los fundamentos jurídicos cuarto, quinto, y sexto de su resolución.

Aun cuando la propia Sala en principio se remita a sus dos primeras sentencias, dictadas con fecha de 24 de septiembre de 1998, anteriormente referidas, dando por reproducidos los términos que en las mismas se contienen y la solución que en ellas se alcanza -irretroactividad del art.25 LDCG-, en la sentencia 4/99 realiza, como ya se ha señalado, una serie de precisiones importantes en relación a la cuestión que se plantea, que, a nuestro juicio, sirven para clarificar definitivamente el problema.

Señala la Sala, en primer lugar, que “la atribución de efectos retroactivos a una norma es facultad de la que sólo corresponde hacer uso al legislador dentro de los límites que le señala el art.9.3 de nuestra Constitución y entre los cuales no se encuentran los derechos aquí en litigio” (Fundamento Jurídico Cuarto).

Ello significa que es al propio legislador, y no al órgano jurisdiccional, al que corresponde, en uso de su libertad, si así lo estimase conveniente, dotar a la norma en cuestión de los correspondientes efectos retroactivos, “guiado, dentro de su libertad, por las exigencias de seguridad jurídica compatible con el progreso, que, salvo en aquellos supuestos que el legislador ha previsto, no deben interferir en lo consolidado en el pasado ni aun a través de los contados casos aceptados tácitamente a través de una retroactividad conveniente, sin estar expresamente impuesta, respetuosa con los derechos ya adquiridos, al amparo de la ley del tiempo, por quienes han intervenido en una determinada relación”.

Ciñendo la cuestión al ámbito gallego, la Sala vuelve a reiterar que “el legislador del Derecho Civil de Galicia ha introducido en nuestro ámbito un nuevo modo de adquirir la servidumbre de paso que el Código Civil proscribía en su art.539, salvando a través de su Disposición Transitoria Primera la prescripción inmemorial que la legislación anterior a él permitía”.

No obstante, según indica la Sala en su razonamiento, a la introducción de la usucapión en el ordenamiento jurídico-civil gallego, con los requisitos establecidos para la misma en el art.25 de la LDCG, no acompañó ninguna declaración de retroactividad por parte del propio legislador gallego -"aquella innovación", se señala en la sentencia, "la hace el legislador gallego sin ninguna explicación"-, considerando que la tan debatida parte final del mencionado art.25, a la que tuvimos ocasión de referirnos en otros trabajos³, "es una obviedad por referirse a la esencia de este modo de adquirir que el art.1960 del Código Civil clarifica indirectamente".

Dicha consideración, como se puede comprobar, introduce un criterio distinto y mucho más ajustado a la realidad de valoración de la norma respecto al utilizado en las anteriores sentencias, 15/98 y 16/98, en las que, según indicábamos en otros artículos⁴, la misma Sala intentaba justificar la mencionada frase final recogida en el art.25 LDCG, estableciendo para ello un paralelismo entre la norma de la Ley gallega y el art.538 del Código Civil.

Por otra parte, la circunstancia de que el legislador gallego no haya establecido ninguna previsión en relación a la posible retroactividad de la norma conduce al Alto Tribunal "directamente al art.2.3 citado (del Código Civil) y, al mismo, a través de la Disposición Transitoria cuarta de la Ley 4/1995, en relación con la enunciativa de las correspondientes del Código Civil y con la primera que las encabeza".

Nuevamente se puede constatar, por tanto, una variación en relación al criterio seguido por el Tribunal en esta sentencia 4/99 frente al utilizado en sus dos resoluciones anteriores en la materia, siendo el *iter* interpretativo ahora adoptado mucho más sencillo y claro: Disposición Transitoria cuarta de la LDCG, que remitiría a los principios informadores de las Disposiciones Transitorias del Código Civil, y, dentro de estos, a la enunciativa de las mismas y Primera que las encabeza, para

³ Vid. *Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres y serventías en la vigente Ley de Derecho civil de Galicia*, en Foro Galego, nº189, 1996, p.62; *La regulación de las servidumbres y serventías en la Ley 4/1995 de Derecho civil gallego: un análisis crítico y comparativo con la legislación civil de otras Comunidades Autónomas*, en Revista Xurídica Galega, nº14, 1996, p.51; *Inhibición lexislativa cit.*, p.247 ss.; *Inhibición legislativa cit.*, p.2 ss.

⁴ *Inhibición lexislativa cit.*, p.250; *Inhibición legislativa cit.*, p.3.

llegar, finalmente, a la aplicación de lo dispuesto en el art.2.3 del citado Código Civil⁵.

En relación a los mencionados principios informadores de las Disposiciones Transitorias del Código Civil, la Sala toma como primera referencia interpretativa la declaración general que se contiene al frente de la misma, en la que, según aquella, se refleja el que califica como “principio básico en la materia”: “los derechos adquiridos al amparo de la legislación anterior no resultarán afectados por la nueva”.

Según el Alto Tribunal, no se puede sorprender al propietario, confiando en las consecuencias jurídicas de su propiedad privada -considerada, en principio y dejando a salvo la función social a que se alude en el art.33 de la Constitución española⁶, como libre, según se proclama en el art.348 del Código Civil- con un derecho inesperado (servidumbre de paso usucapida), ante la aparición de una nueva normativa introducida en el art.25 LDCG, cuya proyección únicamente lo es hacia el futuro, según se desprende de su silencio para con el pasado (Fundamento Jurídico cuarto).

No cabe transformar “lo inocuo” -ejercicio de paso asentado en una mera tenencia de hecho o en una mera posesión tolerada, para cuya interrupción ni siquiera resultaba necesaria la interposición de una acción negatoria, al no existir derecho que se pudiese atribuir mediante aquellos actos- “en derecho inesperado”. Los efectos de ese estado posesorio bajo la vigencia del Código Civil, en relación con el derecho que se pretende hacer valer en el procedimiento concreto de que se trata -por su uso “desde hace mucho más de veinte años”-, según la Sala, “se agotan...en la legitimación del poseedor para retener su tenencia, frente a quien pretende arrebatarla (art.441 Código Civil), procurándosele el correspondiente amparo legal (art.446

⁵ No sin ciertas dudas, el *iter* interpretativo que sugeríamos en *Inhibición legislativa* cit., p.249 nt.10, e *Inhibición legislativa* cit., p.6 nt.10, con la finalidad de poder resolver la cuestión de derecho intertemporal, se concretaba en un camino más sencillo que el seguido en las sentencias 15/98 y 16/98 del TSJG: el recurso directo a la Disposición Transitoria cuarta de la LDCG, antes que acudir previamente a una interpretación del art.25 LDCG, por entender que el citado precepto, tanto por su situación en la Ley, como por su contenido no se podía calificar como norma de derecho intertemporal.

⁶ En relación a esta debatida cuestión, vid. por todos, con referencias bibliográficas COLINA GAREA, *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, 1997. Cfr., además, más genéricamente, sobre los límites de los derechos en la jurisprudencia constitucional española, el reciente estudio de ABA CATOIRA, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, 1999.

Código Civil), mediante la acción interdictal que preconiza en sus dos aspectos (perturbación en su posesión por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle, o bien, despojo consumado de dicha posesión o tenencia) el art.1561 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. El Código Civil, según recuerda con insistencia la Sala, despejando cualquier posible duda al respecto, con independencia de la posibilidad de adquirir la servidumbre de paso por prescripción inmemorial al amparo de la Ley XV, tít. XXXI, Partida 3ª, sólo permitía la adquisición de la servidumbre de paso en virtud de título -arts.539 y 541-, atribuyendo al simple hecho posesorio o de tener única y exclusivamente los efectos o consecuencias anteriormente señalados: “derecho a ser respetado frente a la fuerza despojante”.

La Sala completa su argumentación con una alusión a los principios contenidos en la Disposición Transitoria primera del Código Civil, en relación a la cual indica que tampoco se puede tomar como referente para atribuir al simple hecho de tener, consecuencias que, como se ha señalado, nunca ha tenido.

El razonamiento que se sigue por el Alto Tribunal para llegar a la conclusión expuesta resulta claro y sencillo: Si, en virtud de los principios contenidos en la mencionada Disposición Transitoria del Código Civil, se determina que los hechos realizados con anterioridad a la nueva legislación (art.25 LDCG, según la Disposición Transitoria cuarta de la misma LDCG) únicamente producirán los derechos que la legislación anterior les reconocía, y tales derechos se agotaban en la facultad establecida a favor del poseedor o tenedor de ser respetado en su posesión o tenencia frente a quien pretendiese inquietarle o despojarle de la misma por la fuerza, necesariamente se debe concluir que “no cabe trasladar al nuevo tiempo legislativo una eficacia creadora de derechos (nuevos en este caso: servidumbre de paso por usucapión de veinte años) que no sólo no se reconocía, sino que incluso se vedaba”.

Finalmente, y también en relación a la aludida Disposición transitoria primera del Código Civil, la Sala realiza una matización respecto al que califica como “difícil” inciso final contenido en dicha Disposición: “derecho adquirido de igual origen”.

Según la Sala, con la mencionada frase no se estaría haciendo referencia a “derechos que provengan del mismo acto”, sino más bien a derechos que provengan “de las consecuencias legislativas del mismo tiempo”.

En este contexto, si es que se atiende a las consecuencias legislativas que en la legislación anterior -Código Civil- venían produciendo los hechos generadores que en la actualidad dan lugar al derecho que se reconoce *ex novo* en la regulación introducida por la vigente LDCG, resulta posible observar que dichas consecuencias se concretaban en el “impedimento legislativo de gravar la propiedad ajena con servidumbre de paso usucapida con la contrapartida de la propiedad libre por sí misma”, y, consiguientemente, “por la ineficacia de una posesión que, hasta la nueva normativa del Derecho gallego, había de respetar tal derecho de propiedad, debiendo, por tanto, seguir así hasta que bajo el nuevo régimen pueda llegarse a esa adquisición”. Entender lo contrario, atribuyendo en este caso concreto efectos retroactivos a lo dispuesto en el art.25 LDCG, reconociendo una eficacia generadora del derecho de servidumbre a hechos poseorios que en su momento no la tuvieron, supondría, además de un contrasentido, la producción de un perjuicio al propio derecho (de propiedad) que ya existía, lo cual pretende evitar la mencionada Disposición transitoria primera del Código Civil.

* * *

Sentencia núm: 4/99 de fecha 2 de marzo de 1999.

Tribunal: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Vázquez Sandes.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, constituida en Sala de lo Civil e integrada por los Magistrados que se reseñan al margen (Ilmos. Sres: D. Juan José Reigosa González, D. Juan Carlos Trillo Alonso, D. Pablo Saavedra Rodríguez, D. Pablo Sande García), ha conocido el recurso de casación interpuesto por D. Angel S.H., representado por la Procuradora D^a Mar Penas Francos bajo la dirección del Letrado D. Mauro Varela Pérez, contra la sentencia dictada por la

Audiencia Provincial de Lugo el día 28 de septiembre de 1998 conociendo en apelación de los autos de juicio declarativo de menor cuantía nº 166/96 del Juzgado de Primera Instancia de Becerreá, siendo parte recurrida D^a. Matilde H.F representada por el Procurador D. Javier Bejarano Fernández bajo la dirección del Letrado D. José A. López Graña, y ponente el Excmo. Sr. Presidente D. José Ramón Vázquez Sandes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador D. Ricardo López Mosquera, en representación de D^a Matilde H.F. y bajo la dirección del Letrado D. José A. López Graña, formuló en el Juzgado de Primera Instancia de Becerreá demanda fechada el 14 de noviembre de 1996, a tramitar por los cauces del juicio de menor cuantía, contra D. Angel S.H. con base en los siguientes hechos:

1º.- Es propietaria de tres fincas colindantes entre sí, que describe, alegando que le pertenecen, la mitad por adjudicación en la partición de las herencias de sus padres D. Pedro H.F. y D^a Antonia F.Q., práctica extrajudicial y amistosamente y plasmada en documento privado de fecha 16 de enero de 1980 y la otra mitad como única heredera de su hijo D. Abel H.F. constatada en acta notarial de 21 de julio de 1995 habiéndola comprado dicho causante a D^a Adela o Adelaida H.F. en documento privado de 16 de septiembre de 1989.

2º.- El demandado se atribuye la propiedad de la finca nº117 de la carretera N-VI de La Coruña a Madrid, sita en la villa de Baralla, que se compone de casa de planta baja, piso y buhardilla sobre solar de 196 m² y 96 dm², de nave industrial al sur de la casa anterior, con una sola planta sobre solar de 289 m² y 80 dm², de molino industrial al Este de la nave industrial, con planta baja sobre solar de 97 m² y 50 dm², de terreno anejo al Este que mide 252,70 m² y de terreno al Oeste que mide 192 m². El total de la finca es, por lo tanto, de 1029,96 m² que linda al frente o Norte con la carretera N-VI en una longitud de 29,20 m², al Sur con camino de servicio, al Este y al Oeste con propiedad de D^{ña} Matilde H.F.

Le pertenece por herencia de su madre D^a Concepción H.F. fallecida el 21 de julio de 1981 en estado de viuda de D. Angel H.G. de cuyo matrimonio tuvieron como único hijo al demandado.

Figura inscrita en el Registro de la Propiedad de Becerreá, a nombre del demandado, al Tomo 420, Libro 81, folio 1721, finca 6661, inscripción 1ª.

- 3º.- El demandado promovió en 1995 demanda de interdicto en el mismo juzgado de Becerreá con referencia al camino por el que, desde la carretera de Aranza a Pol, accedía a la nave industrial y a la zona del molino más próxima al camino de servicio.
- 4º.- Dicha demanda de interdicto fue estimada por el Juzgado y por la Audiencia Provincial de Lugo.
- 5º.- El demandado mantiene una apariencia de servidumbre de paso sobre los terrenos edificados de la demandante situados al Sur y al Oeste de la casa vivienda de ésta y al Este y Norte del pajar de la demandante, en la forma que reseña en la demanda.
- 6º.- En el documento particional de 18 de mayo de 1977 se establece que las diferentes parcelas en que se han dividido las partidas 1 y 3 del inventario y avalúo -la “Casa de Herbón” y la “Cortiña de Fabeiro” o “Cortiña da Porta”- tendrán su acceso a través de las vías públicas que se extienden al Norte de la primera y al Este de la segunda, así como por los caminos de servicio situados al Sur de la primera y al Sur y al Oeste de la segunda.

Las distintas parcelas en que se ha dividido la “Casa de Herbón” tendrán su acceso a través de la vía pública que se extiende a su lado Norte así como por el camino de servicio situado al Sur de la misma.

No se establece servicio de paso sobre ninguna de las fincas resultantes de la división en favor de otra. El paso para el molino quedó comprendido en el señalado para la parcela en que estaba integrado su solar: por el camino del Sur o por la carretera del Norte.

Alegó los fundamentos de derecho que estimó aplicables y terminó solicitando que se dicte sentencia declarando que la finca “Casa de Herbón” descrita en los hechos primero y quinto, de su propiedad, no está gravada con servidumbre de paso en favor de la finca del demandado descrita en el hecho segundo, condenando al demandado a estar y pasar por tal declaración, a abstenerse en lo sucesivo de realizar tal paso y al pago de las costas.

SEGUNDO.- El Procurador D. Julián Martín Castañeda, en representación de D. Angel S.H. y bajo la dirección del Letrado D. Mauro Varela Pérez, compareció en autos y se opuso a la demanda en base a los siguientes hechos:

- 1º.- Nada opone a los hechos primero, segundo, tercero y cuarto de los de la demanda si quiera respecto a este último sólo acepta lo que se refiere del juicio interdicial.
- 2º.- Discrepa del quinto dado que él, y antes sus padres, y desde luego desde que se construyó y entró en funcionamiento el molino que refiere el hecho, vienen utilizando, al igual que muchos de sus clientes, para paso y acceso a dicho molino la porción de terreno a que se refiere el párrafo segundo de aquel hecho. Se utiliza tal terreno porque es el acceso natural que desde la carretera de Aranza a Pol conduce a la nave industrial y al molino. Dicho molino fue construido y entró en funcionamiento hace más de treinta años, mucho antes de la fecha en que se efectúa la partición de la llamada “Casa de Herbón”.
- 3º.- Se olvida que desde la aprobación de la Ley 4/95 de 24 de mayo de Derecho civil de Galicia las servidumbres de paso se adquieren por prescripción de veinte años.

Seguidamente formuló reconvencción alegando los siguientes hechos:

- 1º.- Hace suyos los hechos primero a cuarto, ambos inclusive de la demanda rectora de este juicio.

Reconviniente y antecesores pasan para su molino y nave industrial desde la carretera de Aranza a Pol, a través del camino situado al Sur de la “Casa de Herbón” y del terreno situado al Sur y Oeste de la casa vivienda de la demandante y al Este, Norte del pajar de la misma señora. Hace aproximadamente treinta años, mucho más que veinte.

- 2º.- Tal paso ha sido ejercitado de modo, quieto, público, pacífico e ininterrumpido desde entonces, mucho antes de haberse aprobado las operaciones particionales y se siguió sin solución de continuidad.

Alegó los fundamentos jurídicos que tuvo a bien, y concretamente el art.25 de la Ley de Derecho civil de Galicia.

Terminó solicitando la desestimación de la demanda y que, estimando la reconvencción formula, se declare la finca “Casa de Herbón” de la demandante está gravada con servidumbre de paso en favor de las fincas del demandado descritas en el hecho segundo de la demanda con carácter permanente y de a pie y para vehículos de tracción animal o mecánica condenando a la demandante a estar y pasar por tal declaración permitiendo en lo sucesivo tal paso con condena en costas.

TERCERO.- La demandante contesta a la reconvencción alegando los siguientes fundamentos de hecho:

- 1º.- Admite el correlativo de la reconvencción.
- 2º.- Ni el reconviniendo ni sus clientes han usado más que excepcionalmente el paso por aquel lugar. Los utilizados son los establecidos en el documento particional de 18 de mayo de 1977. Desde el camino del lado Sur existen dos puertas de acceso al molino y a la nave industrial del demandado, una por el gallinero y otra directamente a la nave. A la carretera N-VI da el terreno abierto, propiedad del demandado, con una anchura de 9,75 metros. El molino tiene su acceso por los puntos señalados en la Disposición final II de la partición, al igual que el resto de la finca. Lo mismo ocurre con la nave industrial construida hace muy poco tiempo por el demandado.

Discrepó de la fundamentación jurídica de la reconvencción y terminó solicitando la desestimación de la reconvencción con imposición de costas al reconviniendo.

CUARTO.- Seguido el juicio por sus trámites, la Sra. Juez de Bece-reá dictó sentencia el 5 de febrero de 1998 conteniendo el siguiente: “**FALLO:** *Estimando la demanda formulada por el Procurador Sr. López Mosquera en nombre y representación de D^a Matilde H.F., contra D. Angel S.H., declaro que la finca “Casa de Herbón” de la demandante, descrita en los hechos primero y quinto de la demanda, no está gravada con servidumbre de paso en favor de la finca del demandante descrita en el hecho segundo, condenándolo a estar y pasar por tal declaración y a abstenerse en lo sucesivo de seguir utilizando el paso; y con expresa condena en costas*”.

QUINTO.- Recurrida en apelación dicha sentencia por el demandado reconviniendo, la Audiencia Provincial de Lugo dictó sentencia el 28 de

septiembre de 1998 conteniendo el siguiente: “DECIDIMOS: *Que debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Becerreá con fecha 5-2-98, con imposición al apelante de las costas de esta segunda instancia*”.

Notificada a las partes, el demandado reconviniendo, anunció contra la misma recurso de casación para ante este Tribunal Superior de Justicia en su Sala de lo Civil y Penal.

SEXTO.- Despachado el trámite correspondiente, se emplazó a las partes ante esta Sala y comparecido el demandado recurrente formalizó el recurso de casación con base en los siguientes motivos:

1º.- Al amparo del art.1692-4º de la Ley de Enjuiciamiento civil por infracción, por inaplicación e interpretación errónea del art.25 de la Ley 4/1995 de 24 de mayo de Derecho Civil de Galicia en relación con la Disposición Transitoria Cuarta de la misma Ley y la Disposición Transitoria Primera del Código Civil.

2º.- Al amparo del art.1692-4º de la Ley de Enjuiciamiento civil por infracción por inaplicación del art.1 de la misma Ley 4/1995 en relación con los arts.2 y 3 de la misma y su título preliminar que reconoce los usos y costumbres como primera fuente del Derecho.

Termina solicitando la estimación del recurso y que por sus motivos se case la sentencia de la Audiencia desestimando la demanda y estimando la reconvención.

SEPTIMO.- Conferido al Ministerio Fiscal el trámite que previenen los arts.1709 y 1731 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se pronunció por la admisibilidad del recurso en sus dos motivos y decretado así por Auto de 8 de enero de 1999, se dio traslado del recurso a la recurrida comparecida que se opuso a su admisibilidad por articularse al amparo del art.1962-4º de la Ley de Enjuiciamiento civil vetado por el art.3 de la Ley de 15 de julio de 1993 del Parlamento de Galicia para los recursos de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

En cuanto al fondo del primer motivo no puede estimarse porque intenta priorizar la general enunciación de las fuentes de nuestro Derecho frente a la declaración especial y expresa del art.25 en relación con la Disposición Transitoria 4ª. El precepto no tiene carácter retroactivo.

En cuanto al fondo del segundo motivo porque pretende la aplicación de usos y costumbres a inmuebles construidos después de la publicación del Código Civil, por lo que ningún uso o costumbre amparaba la prescripción vetada por la Ley y la jurisprudencia.

OCTAVO.- Solicitada por ambas partes la celebración de la vista se señaló para ello las diez horas y treinta minutos del día veintidós de febrero de mil novecientos noventa y nueve y así se celebró con intervención de ambas partes que solicitaron sentencia conforme a sus respectivos escritos.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La cita de unos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento civil, significativos de los cauces procesales por los que, al formalizarlo, se establecen las bases a través de las que ha de discurrir este recurso de casación, lleva a la parte recurrida a señalar dicha cita como motivo de inadmisibilidad de éste último por cuanto este hacer de contraparte, estima, produce incompetencia funcional de este Tribunal, llevando con esto dicha parte el posible yerro a consecuencias impropias, porque lo que en cualquier caso podría llegar a producir sería la inadmisión del recurso o, sobrepasado el momento procesal de así hacerlo, la desestimación del mismo sin privar de su competencia a este Tribunal que, por razón de la especial materia de fondo, le viene atribuida por el art.73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con el más absoluto y comprensible respeto consagrado en el art.1729 de la Ley de Enjuiciamiento civil para las Salas de lo Civil y Penal de todos los Tribunales Superiores de Justicia de España, tengan o no normas especiales de casación como ocurre en Galicia que sí las tiene a través de la Ley 11/1993 de 15 de julio de su Parlamento.

Y si la competencia es incuestionable, también lo es que el encauzamiento del recurso con cita del art.1692-4º de la Ley de Enjuiciamiento civil no constituye, por sí sólo, motivo de inadmisión ni de desestimación ya que no se contempla con esos efectos en el art.1710 de la Ley de enjuiciar -aplicable por previsión de la Disposición Adicional de aquella Ley 11/1993-, ni lo aprecia la jurisprudencia ya propiciadora, por encima de todo formalismo no esencial, de la efectividad de los derechos como ha

llegado a proclamar el Tribunal Constitucional en sentencia de 19 de enero de 1989 para supuesto de omisión de cita del número de aquel art.1962 - lo que constituye concesión máxima- cuando la cita de la norma infringida es clara. En cualquier caso, la infracción afectaría a la prosperabilidad del recurso, nunca a la competencia funcional de este Tribunal.

Además, esa relegación de la Ley propia para acudir a la de Enjuiciamiento civil que la anterior tiene por supletoria en lo que la especial no prevea y, lo que es más importante, no se le oponga, permite llegar a la misma conclusión porque si, como dice el preámbulo de la Ley 11/1993, se trata de hacer efectivamente viable el recurso de casación en nuestro Derecho civil, nos encontramos con que la cita del reseñado art.1692-4º se compatibiliza plenamente con el art.2.1º de la expresada Ley gallega y si, por su identidad, de ninguno de los dos se separan las motivaciones de este recurso, no cabe más que pasar a examinarlas en aquéllo que nos trasladan como infringido afectando al fondo del debate litigioso y al derecho material que pueda regirlo, según lo que las partes argumentan.

SEGUNDO.- La especial naturaleza del recurso de casación -comprobación de la correcta aplicación de la norma, en el amplio sentido de comprender en ella la costumbre, a los hechos concretos que la parte recurrente haya proporcionado a los juzgadores de instancia, más el respeto por éstos de lo sentado por la jurisprudencia creando doctrina aplicable al supuesto por el que se recurre- obliga a examinar en primer término el segundo de los motivos de casación que aquí se articula alegando infracción, por inaplicación, del art.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia 4/95 de 24 de mayo en relación con los artículos 2 y 3 de la misma en cuanto aquél establece como fuente primordial de este Derecho los usos y costumbres.

El citado art.1º no hace sino establecer, con carácter general, los orígenes e integraciones del Derecho civil de Galicia y al ponerlo en relación con el art.2 -usos y costumbres generadores de ese Derecho que no necesitan prueba- y con el art.3 -Derecho supletorio y preeminencia absoluta de las leyes imperativas frente a los usos y costumbres que las contradigan-, constituyen normas programáticas o informadoras de todas y cada una de las que integran nuestro especial ordenamiento y en tal sentido -sin más especificación de la norma, también de la consuetudinaria, que se estima infringida- no cabe que a su amparo se acuda a la casación como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo al circunscribir el recur-

so a las normas sustantivas definidoras de derechos, lo que ocurre con aquéllas de las que, por otro lado, el recurrente no hace cita de costumbre concreta y desde esa inconcreción deriva a interpretaciones documentales que nada tienen que ver, cualquiera que sea el alcance que se desee darles, con los preceptos de referencia, lo que convierte en desestimable el motivo que, en su misma esencia encierra un contrasentido al invocar usos y costumbres, sin más precisión, e incardinarlos con el mecanismo de la retroactividad de la norma que por si misma -no se retrotrae, lo que ya existía- está hablando de nuevo establecimiento en virtud de la competencia legislativa que constitucional y estatutariamente corresponde al Parlamento de Galicia, según tuvo oportunidad de establecer este Tribunal, sobre esta misma materia, en su sentencia de 25 de enero de 1995 al proclamar que nunca en esta tierra, hasta la Ley 4/95, se adquirió por prescripción de veinte años la servidumbre de paso, siendo su régimen el de las Partidas y, después, el del Código civil sin base consuetudinaria propia, por lo que huelga aquí toda referencia al origen consuetudinario del Derecho civil gallego.

TERCERO.- Descansa el primero de los motivos de recurso en una doble invocación, constituida la primera de ellas en dejar sentado, sin posibilidad de controversia, el ejercicio posesorio de paso productor en el tiempo de la respectiva servidumbre -posesión que tendría que ser en concepto de titular de un paso necesario, o al menos siempre útil, ejercida pública pacífica e ininterrumpidamente durante veinte años como requisitos necesariamente concurrentes para producir su adquisición, cual sobre la intencionalidad del acto posesorio disponen los arts.1940 y 1941 del Código Civil y ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1986 desterrando, en la de 22 de octubre de 1919, la mera tenencia de hecho como suficiente a tal fin, y utilidad de la posesión según establecía ya el art.530 del Código civil al emplear el término “beneficio”, lo reafirma en el art.568, y hoy lo consagra con carácter general y claridad absoluta, para Galicia el art.29 de su Ley de Derecho civil- sobre cuyos requisitos se pasa superficialmente en las instancias, más detenidamente en la primera que en la de apelación, absorbida la atención por la que ahora ha pasado aquí a ser la segunda invocación del motivo, la retroactividad de la Ley de Derecho civil de Galicia en su art.25, que ha de examinarse como esencial al tener que guardar el respeto que en casación se debe a la valoración que de la prueba ha hecho el juzgador de instancia al

dar por sentada aquella posesión, aún sin conformarla con todos sus expresados elementos.

CUARTO.- Soportando la cuestión de hecho de tal modo resuelta en la instancia, la no retroactividad de la citada Ley gallega en este punto ha sido resuelta por este Tribunal Superior en dos sentencias de 24 de septiembre de 1998 cuyos términos, por reproducidos literalmente aquí, sirven para desestimar este definitivo motivo de recurso basado en la retroactividad legal que ya queda enunciada.

La atribución de efectos retroactivos a una norma -como exige el art.2.3 del Código civil- es facultad de la que sólo corresponde hacer uso al legislador dentro de los límites que le señala el art.9.3 de nuestra Constitución y entre los cuales no se encuentran los derechos aquí en litigio que, por lo mismo, no coartarían al legislador guiado, dentro de su libertad, por las exigencias de seguridad jurídica compatible con el progreso que, salvo en aquellos supuestos que el legislador ha previsto, no debe interferir en lo consolidado en el pasado ni aún a través de los contados casos aceptados tácitamente a través de una retroactividad conveniente, sin estar expresamente impuesta, respetuosa con los derechos ya adquiridos al amparo de la ley del tiempo, por quienes han intervenido en una determinada relación.

Esto así, el legislador el Derecho Civil de Galicia ha introducido en nuestro ámbito un nuevo modo de adquirir la servidumbre de paso -por usucapión mediante posesión de veinte años y ejercicio con los requisitos concurrentes que quedan expuestos, según el art.25 de la Ley 4/1995- que el Código civil proscibía en su art.539 salvando, a través de su Disposición Transitoria Primera, la prescripción inmemorial que la legislación anterior a él permitía, y aquella innovación la hace el legislador gallego sin ninguna explicación -la parte final de dicho art.25 es una obviedad por referirse a la esencia de este modo de adquirir que el art.1960 del Código civil clarifica indirectamente- para llevarnos con ello directamente al art.2.3 citado y, al mismo, a través de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 4/1995 en relación con la enunciativa de las correspondientes del Código civil y con la primera que las encabeza.

Dice aquella declaración general introductoria como principio básico en la materia, que los derechos adquiridos al amparo de la legislación anterior no resultarán afectados por la nueva y si en el ámbito de esa decla-

ración partimos de la propiedad privada libre que proclama el art.348 del Código civil, a salvo la función social que le señala el art.33 de la Constitución, más la imposibilidad legal de gravarla, como se pretende por el recurrente, con una servidumbre de paso usucapida, no se puede sorprender, al propietario confiado en las consecuencias jurídicas de un estado de cosas tal, con la innovación absoluta introducida por aquel art.25 de que lo que ni siquiera podía ser un ejercicio de ese paso útil como titular del mismo se convierta en un inesperado gravamen asentado en una mera tenencia de hecho o en una mera posesión tolerada para cuya interrupción ni siquiera era necesario el ejercicio de una acción negatoria porque no existe derecho que se pueda atribuir mediante aquellos actos, salvo que se quiera poner fin a la permisón por vías legales frente a cualquier inquietación contra la que nunca caben las vías de hecho, pero tampoco cabe transformar lo inocuo en derecho inesperado ante una nueva normativa de proyección, únicamente, de futuro según resulta de su silencio para con el pasado.

QUINTO.- Dispone el art.441 del Código civil la legitimación del poseedor para retener su tenencia, frente a quien pretenda arrebatarla, procurándose el correspondiente amparo legal, como dice el art.446, mediante la acción interdictal que preconiza, en sus dos aspectos, el art.1651 de la Ley de Enjuiciamiento civil y ahí se agotan los efectos de ese estado posesorio bajo la vigencia del Código civil en relación con el derecho que pretende hacerse valer en este procedimiento -por su uso "desde hace más de veinte años"- pues, con independencia de la posibilidad de adquirir la servidumbre de paso por prescripción inmemorial al amparo de la Ley 15, título 31 de la Partida 3ª que aquí ni se indica, el Código no permitía la adquisición de la servidumbre de paso más que en virtud de título -arts.539 y 541- y es por ello que no cabe buscar su sustitución a través de su disposición transitoria primera atribuyendo, al simple hecho de tener, consecuencias que, como queda dicho, no ha tenido nunca.

Dicen los principios contenidos en esa Disposición que los hechos realizados con anterioridad a la nueva legislación -en este caso el art.25 de la Ley 4/1995 según la Disposición transitoria cuarta de ésta- producirán únicamente los derechos que esa legislación anterior les reconocía, los que dejamos consignados para el mero hecho posesorio, sin que de tales hechos quepa extraer otras consecuencias al amparo del segundo párrafo de tal Disposición porque aquel hecho posesorio no originaba derecho alguno, quedaba agota-

do en si mismo conforme a esa legislación y no cabe trasladar al nuevo tiempo legislativo una eficacia creadora de derechos -la de la servidumbre de paso por usucapación de veinte años- que no sólo no se reconocía sino que incluso se vedaba.

Esto ha de concluirse así, tanto más que en la partición hereditaria de 18 de mayo de 1977, que se nos cita con gran error de fecha, se impedía toda cuestión de gravamen de paso porque las fincas resultantes de tal partición, parte de ellas las que hoy invoca el recurrente, tenían servicio a través de la vía pública, sea cual sea la fecha de construcción del molino del recurrente sobre uno de aquellos solares resultantes.

Pudo defender y defendió la posesión que él sólo se había constituido haciendo paso y en el éxito de su acción interdictal agotó todo su derecho, el de ser respetado frente a la fuerza despojante, pero no puede transformarlo en más.

SEXTO.- Tratando de agotar el tema, esta Disposición primera viene, siguiendo el principio general de irretroactividad ya enunciado, ponderando para sus conclusiones la producción o no de perjuicio para el derecho que ya existía por las consecuencias del nuevo desde hechos generadores del mismo producidos bajo la legislación anterior -eficacia generadora que no se da aquí, según lo ya expuesto- señalando un dificultoso inciso final, “derecho adquirido de igual origen”, que no puede suponer que provengan del mismo acto y sí de las consecuencias legislativas del mismo tiempo que, por lo que nos atañe, estarían constituidas por el impedimento legislativo de gravar la propiedad ajena con servidumbre de paso usucapida y la contrapartida de la propiedad libre por sí misma y por la ineficacia de una posesión que, hasta la nueva normativa del Derecho gallego, había de respetarla y así ha de seguir hasta que bajo el nuevo régimen pueda llegarse a esa adquisición que ahora inútilmente se invoca respaldando un recurso que definitivamente ha de ser desestimado.

SEPTIMO.- De conformidad con lo prevenido en el art.1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento civil procede decretar la pérdida del depósito constituido por el recurrente y no hacer expresa imposición de costas dado que, conforme previene al respecto el art.4 de la Ley 11/1993, no se aprecia temeridad ni mala fe en la interposición y posterior sostenimiento de este recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y haciendo uso de las facultades constitucionalmente conferidas por el pueblo español

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lugo en los autos que se reseñan en el encabezamiento de la presente, sentencia que así se confirma. Disponemos la pérdida del depósito constituido por el recurrente, cuyo importe se ingresará en el Tesoro, y no hacemos expresa imposición de las costas aquí causadas. No cabe contra la presente recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la
usucapión como forma de constitución de las ser-
vidumbres de paso en la vigente Ley 4/1995, de
24 de mayo, de Derecho civil de Galicia (*)**

() Comunicación presentada al V Congreso Iberoamericano y II Internacional de Derecho romano, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, los días 18 a 21 de agosto de 1999. Aportado como Contribución al Homenaje póstumo tributado al Ilustre Notario D. Ildefonso Sánchez Mera (pendiente de publicación en las Actas correspondientes). Publicado en: La Ley (Galicia), suplemento al núm 4.997, 22 de febrero de 2000, pp. 1-15; Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho romano (Los Derechos reales). Madrid 2001, pp. 561-613.*

5

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres de paso en la vigente Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Dereito civil de Galicia.**1. Introducción.**

La circunstancia de que todo acto del presente se encuentra ligado a la experiencia histórica del pasado en un *continuum* histórico resulta especialmente constatable en el ámbito jurídico.

Cualquier institución o figura jurídica de un determinado ordenamiento que presente una cierta continuidad en el tiempo -con las consiguientes adaptaciones y cambios que pueda sufrir, como es lógico-, aparece como un producto histórico. Su origen, pervivencia, desarrollo y desaparición, no son espontáneos, sino que siempre responden a unos concretos condicionantes históricos de tipo ético, político, económico, sociológico, o, incluso, religioso, cuyo desconocimiento imposibilita una correcta y completa comprensión del fenómeno jurídico que se pretende estudiar en su esencia.

Si es que el Derecho, según se viene sosteniendo tradicionalmente, se presenta como un conjunto de normas que regulan la vida en sociedad, el análisis del Derecho “de” y “en” cada comunidad, se debe conectar necesariamente con las coordenadas históricas en las que esa sociedad o comunidad se desenvuelve y transforma a lo largo de su existencia.

Partiendo de estos postulados generales, y centrándonos en un aspecto concreto de la regulación jurídica actual establecida en la Comunidad gallega en materia de servidumbres de paso -la posibilidad de adquirir o constituir tales derechos reales mediante usucapión-, procederemos a analizar en el presente estudio cuáles han sido los factores sociales y jurídicos que han dado lugar a la introducción de la novedosa figura en el ordenamiento jurídico-civil gallego, así como la oportunidad e idoneidad de la misma, y la rica y paradójica problemática que su reconocimiento legislativo, bajo unas determinadas condiciones, ha provocado en cuanto a sus efectos.

1.1. La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia (LDCG), como marco normativo referencial del ordenamiento jurídico-civil gallego.

Como es sabido, la Constitución española de 1978, en su art. 149/1.8, tras atribuir competencia exclusiva al Estado sobre la legislación civil, también reconoce una cierta capacidad legislativa en materia civil a los Parlamentos de determinadas Comunidades Autónomas, permitiéndoles realizar a través de los cauces parlamentarios correspondientes la conservación, modificación y desarrollo de su propio derecho civil, en tanto dicho derecho propio fuese preexistente al momento temporal de la promulgación del texto constitucional.

La circunstancia de que Galicia se encontrase entre las Comunidades históricas del Estado español que contaban con un derecho civil foral o especial propio con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución¹, ha permitido que la propia Comunidad Autónoma gallega, en el marco de las competencias que constitucionalmente le son reconocidas, haya asumido con carácter exclusivo y excluyente en el art.27.4 de su Estatuto de Autonomía la “conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho Civil Gallego” a través de su propio Parlamento autonómico.

En este sentido, al igual que se ha hecho en otras Comunidades Autónomas históricas -como la Aragonesa, la Navarra, la Balear, la Vasca o la Catalana-, que también disponían de derechos civiles forales o especiales propios y que han procedido a su modificación, actualización y desarrollo a través de diversas Leyes autonómicas aprobadas por sus respectivos Parlamentos, en Galicia, a consecuencia de una propuesta formulada conjuntamente por todos los grupos parlamentarios con representación en el Parlamento Gallego, fue aprobada la vigente Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia (LDCG), con la finalidad de adaptar el texto de la antigua Compila-

¹ Dicho Derecho se recogía en la Compilación del Derecho civil especial de Galicia, aprobada por la Ley 147/1963, de 2 de diciembre. Para una aproximación a su contenido y otras cuestiones relativas a la misma, vid. por todos: LORENZO MERINO, *El Derecho civil de Galicia y la Propuesta de Compilación del 22 de marzo de 1991*, 1992, p.12 ss.; BELLO JANEIRO, *La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia*, en RJN, núm.14, 1995, p.119 ss.; ID., *El ejercicio de la competencia en materia civil por la Comunidad Autónoma Gallega*, 1999, p.71 ss., y bibliografía allí citada.

ción de 2 de diciembre de 1963 -calificada por la doctrina como una “norma estatal, desfasada y apendicular”²- a la nueva realidad jurídica instaurada por la Constitución española de 1978.

Con la vigente LDCG, que consta de ciento setenta artículos -estructurados en nueve Títulos, a los que precede una Exposición de Motivos y se añaden dos Disposiciones Adicionales, cuatro Transitorias, una Derogatoria y una Final- se establece el actual marco normativo referencial del ordenamiento jurídico-civil gallego.

En el citado Texto normativo, el legislador gallego, en su afán por contemplar e incluir todas las posibilidades jurídicas que se pudiesen producir en la realidad gallega, ha querido conservar numerosas instituciones de clara raigambre consuetudinaria que ya se encontraban recogidas en la antigua Compilación de Derecho Civil Especial de Galicia, de 2 de diciembre de 1963, -como por ejemplo, “a veciña”, el “cómara”, “ribazo” o “arró”, las “agras” o “vilares”, las “augas de torna a torna” o “pilla pillota”, la “compañía familiar gallega”, los “muiños de herdeiros”, etc.; algunas de las cuales, con indudable valor etnográfico o antropológico, pueden presentar hoy en día una escasa efectividad real-, complementando la conservación de dichas instituciones con la introducción de otras figuras jurídicas e instituciones novedosas, que venía demandando la realidad social y jurídica gallega, en un afán por intentar superar las carencias legislativas que el derecho propio de la Comunidad gallega había venido sufriendo a lo largo de su historia, y que, según se dice, le habían sido negadas por el Derecho Civil común. Así se ha hecho, por ejemplo, con el tratamiento dado a los arrendamientos rústicos, la regulación del contrato de vitalicio, el establecimiento de un nuevo régimen en materia de sucesiones, o la regulación de la servidumbre de paso y serventías en la vigente LDCG.

² Cfr. BELLO JANEIRO, *La Ley 4/1995* cit., p.47 s.; LORENZO MERINO, *Ley de Derecho Civil de Galicia* (Prólogo), 1995, p.15 ss., y 41.

1.2. El novedoso reconocimiento, con carácter expreso en el art.25 LDCG, de la prescripción adquisitiva o usucapión como posible modo o forma de constitución de las servidumbres de paso al margen de su naturaleza discontinua.

Precisamente en relación a esta segunda posibilidad legislativa reconocida constitucionalmente en el ámbito civil autonómico, que se concreta en el término “desarrollo del derecho propio preexistente a la Constitución”, se han planteado y todavía se plantean importantes problemas interpretativos, en particular por lo que se refiere al específico alcance que se deba de dar en cuanto a su significado a dicho controvertido término, sobre todo, en aquellos supuestos en los que la Comunidad Autónoma de que se trate, amparándose en dicha potestad legislativa civil, introduzca instituciones o preceptos que, sin contar con un precedente inmediato recogido en la Compilación correspondiente, puedan invadir las competencias exclusivas del Estado en materia de derecho civil.

Según un sector de la doctrina³, la referida posibilidad legislativa, reconocida por el art.149/1.8 de la Constitución española de 1978 en el ámbito civil autonómico, encontraría su límite en las normas de aplicación general y directa contenidas en el referido precepto constitucional *in fine*, sin que ello implique necesariamente -apoyándose en la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional con ocasión del planteamiento de determinados recursos de inconstitucionalidad en sus sentencias 121/1992, de 28 de septiembre, 182/1992, de 16 de noviembre, 88/1993, de 12 de marzo y 156/1993, de 6 de mayo- la obligación por parte de los Parlamentos autonómicos de tener que ceñirse, en el ejercicio de su capacidad legislativa civil reconocida constitucionalmente, exclusivamente a las instituciones históricas o consuetudinarias recogidas en sus antiguas Compilaciones de Derecho civil foral o especial, argumentándose al respecto que, “si bien las Compilaciones han de ser

³ En relación al marco constitucional y estatutario de la competencia autonómica en materia civil, con carácter general, vid. por todos, BELLO JANEIRO, *La Ley 4/1995* cit., p.10 ss.; ID., *El ejercicio de la competencia* cit., p.19 ss., y bibliografía allí cit. Respecto a las competencias de la Comunidad Autónoma gallega en materia de servidumbres de paso, cfr., específicamente, REBOLLEDO VARELA, *Los derechos reales en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia. (Montes vecinales en mano común, aguas, servidumbre de paso y serventía)*, 1999, p.123 ss. Para la competencia autonómica en materia de arrendamientos rústicos, vid. BELLO JANEIRO, *Derecho Civil Gallego y Derecho agrario*, en Empresa agraria y Administración Pública, 1999, p.95 ss.

el punto de partida sin que el desarrollo de los llamados históricamente derechos forales pueda suponer su extensión a instituciones ajenas, sí es posible el complemento de la regulación de instituciones propias forales, lo que podrá implicar la aplicación del régimen foral a instituciones conexas con las privativas cuando los principios forales y la realidad social del territorio foral impongan una disciplina particular”⁴.

Con independencia de esta posible interpretación doctrinal y ciñéndonos al concreto ámbito normativo autonómico gallego en materia de Derecho civil, en la vigente Ley 4/1995, que, por lo demás, todavía no ha sido recurrida por el Gobierno central bajo alegación de inconstitucionalidad⁵, se contiene el capítulo II del Título III, en el que, en dos secciones, con carácter totalmente novedoso -al no existir al respecto precedente inmediato expreso en la Compilación de 2 de diciembre de 1963⁶-, como ya se ha indicado, se establece la regulación de la servidumbre de paso y de las serventías.

Tal regulación normativa, que se recoge en los arts.25 a 32 de la Ley 4/1995, “se legitima”, según señala el sector mayoritario de la doctrina gallega, “en la necesidad social de poner fin a la conflictividad causada por la proliferación de tal gravamen y la falta de los correspondientes títulos constitutivos”⁷.

⁴ REBOLLEDO VARELA, *Los derechos reales en la Ley 4/1995* cit., p.126.

⁵ A diferencia de lo que ha ocurrido con la también Ley autonómica 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial de Galicia. Como indica REBOLLEDO VARELA, *Los derechos reales en la Ley 4/1995* cit., p.126 y nt.176, y ésta es una matización importante, la circunstancia señalada no impide que, conforme a lo dispuesto en el art.35 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, cualquier Juez o Tribunal gallego pueda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación a determinadas normas o instituciones recogidas en la Ley 4/1995, que presenten un carácter conflictivo desde el punto de vista competencial, por invasión de las competencias exclusivas del Estado en materia de Derecho civil y exceso del Parlamento Gallego en el ejercicio de sus competencias en la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio.

⁶ Dicha circunstancia -inexistencia de precedente compilado-, en opinión de REBOLLEDO VARELA, *Los derechos reales en la Ley 4/1995* cit., p.126 s., no es óbice para entender que tal regulación en materia de servidumbres y serventías se situaría en el marco constitucional, y ello, según este autor, tanto en base a la interpretación referida anteriormente al hilo de la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Constitucional, como “asimismo sin perjuicio de la evidencia de la existencia de un derecho consuetudinario propio en materia de servidumbre de paso (no referido a su constitución) y serventías, admitido por los Tribunales de Galicia y el propio Tribunal Supremo, título competencial más que suficiente según la sentencia del Tribunal Constitucional 182/1992, de 16 de noviembre”.

⁷ LORENZO MERINO, *El Derecho Civil de Galicia* cit., p.43 ss.; ID, *Ley de Derecho Civil de Galicia* (Prólogo) cit., p.27.

En este sentido, precisamente, una de las principales y más significativas novedades que aporta la Ley 4/1995 en materia de la aludida regulación normativa de la servidumbre de paso y serventías -que se introduce como medida correctora para hacer frente a los problemas anteriormente indicados, y a la que se acompañan también la posibilidad a favor del titular del fundo dominante de solicitar la adecuación del derecho real de paso a la utilización de los actuales o nuevos medios técnicos de transporte, así como la de pedir la ampliación del gravamen por causa de una mejor explotación- se concreta en el reconocimiento expreso de la prescripción adquisitiva o usucapión -junto a la ley, la “dedicación del dueño del predio sirviente” y el negocio jurídico bilateral- como posible modo o forma de constitución de la servidumbre de paso, al margen de su naturaleza discontinua, al establecerse en el segundo inciso del art.25 que “(la servidumbre de paso) igualmente puede adquirirse por su posesión pública, pacífica e ininterrumpida durante el plazo de veinte años, que comenzará a contarse desde el momento en que hubiera empezado a ejercitarse”.

Tal novedad legislativa no surge espontáneamente, sino que responde a una serie de factores estructurales que, partiendo de una determinada realidad social y jurídica sentida en Galicia, según se dice, son tenidos en cuenta por el legislador y justifican la introducción de la usucapión en la nueva regulación normativa de las servidumbres de paso en el ámbito jurídico-civil gallego. Dichos factores, a los que dedicaremos nuestra atención *infra*, se dan sin más por ciertos, y no han sido cuestionados hasta el momento presente en algunos de sus aspectos más significativos por la doctrina gallega que se ha ocupado de la materia.

El correspondiente análisis de esos factores, en los que la introducción de la usucapión encuentra su causa justificativa, nos proporcionará elementos de juicio suficientes para determinar el grado de idoneidad de la nueva figura, tal y como ha sido introducida por el legislador gallego, constatando al respecto el particular efecto que ha producido en el ámbito jurídico-civil gallego la inconcebible falta de toma en consideración por parte del citado legislador, al redactar la vigente LDCG, del en su momento previsible e importante problema de derecho intertemporal conectado directamente con el reconocimiento de la usucapión: la determinación de la posibilidad de aplicar la novedosa forma de constitución reconocida en el ámbito gallego (prescripción adquisitiva) con carácter

irretroactivo o retroactivo, es decir, disponiendo que únicamente aprovecharían a los efectos de la adquisición de las servidumbres de paso por prescripción las situaciones posesorias, que lógicamente cumpliesen los demás requisitos establecidos por la Ley, a partir de la entrada en vigor del citado Cuerpo normativo, o bien, que, también podrían ser alegadas y reconocidas con plenos efectos aquellas otras situaciones posesorias que, cumpliendo los requisitos establecidos en el art.25 de la Ley, se hubiesen venido ejercitando con anterioridad en el tiempo a la mencionada entrada en vigor de la reiterada Ley.

Tratándose en puridad de una cuestión de política legislativa, su resolución se ha efectuado, ante la inhibición legislativa, por la vía judicial, lo que, a nuestro juicio, vuelve a poner de manifiesto la importante labor de desarrollo del Derecho gallego que viene realizando la jurisprudencia, ayudada por las aportaciones doctrinales, y, en particular, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, especialmente en todas aquellas ocasiones en las que el propio ordenamiento, incomprensiblemente, no ofrezca soluciones legislativas a cuestiones concretas cuyo planteamiento, como ha ocurrido con el problema indicado en el ámbito jurídico-civil gallego, resulte ciertamente previsible.

Por último, nos detendremos en el análisis de las diversas propuestas de solución jurídica que han sido formuladas en la actualidad por algunos autores con la finalidad de poder hacer efectivo el reconocimiento de determinados servicios de paso ejercitados *de facto* a lo largo del tiempo, para los que presumiblemente habría surgido con carácter corrector la introducción en la Ley 4/1995 de la prescripción adquisitiva como posible forma de constitución de las servidumbres de paso, pero cuya virtualidad práctica, paradójicamente, habría quedado sin efecto, a consecuencia de la declaración judicial de irretroactividad, motivando dicha declaración que la norma en la que se reconoce a los particulares la posibilidad de adquirir las servidumbres de paso por usucapión únicamente alcance plena efectividad a partir del momento en que, desde la publicación de la Ley y con los requisitos fijados en la misma, se completen los veinte años prescritos de ejercicio del paso, es decir, en definitiva, a partir del año 2015.

2. Los factores sociales y jurídicos que provocaron la introducción de la usucapión como modo o forma de constitución de las servidumbres de paso. Historia de un problema.

2.1. Principales características y peculiaridades de la propiedad de la tierra en Galicia.

Tradicionalmente -y esto es algo que todavía ocurre en la actualidad- se vienen destacando entre las peculiaridades que presenta la propiedad de la tierra en Galicia, su carácter esencialmente agrario y minifundista⁸.

Según el antropólogo Fernández de Rota⁹, dentro del ámbito rural gallego, la “casa”, entendida como unidad de explotación agropecuaria familiar, ocupa un papel fundamental, puesto que aparece como necesario punto de referencia para el estudio del sistema agrario en Galicia. Se presenta como la célula básica de la organización económica y social.

En ella, aparte de otra serie de elementos materiales que la componen -comprendiendo en su significado más amplio, también a las personas y animales que moran en su interior-, se incluyen diversos tipos de terrenos -por las modalidades básicas de su aprovechamiento, generalmente se vienen dividiendo en “prados”, “leiras” (tierras cultivadas) y “montes”-, destinados en su gran mayoría al autoabastecimiento, tanto alimenticio, como de otras necesidades directamente relacionadas con la agricultura.

Frente a esta arraigada concepción unitaria del patrimonio familiar, que se manifiesta en un plano ideal, resalta con especial intensidad, por lo que aquí interesa, la dispersión y excesiva fragmentación que se da en el ámbito material-espacial en relación a los distintos terrenos que integran ese patrimonio.

En este sentido, de forma particularmente gráfica se ha indicado que “en la campiña los patrimonios son de extensión muy reducida, pues la

⁸ Entre las referencias antiguas, vid., por ejemplo, GARCIA RAMOS, *Arqueología jurídico-consuetudinaria-económica de la Región gallega*, 1912 (existe una reimpresión fascimular de la obra editada por el Consello da Cultura Galega, s.f., integrada en la colección Textos e Documentos de Antropoloxía Cultural de Galicia), p.95.; DE FUENMAYOR CHAMPIN, *Derecho Civil de Galicia*, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, 1985, p.243 s. Más recientemente, REBOLLEDO VARELA, *La servidumbre de paso. El artículo 540 del Código Civil: interpretación e importancia en Galicia*, en La Ley, núm.1392, 1986, p.1.

⁹ FERNANDEZ DE ROTA, *Antropología de un viejo paisaje gallego*, 1984, p.24 ss. En relación al tema relativo al espacio doméstico, vid. especialmente p.37 ss.

campiña es un mosaico de pequeñas piezas, de diminutas parcelas que apenas bastan para sustentar a una familia”¹⁰.

Tal circunstancia -situación de minifundio-, se dice, se agudiza o agrava de manera especial si se considera el tamaño, por lo general ciertamente pequeño, del abundante número de parcelas que componen cada unidad de explotación, lo que, unido a las irregularidades del terreno y la obsesiva señalización de límites por parte de sus propietarios, añaden importantes dificultades para la obtención del máximo aprovechamiento económico posible de los terrenos.

En bastantes zonas de Galicia se dibuja un contorto y minucioso mundo espacial en el que, por lo que se refiere a las tierras de cultivo y prados, la mayoría de los predios presentan una forma rectangular con una proporción media largo-ancho bastante considerable, que se repiten sobre plano por secciones, siendo factible encontrar distribuidas muchas de esas parcelas seguidas, unas a continuación de otras, con la misma orientación y parecida o similar longitud y anchura, y cuya superficie, también por lo general, no viene siendo superior al ferrado¹¹.

La razón de ser de este excesivo fraccionamiento ocasionado en los patrimonios agrícolas se encontraría en los sucesivos repartos hereditarios del patrimonio familiar que se vinieron realizando a lo largo del tiempo, aduciéndose como una de las posibles explicaciones del fenómeno expuesto la costumbre -quizá sugerida por la equivocada interpretación que daban al art. 1061 CC. los “peritos prácticos”, encargados ordinariamente de hacer las particiones hereditarias a través del establecimiento de los denominados en tecnicismo vulgar “cupos”- extendida entre las gentes del campo de que todos los hijos participasen en todas las distintas clases de bienes que integraban la masa hereditaria y, en especial, que percibiesen tierras de todos los distintos tipos de cultivo, suficientes para su ali-

¹⁰ La descripción corresponde a DE FUENMAYOR CHAMPIN, op. cit., p.243.

¹¹ Tomamos la referencia de FERNANDEZ DE ROTA, op. cit., p.26 s. y 40 ss. Aun cuando este autor (op. cit., p.11) concreta su estudio al municipio de Monfero y las parroquias de Doroña y Grandal, pertenecientes al municipio de Vilarmaior, todas encuadradas en la provincia de A Coruña, entendemos que las características señaladas respecto a la forma, proporción y distribución de las parcelas se presentan con carácter general en gran parte del territorio gallego. Por lo que respecta a la medida agraria de superficie utilizada en Galicia, denominada ferrado, su capacidad y ponderación no serían unitarias, sino que variarían dependiendo de cada lugar. Vid. GARCIA RAMOS, op. cit., p.113 ss.

mentación y la del ganado, siendo necesario para ello proceder a la fragmentación de las distintas parcelas¹².

Paradójicamente, el aludido problema de la microfragmentación parcelaria que se produce en el territorio gallego, para el que se han venido sugiriendo desde antiguo distintas soluciones, todavía persiste en la actualidad, puesto que, si bien es cierto que, como se indica, en los últimos años, desde la asunción por la Comunidad Autónoma Gallega de competencias en la materia y la promulgación de la Ley 10/1985, de 14 de agosto, de Concentración Parcelaria para Galicia, y el Decreto 9/1988, de 7 de abril, por el que se regula la concentración parcelaria de carácter privado, se ha iniciado tímida y lentamente un proceso de reforma agraria procediendo a reordenar la propiedad rústica, tal proceso de reordenación o concentración parcelaria, por razones de diversa índole, todavía no se ha extendido a todo el territorio gallego con igual eficacia.

Tomando precisamente como punto de referencia las peculiaridades de la división y tenencia de la propiedad de la tierra que se han descrito, así como la falta de soluciones satisfactorias al problema expuesto, de un tiempo a esta parte, un autorizado sector de la doctrina gallega ha venido destacando con especial profusión y énfasis la particular importancia que, tanto desde un punto de vista histórico como también en la actualidad, presentaba y presenta la servidumbre de paso en Galicia, considerando que la misma, en cuanto derecho real, en la práctica, se había convertido tradicionalmente en una institución básica para el adecuado aprovechamiento de una propiedad agraria y minifundista, en la que servirse por una finca o fincas colindantes era algo que, se añadía, se presentaba como cotidiano y, hasta incluso, podía decirse que normal, para concluir afirmando a tenor de lo indicado que en Galicia casi se podría mantener que, en esta materia, venía rigiendo el principio totalmente opuesto al tradicional o clásico, por el que se entiende que la propiedad, mientras no se demuestre lo contrario, se presume libre de cargas, principio éste calificado por los autores adscritos al citado sector doctrinal como tremendamente perturbador, en muchas ocasiones, en su aplicación a la particular situación que se daba en la Comunidad Gallega¹³.

¹² Esta es la explicación que da DE FUENMAYOR CHAMPIN, op. cit., p.243, con referencias anecdóticas, antropológicas y literarias. En opinión de FERNANDEZ DE ROTA, op. cit., p.37 ss., la realidad del fenómeno descrito, parece ser más compleja.

¹³ Vid. REBOLLEDO VARELA, *La servidumbre de paso. El artículo 540 del Código civil* cit., p.1; ID., *Los derechos reales en la Ley 4/1995* cit., p.123.

La servidumbre de paso se presentaría para los defensores de esta tesis, por tanto, como una realidad incuestionable en la práctica, así como fuente de innumerables conflictos, tanto por la actitud personal de las partes implicadas en los mismos, como por la aplicación -hasta la entrada en vigor de la reciente Ley 4/1995- de una normativa jurídica contenida en el Código Civil -en especial, los arts. 537, 539 y 540-, que, en modo alguno, se compaginaba, se decía, con la supuesta realidad gallega, fundamentalmente en cuanto a la constitución del derecho real y a su adaptación, en caso de que ya existiese, a las transformaciones sufridas en el predio dominante a consecuencia de las modificaciones introducidas en el mismo para lograr una más adecuada y racional explotación, en consonancia con los nuevos medios de transporte¹⁴.

Dicha “realidad práctica incuestionable”, que se concretaría en la que se ha dado en denominar “evidente existencia de un derecho consuetudinario propio en materia de servidumbres de paso (no referido a su constitución) y serventías”¹⁵, fue la que propició, ante la carencia de regulación de las especialidades de la servidumbre de paso en la Compilación de 1963¹⁶, la intervención del legislador gallego, que, haciéndose eco, según se dice, de un sentir generalizado en el ámbito jurídico gallego, procedió a la promulgación de la vigente Ley 4/1995, en la que, como ya se ha indicado, se introduce, al igual que se hizo en otras Comunidades Autónomas del Estado Español, ante las deficiencias o falta de adecuación del Código Civil, una normativa propia en la materia, resaltando como una de las principales novedades de la misma, el reconocimiento -con una finalidad correctora de los problemas transcritos- de la usucapión como posible modo o forma de constitución de dicho derecho real.

¹⁴ REBOLLEDO VARELA, *La servidumbre de paso. El artículo 540 del Código Civil* cit., p.1; ID, *Los derechos reales en la Ley 4/1995* cit., p.124.

¹⁵ REBOLLEDO VARELA, *Los derechos reales en la Ley 4/1995* cit., p.126 s.

¹⁶ En la Exposición de Motivos de la misma, únicamente se señalaba en relación a las parcelas lo siguiente: “El aumento de la población, de un lado, y las Leyes desamortizadoras, de otro, han producido en Galicia la división y subdivisión sucesiva de las fincas. Dentro del antiguo cercado del “agra” o “vilar”, existen ahora multitud de parcelas que pertenecen a distintos propietarios. Su pequeña extensión y el quedar la mayoría de ellas enclavadas sin salida a camino público imponen que su cultivo sea uniforme y que se rija en el mismo un orden tradicional de rotación. Este género de cultivo uniforme, que en cierto modo se ha venido a anticipar a las concentraciones parcelarias, se impone para el mejor aprovechamiento del suelo y como consecuencia de la escasa extensión de las parcelas”. Por otra parte, en la mencionada Compilación se contenían bajo el epígrafe titulado “El agro, “agra o vilar”, los arts.91 y 92, en los que sólo se regulaban algunas cuestiones relativas al muro circundante del agra.

El planteamiento doctrinal referido, aquí expuesto en sus líneas generales, pone de manifiesto una situación ciertamente peculiar -que hasta el momento presente, como ya se indicó, viene siendo asumida sin ser cuestionada- en el ámbito gallego. Un estado de cosas que resulta peculiarmente llamativo, no sólo desde un punto de vista meramente jurídico, que es el que aquí interesa especialmente, sino también histórico y sociológico.

A nuestro juicio, los puntos de referencia sobre los que se pretende asentar esa denominada “realidad práctica”, son susceptibles de ser, si no directamente cuestionados en su planteamiento básico, sí, por lo menos, matizados en determinados aspectos que consideramos fundamentales para poder alcanzar una, en nuestra opinión, más adecuada comprensión del que se presenta como un fenómeno ciertamente complejo, que es el que ahora se intenta describir a grandes rasgos en su conjunto.

2.2. Propiedad de la tierra y servidumbres en Galicia.

Es cierto que desde antiguo se viene haciendo hincapié por la doctrina en la multiplicidad de “servidumbres de paso” con que se encuentran gravadas las fincas rústicas en Galicia, a consecuencia de la excesiva subdivisión, ya indicada, de la propiedad de la tierra.

En el sentido señalado, por ejemplo, García Ramos, en el capítulo XV de su ya clásica *“Arqueología jurídico-consuetudinaria-económica de la Región gallega”*¹⁷, cita, entre otras, las siguientes: el sendero o “sendeiro” -“porción o faja de terreno, de extensión de una cuarta y media de ancho, que generalmente bordea las parcelas cultivadas, por la que todos los dueños de las situadas en el “agra” o “agro” tienen derecho a transitar a pie uno detrás de otro, con o sin carga”-, la servidumbre de paso de ganados -en la que se contiene la obligación por parte de la persona que va custodiándolos de reponer la “cancela” o el muro de piedra postizo que cierra la entrada de la finca por la que se pasa, dejándolo, una vez utilizado el servicio, en el estado en que se encontraba inicialmente-, las denominadas de “pie de rey”, “gavia” y “anda boy” -que califica como comunes en la región, y que no define-, la servidumbre de “agro” -también calificada por el autor como “común o general”, “que actúa sobre el predio o parcela de terreno que se halla

¹⁷ El capítulo aparece titulado “Limitaciones de la propiedad. Servidumbres rústicas: El sendero.-Servidumbre innominada. La de “agro”.-La de arado y buey”. Vid. op. cit., p.95 ss.

situado a la entrada de la cancela o carril del agro, formado por fincas correspondientes a diferentes propietarios, y en la que la finca primera tiene que sufrir el paso de carros, arados y rastrillos para las que estén situadas detrás"- , y la servidumbre de "arado y buey" -"particular", "especial" o "comarcana", cuya utilización es constatable en el Partido judicial de La Estrada, "consistente en que el dueño de una parcela enclavada en el agro, si la quiere cerrar, tiene que dejar en favor del colindante un espacio de terreno para que pueda arar el suyo con libertad en los bueyes, sin que por el hecho del cierre se vea privado de cultivar ni la más pequeña porción de tierra"- , que tendría un "contenido más económico que jurídico", y que, según García Ramos, "carecería de todo amparo dentro de la ley".

En la descripción realizada, como se puede observar, resalta la circunstancia de que los diversos tipos de "servidumbres de paso" que se indican -que se encuentran relacionados con el cultivo agrícola o vienen directamente impuestos por él-, se establecen, en palabras del propio autor, para poder llevar a cabo el "tránsito *necesario* (el subrayado es nuestro) para el cultivo".

Por otra parte, también resulta significativo que dichas figuras aparezcan referidas en su práctica totalidad a las parcelas enclavadas a una superficie muy concreta: el "agra"¹⁸.

De estas dos matizaciones creemos que se puede extraer una primera conclusión importante utilizando la referencia antigua que nos ofrece García Ramos: la *necesidad* compartida, casi se podría decir que comprendida y sentida en común por los distintos propietarios de las pequeñas fincas, especial y fundamentalmente situadas en el "agra", podría haber sido la que hipotéticamente, con carácter general y a consecuencia de la estrecha interdependencia existente entre los terrenos, habría provocado la espontánea aparición de esos servicios de paso en

¹⁸ Superficie rústica continua, generalmente destinada a labradío, dividida en parcelas pertenecientes a distintos propietarios ("leiras") que son labradas a la "misma mano", y que está cercada con un muro o "valado" en el que se abren las "cancelas" necesarias para entrar y salir de dichas fincas, "cancelas" de las que parten uno o varios caminos o vías interiores que son consustanciales al "agro" y por los que los titulares de las "leiras" integradas en el mismo ejercitan el paso conforme a las correspondientes necesidades del cultivo y recolección de las cosechas. En relación al sistema de organización parcelaria en el interior del "agra", con un gráfico explicativo, vid. FERNANDEZ DE ROTA, op. cit., p.45 s.

la práctica y la que, a la vez, justificaría y explicaría su mantenimiento y escrupuloso respeto¹⁹ por parte de los titulares afectados.

Sin entrar a discutir ahora si los servicios de paso descritos -especialmente los más significativos, que son los que recaerían sobre las parcelas enclavadas en el “agra”- reunirían las características necesarias para poder considerarlos propiamente como servidumbres en el más estricto sentido técnico-jurídico del término, o, más bien, se presentarían como simples servicios necesarios derivados de las relaciones de vecindad parcelaria, interesa subrayar que, en el contexto descrito y frente a lo que pudiera parecer, la existencia de los referidos servicios, tal y como aparecen planteados *-establecidos por necesidades del cultivo y fundamentalmente en atención a la situación de interclusión de las fincas situadas en el “agra”-*, no difuminarían o debilitarían el tradicional y arraigado concepto de la propiedad de la tierra en Galicia, sino que, si cabe, contribuirían aún más a explicarlo perfectamente.

A nuestro juicio, la excesiva fragmentación, dispersión y el escaso tamaño de las parcelas de terreno que integran las pequeñas explotaciones agrícolas y familiares potencian hasta límites insospechados la ya de por sí arraigada y absoluta concepción de la tierra que existe en Galicia. Este dato, que nos parece fundamental para poder entender la denominada “realidad jurídica agraria gallega”, ha sido y suele ser frecuentemente olvidado por los autores que se han venido ocupando del estudio de las servidumbres de paso en Galicia, que únicamente vienen analizando la cuestión desde una perspectiva parcial, la del “derecho real limitado”.

Centrándonos en el ámbito de la propiedad, interesa destacar que se ha indicado con gran exactitud, y ésta es una afirmación que suscribimos, que el espacio de la “casa”, entendida en el más amplio significado del término, viene presidido por un ideal autárquico²⁰.

Desde una concepción moral, en la que se subrayaba al máximo el respeto al derecho a la propiedad, heredada de padres y abuelos, o adquirida pensando en la descendencia como elemento clave de la sagrada continui-

¹⁹ Según GARCIA RAMOS, op. cit., p.95 s., los labradores y propietarios observarían la circunstancia de “tener expeditos y fáciles los senderos, probablemente por la rigurosidad con que, ya desde el Fuero Juzgo, en su ley 24, título IV, libro VIII, se castigaban las interrupciones de estas servidumbres”.

²⁰ FERNANDEZ DE ROTA, op. cit., p.37.

dad doméstica, el sueño utópico de gran parte del campesinado gallego se concretaría en la parcela ideal: una gran y única parcela cerrada que tuviese en su interior la casa-vivienda; un sueño que el campesino gallego, ante la imposibilidad de poder cumplirlo en la mayoría de los casos, a consecuencia del gran mosaico de parcelas existente, trata de reproducir al menos en su centro vital, intentando que la casa-vivienda, con sus patios y dependencias, la huerta, y, en ocasiones, algunas de las parcelas que formasen parte de la misma, quedasen sin fisuras internas, cerradas por un buen “valado”, evocando un pequeño universo privado, defendido de cualquier posible intromisión²¹.

Estas inquietudes transcritas provocarían en la práctica la existencia de una tensa rivalidad vecinal. Las diferentes “casas” vecinales buscarían ansiosamente y a la vez la expansión hacia el exterior y la concentración en el interior de sus terrenos; existiría, por tanto, una oposición de intereses centrados en la consecución de los mismos objetivos espaciales.

El anhelo de privacidad e independencia descrito se manifiesta también, en este caso con carácter singular y pormenorizado, en las “leiras” o prados “cerrados”, que se presentan como el paradigma de la propiedad más óptima.

El concepto de “cerrado” -que representa una riqueza terminológica básica dentro de la cultura rural gallega- incluye el no tener gravada la finca con una servidumbre de paso para otra parcela, y queda reforzado con disponer de un camino público de suficiente anchura que permita acceder a la finca a personas y medios de transporte de forma plenamente independiente; dicha independencia espacial y comunicativa, alcanzaría su perfección cuando se consiguiese la independencia del riego, disponiendo de un manantial propio, algo que, por lo demás, sería poco frecuente.

En relación con el concepto de “cerrado”, llama particularmente la atención la gran variedad de sistemas divisorios con que desde antiguo se vienen delimitando o señalizando las parcelas, materializados en los aludidos “valados”, y otras formas como las “chantas”, los “cómaros”, los “regos”, o los “marcos”, elementos éstos que en numerosas ocasiones se completarían con una serie de aditamentos adicionales apropiados, dependiendo de cada caso particular. Esta amplia variedad de sistemas divisorios, reflejaría de

²¹ FERNANDEZ DE ROTA, op. cit., p.48 ss.

manera gráfica y elocuente, como se ha indicado, una tensión dialéctica entre el máximo aprovechamiento espacial posible de las propiedades -en su gran mayoría, de reducida extensión- y la defensa de las mismas en sus justos límites²².

Cuando las tierras tuviesen un gran valor y su amplitud lo permitiese, se erigirían, a consecuencia de la tensa hostilidad vecinal, sólidos límites, en perjuicio del aprovechamiento total del terreno; así, se levantarían “valados” con un amplio acompañamiento vegetal, que harían casi imposible el intento de apropiación fraudulenta por parte del vecino, pero que, a la vez, servirían también para aislar e impedirían ser vistos y envidiados. En este caso, el límite o señalización divisoria entre parcelas se edificaba, de forma material y consistente, con un obstáculo levantado en común -el “valado”- y dos espacios mediadores en cada uno de los lados: el seto vegetal y su transición a la tierra de cultivo mediante subcultivo herbáceo.

Lo mismo ocurriría, curiosamente, cuando la parcela tuviese unas dimensiones mínimas y su tierra fuese especialmente valiosa y conflictiva -“leiras” y “prados”-: en estas ocasiones, al campesino no le importaría despilfarrar terreno, aunque careciese del mismo, con tal de poder defender esa tierra de las posibles intromisiones por parte de su vecino, y alcanzar así una inviolable privacidad en la misma.

Sin embargo, cuando la propiedad de la tierra, de su producto, y la valoración de su situación disminuyesen, como por lo general sucedía en el caso de las parcelas de monte, en las que no se solían establecer fuertes barreras fronterizas, los límites se harían menos problemáticos.

En cualquier caso, lo cierto es que, lejos del ideal de independencia espacial y comunicativo descrito, la realidad era otra. En numerosas ocasiones, el tamaño de las parcelas y su forma impedían la construcción de sólidas barreras, recurriéndose entonces a los “marcos” como elementos señalizadores, simplificándose los espacios fronterizos, con la consiguiente debilitación de los límites, que se harían más fácilmente transgredibles. La manifiesta debilidad del límite en estas ocasiones, anecdóticamente, se solidificaría con una construcción de índole religioso-moral que dificultase su vulneración.

²² Para una descripción pormenorizada de los elementos utilizados en la variedad de sistemas divisorios aquí descritos sucintamente, vid. FERNANDEZ DE ROTA, p.43 ss.

Todo lo indicado, conecta con la inexistencia de caminos establecidos para poder acceder a las diferentes parcelas, debiendo los titulares de las mismas, en gran número de casos, ejercitar el paso *necesariamente* por las vecinas o colindantes, lo que pondría de manifiesto la existencia de una compleja red de servicios de acceso, basados en la *necesidad*, y que muy probablemente se pudiesen encuadrar en cuanto a su estructura, más que en el ámbito de las servidumbres, en el de las *relaciones de vecindad*. Ello, unido a las también complejas redes de riego, establecidas con sus correspondientes turnos -"roldas"-, subrayaría el aludido panorama de estrecha interdependencia espacial de las "casas".

Todos estos factores conectados a la necesidad casi patológica de incrementar el, por lo general, ya de por sí exiguo terreno de que se disponía, provocarían un alto grado de conflictividad.

Cuando los límites señalados se vulnerasen y se atentase contra el carácter cuasi-sagrado de la propiedad, cuando no se respetasen los servicios para las fincas, tal y como aparecían establecidos y regulados en la práctica comunitaria, excediéndose, por ejemplo, en la utilización del agua señalada para los predios, extrayéndola fuera del correspondiente turno establecido, o se alterase unilateralmente el ejercicio del paso, o bien, a consecuencia del mismo se irrogasen perjuicios en la finca que lo debiese tolerar -descuido en el control del ganado con perjuicio para la cosecha ajena, por ejemplo-, o, incluso, cuando se realizase una apropiación particular de algunas partes de espacios públicos, como por ejemplo, de determinados caminos; en definitiva, cuando se deteriorase o alterase la normal convivencia, es decir, las *relaciones de vecindad* espontáneamente establecidas y aceptadas por los miembros de la comunidad, sería cuando se produciría el conflicto. Una vez avanzado éste, por ejemplo, se rompería un muro, se levantaría un "valado" para interrumpir el paso del vecino por la finca propia, se desviarían las aguas pluviales, los afectados se tumbarían atravesados en el camino para impedir el paso del carro considerado invasor y, en numerosas ocasiones, se llegaría a la afrenta verbal y a la violencia física, formalizándose judicialmente la contienda; sería entonces cuando intervendría el Juez o Tribunal correspondiente, con la finalidad de ofrecer una solución a través del ordenamiento jurídico común a un problema que se había planteado en ese ámbito social tan concreto. Esta circunstancia -resolución a través del derecho (en definitiva, de un cuerpo -normativo- ajeno) de un problema surgido en un ámbi-

to comunitario concreto, regido por unas reglas determinadas (usos, costumbres enmarcables en el *ámbito de las relaciones de vecindad* en la materia que nos ocupa), que han sido establecidas por los propios individuos de esa comunidad al margen de cualquier regulación jurídica, y cuyo cumplimiento y respeto se asentaría exclusivamente, en principio, en la convicción interna comunitaria- explica y hasta incluso justifica que la solución obtenida al resolver el conflicto, aplicando el derecho de que se disponía - en concreto, el contenido en el Código Civil, único aplicable- no pudiese ser perfecta; por otra parte, a nuestro juicio, también exime de cualquier posible crítica razonable a ese ordenamiento por lo que se refiere a la conexión de su contenido en la materia que nos ocupa con la aparición de posibles situaciones de conflicto en el concreto y particular ámbito gallego hasta aquí expuesto²³.

2.3. El denominado “problema” de las servidumbres de paso en Galicia: síntesis histórica de su planteamiento en la doctrina gallega y análisis crítico del mismo.

A nuestro juicio, la lectura de las referencias que en la más antigua doctrina gallega se realizan en relación a los servicios de paso a través de las fincas, ciertamente permiten hipotizar la existencia de unos determinados usos o de una práctica consuetudinaria, surgida espontáneamente en el seno de la comunidad, a consecuencia de las necesidades derivadas del cultivo agrícola, o bien directamente impuestas por éste, que son sentidas por los miembros de esa comunidad al compartir una serie de intereses y problemas comunes, y que se presentan como posibles soluciones, establecidas al margen del derecho con la finalidad de poder hacer frente a las dificultades que habitualmente venía planteando la situación minifundista, concretada en la excesiva distribución de la propiedad de la tierra en Galicia.

²³ Para una crítica exarcebada al art.539 del Código Civil desde una perspectiva “ético-jurídica”, vid., por ejemplo, ALONSO ZATO, *Las servidumbres de paso ante la prescripción inmemorial (Propuesta de que en la Compilación gallega se regule este título adquisitivo)*, en Foro Gallego, 1971, p.402 ss. Cfr., también, entre otros, en términos críticos con la regulación del Código Civil: VARELA RODRIGUEZ, *Las servidumbres de paso adquiridas por prescripción inmemorial*, en Libro del I Congreso de Derecho Gallego cit., p.434.; LOPEZ GRAÑA, *La servidumbre de paso “do agro”*, en Libro del I Congreso Gallego cit., p.454; DIAZ FUENTES, *Dereito Civil de Galicia. Comentarios a Lei 4/1995*, 1997, p.106.

Tales antiguos servicios de paso -caracterizados en muchas ocasiones por su *temporalidad* y relación directa con la *realización de tareas agrícolas*-, que encontrarían su razón de ser más en la *necesidad* que en la utilidad, si no en su totalidad, sí, por lo menos, en su gran mayoría, significativamente, parecen referirse a *fincas situadas en unas superficies muy concretas, las "agras"*, en las que, a consecuencia de la *situación de interdependencia e interclusión de las fincas* situadas en su interior, se establecerían una serie de *relaciones internas de vecindad parcelaria*.

Las características deducibles de los tipos de servicio descritos por la más antigua doctrina gallega hacen que dichos tipos, que serían los más antiguos, difícilmente se puedan encuadrar en el concepto técnico-jurídico tradicional de servidumbre de paso, por lo que, aun cuando habitualmente y con carácter general se venga utilizando, quizá de forma inconsciente y mimética, el término "servidumbres de paso" para referirse a aquéllos, nos parece que tal utilización no resulta adecuada, siendo preferible y, desde luego, más correcto encuadrarlos en el ámbito de las relaciones de vecindad, como ya se ha indicado.

La existencia de tales servicios de paso, tal y como aparecían planteados en la antigua práctica agraria gallega -no se trataría propiamente de servidumbres, es decir, de derechos reales limitativos del dominio, establecidos con carácter perpetuo e inherentes a las fincas, sino enmarcados en el ámbito de las relaciones de vecindad, generalmente basados en una necesidad habitualmente compartida, y fundamentalmente temporales-, compaginaría perfectamente con el arraigado, absoluto y absorbente concepto de propiedad de la tierra existente en Galicia, perfectamente explicable, como reiteradamente se ha indicado, a partir de la excesiva fragmentación, dispersión y escaso tamaño de las pequeñas parcelas que integrarían las exiguas explotaciones familiares.

Sería desde esa concepción de la propiedad asentada en el contexto descrito desde la que, en nuestra opinión, quizá se podrían entender mejor las posibles situaciones de conflicto y tensión que se planteasen.

Precisamente, cuando se considerase subjetivamente que se habían traspasado sin razón los límites marcados, invadiéndose la ya de por sí escasa propiedad particular de que se disponía, o cuando no se repetasen adecuadamente los contenidos de los usos-prácticas consuetudinarias establecidos en el seno de la propia comunidad, produciéndose un exceso o una extralimi-

mitación en el ejercicio de las facultades consuetudinariamente consentidas, se provocaría el conflicto de intereses, frecuentemente acompañado de reacciones violentas y viscerales. Así, del mero hecho se pasaría entonces, a consecuencia del conflicto, al derecho; de una situación meramente fáctica, asentada en principio única y exclusivamente en su reconocimiento y regulación social, se pasaría, con la ruptura de las relaciones de buena vecindad, a la solicitud de reconocimiento y regulación jurídica de cada una de esas particulares y concretas situaciones de hecho en conflicto, produciéndose en caso de que tales demandas prosperasen su “juridificación” o entrada en el mundo del derecho, ahora por lo general como servidumbres propiamente dichas.

Situados en el ámbito del conflicto, en cuanto a la cuestión relativa al derecho aplicable con la finalidad de poder resolver el mismo, de nuevo se hace preciso resaltar una circunstancia, que generalmente tampoco ha sido tenida debidamente en cuenta, y que consideramos especialmente importante en el análisis que venimos efectuando.

Frente a lo que ocurrirá con posterioridad en el tiempo, en la más antigua doctrina no se cuestiona para nada problema alguno en relación a la aplicación del ordenamiento jurídico común -Código Civil, a falta de normativa específica al respecto- como cauce de resolución de los posibles conflictos planteados en el ámbito descrito -que, evidentemente, se producirían en la práctica, aun cuando los más viejos autores tampoco proporcionen referencia alguna de los mismos en sus escritos-, dato éste que, a nuestro juicio, serviría para poner de manifiesto una cierta idoneidad de ese ordenamiento -al que no se critica, como sí se hará más adelante-, en aquellos momentos y en relación a los más antiguos tipos concretos, los que serían primigenios y genuinos, de servicios de paso descritos, para resolver dichos conflictos de intereses surgidos en relación a los mismos entre particulares.

Así, tomando en consideración el lado activo de la relación, por ejemplo, la justificación de la necesidad del paso para la realización de tareas agrícolas, a través del recurso al art.564 del Código Civil²⁴, o, en su caso, la constatación testifical de no existir memoria de una situación fáctica de

²⁴ Respecto a la problemática que se plantea en relación a estos supuestos de constitución de las denominadas servidumbres forzosas de paso a favor de fincas enclavadas, cfr., ampliamente, con referencias bibliográficas y jurisprudenciales, REBOLLEDO VARELA, *Los derechos reales en la Ley 4/1995* cit., p.143 ss.

paso prolongada en el tiempo, con los requisitos señalados al efecto, mediante el recurso a través de las Disposiciones Transitorias del citado Código Civil a la prescripción inmemorial, reconocida en el derecho anterior (Siete Partidas), solventarían, cuando prosperasen, de una forma cuanto menos relativamente aceptable, la falta de reconocimiento espontáneo de tales servicios, y los juridificaría, transformándolos de meras situaciones de hecho, en auténticas servidumbres de paso, es decir, propiamente en derechos reales.

No obstante, la situación descrita cambiaría con el paso del tiempo, planteándose por parte de un sector de la doctrina gallega por primera vez -y desde unas coordenadas que no eran las propiamente originales- como problema antiguo lo que antes, según parece poder deducirse del silencio manifestado por los autores más antiguos, no lo había sido.

En este sentido, tanto la circunstancia de que el recurso a la prescripción inmemorial se plantease en el ordenamiento jurídico común español no como una posibilidad general sino excepcional -cabe recordar al respecto que los codificadores europeos y, entre ellos, el español, pretendieron desterrarla del articulado de sus Códigos Civiles-, a la que cabría acudir no ya directamente -en el caso español, en atención al escrupuloso respeto observado por el legislador nacional hacia los derechos nacidos y hacia otra serie de situaciones que aún no habían llegado a la categoría de tales en el momento de la entrada en vigor del Código Civil, como sería el caso de la prescripción iniciada, pero todavía no consumada- sino por vía indirecta, conforme a las leyes anteriores al propio Código Civil -Siete Partidas, Ley XXV, Título XXXI, Partida III, aplicable a tenor de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera de aquel cuerpo normativo, así como el hecho de la posibilidad de utilización limitada con carácter general de la citada institución (prescripción) en relación a un determinado grupo de antiguos servicios de paso -"servidumbres de paso" que ya hubieran sido adquiridas conforme a las leyes anteriores al Código Civil, y "servidumbres de paso" que vinieran ejercitándose con anterioridad al Código Civil, que cumpliesen determinados requisitos y de las que no fuese posible recordar su origen ni tampoco un estado contrario; no reconocida para las "servidumbres de paso" que hubiesen empezado a ejercitarse después de 1889 (año de entrada en vigor del Código Civil)- y, en especial, la consiguiente pérdida de idoneidad progresiva de la figura desde un punto de vista práctico, a consecuencia de la dificultad probatoria -acrecentada

según se iba avanzando cada vez más en el tiempo- derivada de la exigencia establecida con cierto rigor por los Tribunales de Justicia en materia de prueba testifical en relación a los antiguos servicios de paso señalados - prueba que sería utilizable cuando no se dispusiese de otros medios probatorios reconocidos como aptos por el ordenamiento, lo cual sería bastante habitual, y que se concretaba en tener que recurrir con la finalidad de poder acreditar la existencia de la “servidumbre de paso” desde tiempo inmemorial al testimonio de personas “idóneas”, cuyo requisito de edad se iría ampliando cuanto más se fuese alejando la fecha de entrada en vigor del Código Civil- provocaron la aludida reacción en un sector de la doctrina gallega posterior, principalmente situado en el ámbito de la abogacía, planteándose la cuestión como un problema, cada vez más dramático, que se podría sintetizar en una pregunta que, como veremos más adelante, paradójicamente se vuelve a repetir en nuestros días más o menos en parecidos términos: ¿Qué es lo que ocurrirá con tantas servidumbres como cruzan el agro gallego el día que sus poseedores no puedan demostrar su título, ni probar su ejercicio anterior a la vigencia del Código Civil?²⁵.

Sólo a partir de entonces y a consecuencia de la problemática aludida fue cuando con mayor o menor intensidad y con mayor o menor fundamento se empezó a criticar por un sector de la doctrina gallega la normativa recogida en el Código Civil²⁶ -lo que, como ya se indicó, hasta entonces no se había hecho, quizá porque el ahora “problema”, de claro carácter procesal, realmente no se había planteado-, intentando encontrar posibles soluciones al respecto, tanto por la vía jurisprudencial -solicitando una mayor sensibilidad por parte de los Tribunales de Justicia al valorar las situaciones planteadas en dicha materia, especialmente en cuanto a la prueba de testigos y a la exigencia de título-, como por vía legislativa -proponiendo, por ejemplo, la introducción en la Compilación gallega de 1963

²⁵ Esta pregunta la formulaba -y contestaba- CASTRO PEREZ, en un interesante trabajo, titulado *Adquisición por usucapión de las servidumbres de paso*, publicado en la Revista jurídica Foro Gallego, 1954, p.441 ss., y p.527 ss., sintetizando la petición de un sector de juristas gallegos del ámbito de la abogacía, que en el momento en que escribía el autor, también venían demandando el reconocimiento de determinados servicios de paso ejercitados *de facto* a lo largo del tiempo a través de las fincas. Vid., en concreto, op. cit., p.540 ss.

²⁶ Entre los autores que adoptaban en aquel tiempo una postura crítica en relación a la normativa establecida en materia de servidumbres de paso en el Código Civil, vid. ALONSO ZATO, VARELA RODRIGUEZ y LOPEZ GRANÑA, cit., en nt.23 de este trabajo. En sentido contrario, cfr. CASTRO PEREZ, op. cit., p.441 ss., y, especialmente, p.540 ss.

de la prescripción inmemorial, como posible forma de adquisición de las servidumbres no aparentes o discontinuas, de manera similar a la que se había hecho en otras Compilaciones forales de diversas Comunidades Autónomas, como por ejemplo las de Aragón y Cataluña-.

También a partir de entonces, en algún caso, se intentó presentar de forma genérica y sin ningún apoyo concreto la inmemorialidad posesoria, entendida como título de adquisición de las servidumbres prediales, como una de las costumbres más respetadas dentro del ámbito gallego²⁷, lo cual, como ha sido puesto de manifiesto, tanto jurisprudencialmente²⁸, como doctrinalmente²⁹, no se corresponde en absoluto con la realidad.

Al margen de la distorsión de la realidad que de por sí se produce con el citado planteamiento, resulta preciso significar, también y de forma especial, la incorrección que en el mismo se contiene al utilizar en su formulación unos términos tan generales; nos referimos en concreto -y creemos que este es otro de los errores fundamentales que se proyectarán hacia el futuro- a la circunstancia de que, frente a lo que ocurría en la antigua doctrina, en la que se precisaban unos tipos de servicios de paso muy concretos y determinados, con posterioridad, se procedió a simplificar la cuestión, haciendo referencia de una forma vaga y genérica a “servidumbres prediales”, sin especificar en la categoría de las de paso figura alguna, sumiendo en el más absoluto de los olvidos los que real y únicamente se habrían presentado como tipos iniciales característicos de servicios de paso en Galicia.

Unos tipos iniciales que, en referencia a las “costumbres e instituciones notorias no incluidas en la Compilación (de 1963)”, con mayor precisión, nos vuelve a recordar otro de los grandes jurisconsultos gallegos, Martínez

²⁷ Así lo indicaba expresamente ALONSO ZATO, op. cit., p.412.

²⁸ Vid. al respecto, por ejemplo, la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJG con fecha 25 de enero de 1995, a la que hacíamos referencia en nuestros trabajos titulados *Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres y serventías en la vigente Ley de Derecho civil de Galicia*, recogido en Foro Galego, núm.189, 1996, p.59 nt.5, y *La regulación de las servidumbres y serventías en la Ley 4/1995 de Derecho civil gallego: un análisis crítico y comparativo con la legislación civil de otras Comunidades Autónomas*, publicado en Revista Xurídica Galega, núm.14, 1996, p.45 nt.14.

²⁹ Vid. REBOLLEDO VARELA, *Los derechos reales en la Ley 4/1995 cit.*, p.126. En sentido similar, parece pronunciarse LETE DEL RIO, *Manual de Derecho Civil gallego*, 1999, p.30.

Risco, en un artículo aparecido en el año 1967³⁰, con las siguientes palabras: “no recoge la Compilación ninguna de las figuras de servidumbre predial que, impuestas principalmente por la distribución minifundista de la propiedad, tomaron carta de naturaleza y se practican en la región gallega con el carácter de forzosas. Mencionaremos las más salientes: la servidumbre “alternativa de vía” y la servidumbre de “tornaboi” o “viraboi”.

Completando esta referencia que nos proporciona Martínez Risco con la de García Ramos, indicada *supra*, se puede concluir que es probable que éstos fueran los tipos o figuras de paso más significativos y extendidos entre los utilizados en la práctica agraria gallega; principalmente estas figuras de servicios de paso, y no toda servidumbre predial de paso, como parece darse a entender utilizando la incorrecta formulación general anteriormente señalada. Tales tipos o figuras más antiguas, como ya se señaló, por las características que presentan, en pureza, no se podrían calificar propiamente como específicos de servidumbre, y encontrarían su encuadre sistemático en el ámbito de las relaciones de vecindad.

Con independencia de todas estas precisiones -inexistencia de una pretendida costumbre, supuestamente respetada en el ámbito gallego, entendiendo la inmemorialidad posesoria como título de adquisición de las servidumbres prediales; existencia de figuras muy concretas en el ámbito de los usos o costumbres agrarias gallegas, fundamentalmente referidas a la superficie del “agra”; encuadre sistemático de dichas figuras más en el ámbito de las relaciones de vecindad que en el de las servidumbres consideradas en sentido estricto-, de nuevo vuelve a llamar la atención en esta sucinta historia, que aquí se recoge en sus rasgos fundamentales, del denominado “problema” de las servidumbres de paso en Galicia, el planteamiento adoptado en torno al mismo por la doctrina gallega con motivo de la celebración en el año 1972 del I Congreso de Derecho Gallego³¹, en el que, una vez más, se volvía a aludir a la necesidad de regular en la futura

³⁰ MARTINEZ-RISCO Y MACIAS, *Lagunas institucionales en la Compilación del Derecho Civil especial de Galicia*, en Foro Gallego, núm.135-136, 1967, p.301 ss., especialmente, p.317 s.

³¹ El objetivo principal del citado Congreso se centró en la posible revisión de la Compilación del derecho civil especial de Galicia prevista para 1973, así como en recoger la realidad socio-económica del país gallego, rectificando lo que procediese y tendiendo a la inclusión de la costumbre y la tradición jurídica que debiese estar en aquella. Así, en el art.3 del Reglamento del citado Congreso se señalaba como finalidad del mismo: “el estudio y, consecuentemente, proponer las soluciones del caso a la problemática actual de la

Compilación revisada la adquisición por prescripción de las servidumbres de paso -de nuevo en términos generales, sin referencia concreta a antiguos tipos o figuras-, desde la supuesta existencia de una ya indicada -y ahora prácticamente “sacralizada”- y realmente inexistente costumbre inmemorial, introduciendo en el debate nuevos términos: ¿reconocimiento de la adquisición por usucapión durante el plazo de inmemorialidad sin límite?, es decir, la tradicional prescripción inmemorial; ¿reconocimiento de la adquisición por usucapión durante el plazo de dos generaciones?, es decir, prescripción adquisitiva de las servidumbres prediales de paso, en términos similares a la regulación realizada en las antiguas Compilaciones aragonesa y Foral de Cataluña; o, ¿reconocimiento de la adquisición por prescripción durante el plazo de 20 o 30 años, sin necesidad de buena fe y justo título y con los requisitos en relación a la posesión de pública, pacífica e ininterrumpida?, es decir, usucapión extraordinaria-.

Como se puede comprobar, la indicada novedad en este momento se encontraba en la solicitud de introducción en el ordenamiento jurídico-civil gallego de un posible nuevo procedimiento, junto a los anteriormente señalados, de solución al “problema” planteado, que, a la larga, tendría un notable éxito: el reconocimiento de la adquisición de la servidumbre de paso por su uso o posesión pública, pacífica e ininterrumpida -aun cuando se reconociese, quizá por estar pensando en la regulación establecida en el ordenamiento jurídico común (Código Civil), que dicha posesión o uso fuese discontinuo- durante un plazo fijo de 20 o 30 años, sin distinción entre presentes y ausentes, y sin necesidad de justo título ni buena fe.

Tampoco en esta ocasión y en relación al novedoso procedimiento cuyo reconocimiento se solicitaba, se volvía a precisar nada en cuanto a su posible aplicación respecto a los tipos o figuras peculiares referidos por la más antigua doctrina, aludiéndose a la socorrida expresión genérica “servidumbres de paso”.

vida jurídica gallega y en especial de las instituciones propias del Derecho Civil Especial de Galicia, con ocasión de acercarse el momento de la revisión decenal de la vigente Compilación”. Para todo lo relativo al mencionado Congreso, vid. *Libro del I Congreso de Derecho Gallego*, promovido por los Ilustres Colegios de Abogados de Galicia y la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, editado por la Comisión Ejecutiva del I Congreso de Derecho Gallego, 1974.

Esta falta de concreción o incertidumbre conduce a formularse necesariamente una pregunta fundamental -extensible a los otros procedimientos de prescripción solicitados también en relación a la servidumbre de paso aludida con carácter general-, que, como indicábamos en otro trabajo³², hasta el momento presente, todavía no ha sido resuelta: ¿en qué términos pretendían los proponentes de la introducción de la prescripción adquisitiva en relación a la servidumbre de paso que se reconociese y regulase la misma?; al formularse la propuesta, ¿se estaba pensando en la aplicación de la usucapión como modo de adquisición para todos los supuestos de paso, o, sólo para algunos casos muy concretos y determinados?.

En nuestra opinión, quizá se pudiese encontrar una hipotética solución a estas incógnitas recurriendo a las razones con que los proponentes de la introducción de la usucapión entre los modos de adquisición de las servidumbres de paso justificaban su propuesta.

La referencia que se tomaba entonces con la finalidad de justificar la introducción de la usucapión -y que nos parece que también se había tomado anteriormente y que se volvería a tomar más adelante; en este último caso, si no con carácter exclusivo, sí presumiblemente de forma fundamental- fueron las denominadas “*fincas enclavadas* (el subrayado es nuestro), para cuyo aprovechamiento se vino realizando el paso desde tiempo inmemorial a través de otras parcelas próximas o colindantes con camino público”³³.

De esta matización parece poder extraerse la conclusión de que la solitud de reconocimiento de la prescripción adquisitiva, que posteriormente aparecería recogida en el art.25 de la vigente LDCG, habría surgido fundamentalmente en relación a un específico tipo de servicios de acceso o paso: los ejercitados *de facto* y a lo largo del tiempo, de forma pública, pacífica e ininterrumpida, por los propietarios o titulares de las *fincas enclavadas* -originadas como ya se indicó a consecuencia del excesivo reparto de la tie-

³² *Inhibición legislativa y determinación jurisprudencial del derecho: ¿aplicación retroactiva o irretroactiva del artículo 25 de la Ley de Derecho civil de Galicia en materia de constitución de servidumbres de paso por usucapión? (Comentario a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 15/1998 y 16/1998, de 24 de septiembre)*, en La Ley (Galicia), suplemento al núm.4777, 1999, p.4 ss.

³³ Así lo manifestaba expresamente la Ponencia de la Sección IV -denominada “Castro Bolaño”- del I Congreso de Derecho Gallego. Vid. *Libro del I Congreso de Derecho Gallego*, cit., p.523 s.

rra: distribución minifundista de la propiedad rural-, que para su aprovechamiento necesitarían servirse a los efectos del mencionado paso a través de otras fincas próximas o colindantes con camino público.

Quizá pensando sólo en tales específicos servicios o accesos de paso (*paso expresamente necesario*), relativos a *fincas enclavadas*, y no en cualquiera otros posibles -lo cual, a tenor del desarrollo doctrinal expuesto, no parecería muy lógico- se habría planteado -por lo menos así lo parece inicialmente; desconocemos si con posterioridad también- la solicitud de introducción y regulación normativa de la prescripción adquisitiva, aduciéndose al respecto que el no reconocimiento de tales supuestos derechos (de paso) supondría una notable cantidad de litigios, en algún caso calificados como injustos, por considerar que el paso del tiempo -*específicamente inmemorial*- proveía un título de por sí más que suficiente al usucapiente, y, en otras ocasiones, como inútiles, puesto que, al tratarse de fincas enclavadas, tales servicios podrían constituirse consiguiendo, en definitiva, los mismos efectos que con tal prescripción adquisitiva, acudiendo al art.564 del Código Civil, relativo a la constitución de la servidumbre forzosa de paso.

Por otra parte, entre los diversos argumentos utilizados por los proponentes con la finalidad de proceder a la justificación de la introducción de la usucapción en los términos indicados, cabe significar el referido al plazo posesorio concreto y limitado temporalmente, que se sitúa en una línea de razonamiento no nueva, puesto que ya había sido utilizado anteriormente por un sector de la doctrina, y lo será también más adelante.

El transcurso de dicho plazo posesorio actuaría, se decía por los defensores del reconocimiento de la usucapción, como un elemento presuntivo de que el dueño del predio sirviente habría consentido la servidumbre, al no haber realizado durante dicho plazo perentorio “actos obstativos para impedir el paso, y por la relativa actividad del dueño del predio dominante, que durante tanto tiempo lo vino ejerciendo con *evidente signo aparente, indubitado y ostensible* (el subrayado es nuestro) y con la condición de que tal posesión fuese pública, pacífica e ininterrumpida”³⁴.

La circunstancia de que expresamente se aluda al “signo aparente evidente, indubitado y ostensible” parece conducir a la categoría de las deno-

³⁴ Op. cit., p.524.

minadas servidumbres aparentes, contrapuestas, como es sabido, a las no aparentes³⁵; no está de más recordar al respecto que las servidumbres de paso son encuadradas en la categoría de las discontinuas -y así se reconoce de forma expresa por la doctrina gallega-, pudiendo asimismo ser calificadas como aparentes o no aparentes, según las características que presenten.

Dicha circunstancia, vuelve a plantear de nuevo otra duda, que se concretaría en la siguiente cuestión: ¿Por qué si los proponentes de la introducción de la usucapión extraordinaria como posible forma de adquisición de las servidumbres de paso utilizaban expresamente en su argumentación como dato fundamental el ejercicio de la servidumbre por parte del titular del fundo dominante con “signo aparente, evidente, indubitado y ostensible” a los efectos de justificar que el transcurso del tiempo posesorio establecido servía para obtener el derecho real como tal, no hicieron constar, o incluyeron de forma expresa -precisamente por la importancia que parecían atribuirle- esa característica de la apariencia como un requisito más y cualificado entre los exigidos en la propuesta de regulación que efectuaron de la citada figura?³⁶.

En cualquier caso, en aquellos momentos -nos referimos al tiempo en que se redactaban las conclusiones que, no sin cierto debate³⁷, fueron adoptadas como definitivas en el seno del I Congreso de Derecho Gallego (año 1972)-, ya no solamente se solicitaba a los efectos de poder resolver el “problema” planteado, referido *supra*, el reconocimiento y regulación normativa de la prescripción inmemorial para las situaciones posesorias más antiguas, entendida como aquella de la cual los más viejos del lugar no tuvieran memoria de su inicio -debiendo justificar, “en caso de oposición”, se decía, “la *necesidad racional y actual del gravamen* (el subrayado es nuestro)”³⁸, lo que, de nuevo, vuelve a sorprender si se piensa en tér-

³⁵ En relación a la “apariencia” como posible criterio aplicable en materia de servidumbres, vid. recientemente TUR FAUNDEZ, *Los particulares efectos de la “apariencia” en el ámbito de las servidumbres*, 1999.

³⁶ Tal circunstancia no se presentaría como una novedad, puesto que en otras Compilaciones del Estado español, como por ejemplo es el caso de la Aragonesa o de la Navarra, como es sabido, se tiene en cuenta la distinción establecida entre servidumbres aparentes y servidumbres no aparentes, tomándola como referente a efectos de la adquisición del derecho real por prescripción. Sobre esta cuestión volveremos *infra*.

³⁷ A través de la lectura de las Actas en las que se recogen los mencionados debates, resulta posible extraer la conclusión de que el tema objeto de análisis no estuvo exento de una cierta polémica entre los congresistas asistentes. Vid. al respecto *Libro del I Congreso de Derecho Gallego* cit., p.538 ss.

³⁸ Vid. *Libro del I Congreso de Derecho Gallego* cit., p.684 y 717 s.

minos técnico-jurídicos, tanto en la institución de la prescripción, como en la de las servidumbres, y vuelve a sugerir, una vez más, la imagen de la finca enclavada y, con ella, la del paso forzoso o necesario-, sino también la de la denominada usucapión extraordinaria, referida, según parece, a las situaciones posesorias actuales, en los términos y con las características anteriormente expuestas.

De esta manera, en aquellos momentos, se descartaba definitivamente la posesión inmemorial entendida en sentido tradicional o clásico -es decir, la no referida a un plazo temporal concreto y definido- como posible remedio para poder paliar los que se calificaban como “efectos totalmente distorsionantes con la realidad de Galicia”³⁹, y ello, precisamente, por haberse consolidado firmemente en los Tribunales de Justicia, tras una serie de interpretaciones dubitativas el criterio de que la prescripción no sólo había de estar iniciada, sino también consumada a la entrada en vigor del Código Civil⁴⁰, lo que incrementaba, haciendo materialmente imposible, la ya de por sí cada vez más difícil acreditación testifical exigida al efecto.

Avanzando en el tiempo, otro de los especialistas que se ocuparon de la cuestión, Rebollo Varela, suscribiendo la solicitud de reforma de la Compilación de 1963 -todavía pendiente cuando escribía el autor-, que había sido formulada durante la celebración del I Congreso de Derecho Gallego en los términos transcritos anteriormente, aportaría con posterioridad -tras manifestar su escepticismo ante una pronta toma en consideración de la reforma solicitada- una solución al “problema” planteado, ciertamente original, buscada desde la propia legalidad entonces vigente, a través de la interpretación de los arts.539 y 540 del Código Civil, y que giraría fundamentalmente en torno a la que dicho autor consideraba, con total acierto, como “clave del problema de la constitución de las servidumbres de paso en Galicia”: “la prueba procesal de la constitución de la servidumbre de paso voluntaria”⁴¹.

³⁹ La frase corresponde a REBOLLEDO VARELA, *La servidumbre de paso. El artículo 540 del Código Civil* cit., p.1 y 2.

⁴⁰ Para esta cuestión, remitimos a la referencia que hacíamos en torno a la misma en nuestro estudio titulado *La regulación de las servidumbres y serventías en la Ley 4/1995* cit., p.54 s.

⁴¹ REBOLLEDO VARELA, *La servidumbre de paso.El artículo 540 del Código Civil* cit. p.2. El autor reiteraría las ideas manifestadas en este trabajo en otros posteriores: *A nova regulación da servidume de paso e serventías, do cómaro, do ribazo e do arró e ou retracto de graciosa na Lei 4/1995, do 24 de maio, de Dereito civil de Galicia*, en *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de maio)*, s.f., pero 1996, p.194 y nt.32., y, con mayor amplitud, *Los derechos reales en la Ley 4/1995* cit., p.214 ss.

Tal solución se inscribía, por tanto, no ya en el recurso al ámbito legal, sino en el jurisdiccional. Ante la continua falta de iniciativa legislativa, una vez más, se volvía a actuar en el otro frente posible, el de los Tribunales de Justicia, apelando nuevamente a la sensibilidad interpretativa por parte de los órganos jurisdiccionales, con la finalidad de proceder a la resolución de la cuestión planteada, reclamando el abandono de tomas de posición previas en base a principios muy arraigados en esta materia, calificados como ciertos y aplicables, pero que, según se decía, venían siendo utilizados tradicionalmente de forma desorbitada.

Sin perjuicio de compartir la teoría formulada por Rebolledo Varela en todas aquellas situaciones concretas en las que la evidencia del servicio ejercitado a lo largo del tiempo fuese manifiesta o inequívocamente palpable, o bien se pudiese deducir sin especiales dificultades -por ejemplo, a través del denominado signo aparente, existiendo una indubitada intención de adquirir un derecho (de paso) por el ejercitante, con el conocimiento y permisividad del teóricamente perjudicado-, estimamos que, el criterio sostenido por el citado autor, en el sentido de remitir a los efectos de la posible determinación o constatación del servicio de paso solicitado al criterio de apreciación particular del Juez o Tribunal correspondiente, que se manifestaría mediante la correspondiente sentencia firme, con un carácter tan amplio y general como el que propone, referido a la existencia de consentimiento -mediante la valoración de cualesquiera otras pruebas aportadas, cuando existiese discrepancia entre las partes implicadas en el conflicto de intereses, que no fuesen necesaria ni exclusivamente la documental (documento de constitución del servicio) o la testifical (orientada a acreditar la prescripción inmemorial)- y sin referencia a plazo posesorio alguno -ya fuese éste concreto, o bien determinado temporalmente, en atención a un número de años, o referido a un número de generaciones-, difícilmente habría ofrecido suficientes garantías, y, en cierto sentido, podría conducir inconscientemente en determinados casos a situaciones de inseguridad jurídica no deseada.

En nuestra opinión, la solución al denominado “problema” objeto de debate, planteado por un sector de la doctrina gallega localizable fundamentalmente en el ámbito de la abogacía, se debería haber situado necesariamente en el ámbito de la política legislativa, puesto que, en esencia, no se trataba de una cuestión a la que debieran responder los órganos judiciales, sino, más bien, el propio legislador.

Retomando las elocuentes palabras de Castro Pérez⁴², que también se había ocupado en su momento del “problema” planteado, cabe recordar al respecto que, en principio y con carácter general, hay que partir de la circunstancia de que al Juez no le compete otro cometido más que cumplir fielmente la ley, sin que le sea dado por sí y ante sí modificarla, so pretexto de aclarar una oscuridad cuando la misma no exista, como ocurría en el ámbito civil común, cuyo régimen jurídico en materia de adquisición de servidumbres de paso, aplicable también hasta entonces en Galicia, resultaba claro y terminante, con independencia de la discutibilidad de su estructura y contenido en algunos aspectos; las leyes, como manifestaciones de la voluntad popular, no pueden ni deben ser sustituidas por la voluntad unilateral de los jueces, manifestada a través de sus sentencias, dirigidas en muchas ocasiones, y máxime en temas tan controvertidos como el de la propiedad y los derechos reales limitados, por motivaciones inconscientes de educación, de clase, o de partido.

En caso contrario, defendiendo una jurisprudencia en abierta contradicción con la ley -dando por supuesto que los criterios adoptados por dicha jurisprudencia fuesen siempre homogéneos, lo que resultaría muy difícil de conseguir cuando la resolución de cada caso se sometiese a un amplio criterio de valoración de la prueba por parte del juzgador- se provocaría, como ya indicamos, una grave inseguridad jurídica.

La demanda de resolución del “problema” planteado sería tomada en consideración muy tardíamente y de forma descuidada, no ya por los órganos jurisdiccionales, sino por el propio legislador, en este caso, por el legislador autonómico gallego.

Leyendo las referencias recogidas en la materia que nos ocupa en los Trabajos aportados en el año 1991 como propuestas legislativas por algunos miembros de una extinguida Comisión Parlamentaria no permanente, así como por el Consello da Cultura Galega⁴³, respectivamente, que sir-

⁴² Op. cit., p.540 ss.

⁴³ Los aludidos Trabajos, que en opinión de REBOLLEDO VARELA, *A reforma da Compilación de 1963 e o futuro do Dereito Civil de Galicia*, en Revista Xurídica Galega, núm.2, 1992, p.387 ss., y *Prólogo* a su edición de la Compilación Galega, en *Compilaciones y Leyes de los derechos civiles forales o especiales*, 1993, son “difícilmente conciliables”, se encuentran recogidos en Foro Galego, núm.184, 1992, p.13 a 37 y 39 a 59, respectivamente. Sobre el Trabajo de la extinguida Comisión Parlamentaria no permanente, su evolución y conclusión, vid. LORENZO MERINO, *Un Derecho Civil para Galicia. La Pro-*

vieron en gran medida de base para la confección de la vigente Ley 4/1995 de Dereito Civil de Galicia, se puede producir la cuanto menos curiosa impresión de que, aun a pesar del notable tiempo transcurrido desde que por primera vez se empezó a plantear por un sector de la doctrina gallega el “problema” que estamos tratando, hasta aquella fecha, la situación fáctica que había dado lugar a dicho problema no había sufrido transformación o cambio alguno; todo parecía seguir igual⁴⁴.

Llegados a este punto, cabe preguntarse, una vez más, por aquellas antiguas figuras de servicios de paso, encuadrables fundamentalmente en la superficie del “agra”, ahora desaparecida, desconocida o ignorada en muchos lugares de Galicia-; cabe preguntarse por el abandono progresivo, cada vez más patente, de la agricultura y por el traslado de la población rural joven a las capitales; cabe preguntarse por el posible destino que de un tiempo a esta parte se viene dando a las fincas rústicas, destinadas ya no tanto a finalidades exclusivamente agrícolas, como en algunos casos demuestra su patente y en ocasiones patético abandono, y, en otros, su dedicación a menesteres distintos del agrario (urbanísticos, lúdicos, industriales, etc.), quizá económicamente más rentables que la pequeña agricultura; cabe preguntarse, en definitiva, por la existencia de aquellas antiguas costumbres o usos, concretadas en los viejos servicios y accesos de paso, surgidos en un tiempo pasado por necesidades agrícolas, con unas características muy concretas y determinadas, cuyo reconocimiento se venía solicitando de forma insistente: ¿seguían existiendo y teniendo esos accesos de paso, presentados una vez más en términos generales (servidumbres de paso) la intensidad y el vigor que antiguamente habían tenido en una cada vez más escasa conciencia comunitaria rural?; ¿se podía seguir hablando propiamente todavía en el presente, con un carácter tan general como se venía haciendo, de la existencia de unos usos o costum-

puesta legislativa de Compilación de 22 de marzo de 1991, en La Ley, núm.2995, p.1; ID., El Derecho Civil de Galicia cit., p.7 ss. Vid., también, una crítica al texto presentado por el Consello da Cultura Galega, así como a la Proposición de Ley de 27 de abril de 1993, en SANDE GARCIA, O dereito civil de Galicia: Unha actualización imposible à luz da historia, en La modernización del Derecho Civil, 1994, p.147 ss.

⁴⁴ Respecto a los ejes básicos sobre los que se asientan las transformaciones fundamentales sufridas en el mundo rural gallego en los últimos cuarenta años, vid. FERNANDEZ DE ROTA-IRIMIA, *Los protagonistas de la economía básica. (La vanguardia ganadera y la casa en el este de la provincia de A Coruña)*, 1999, especialmente, p.235 ss.

bres antiguos, originados para cubrir unas necesidades muy concretas aparecidas en un contexto concreto, con la finalidad de poder justificar en un tiempo y realidad distintos la introducción de una figura totalmente novedosa con la que en ese momento posterior se pretendía resolver un “problema” claramente procesal, que, según se decía, se venía arrastrando desde antiguo, y persistía en el tiempo?.

Frente a la posibilidad de efectuar una regulación concreta de las que en esencia se habrían presentado como las figuras de acceso o servicios de paso específicos de tipo consuetudinario, autóctonas y peculiares de la Comunidad gallega, referidas por la más antigua doctrina, se establecía ahora una regulación general, planteando la cuestión en unos términos excesivamente genéricos (servidumbres de paso), apelando para ello de forma vaga e inconcreta a una indeterminada, y quizá si no ya desaparecida escasamente subsistente tradición jurídica gallega en la materia.

Asimismo, de los tres posibles procedimientos sugeridos en otros momentos con la finalidad de poder resolver el “problema” planteado, se optaba abiertamente y de forma exclusiva por uno de ellos, en concreto, la usucapación extraordinaria, sometida a un plazo temporal fijo (20 años), ignorando o descartando en este planteamiento, que sería el tenido en cuenta por el legislador gallego de 1995, tanto la prescripción inmemorial entendida en sentido tradicional (con plazo de inmemorialidad sin límite), como la prescripción inmemorial según aparecía regulada en otras Compilaciones forales (concretada temporalmente en el conocimiento por parte de dos generaciones).

En contraposición a los otros tipos de prescripción señalados, probablemente más acordes con la tradición consuetudinaria que se pretendía regular y con el problema que se pretendía resolver -reconocimiento de servicios y accesos de paso indefinidos que, de hecho, estuvieron operando a lo largo del tiempo como servidumbres de paso-, pero no tan seguros y cómodos desde el punto de vista probatorio, la propia usucapación -ya fuese ordinaria o, como en el caso que nos ocupa, extraordinaria- ofrecía mayores garantías.

Probablemente por ello, aun a pesar de su total desconexión con la tradicional realidad consuetudinaria gallega, se optó por introducir y regular en el art.25 de la vigente LDCG, de una forma muy amplia, totalmente novedosa, y con carácter exclusivo -entre los diversos tipos posibles mencionados de prescripción adquisitiva que se habían sugerido-, la usucapación extraordinaria

como posible forma de adquisición de las servidumbres de paso, rompiendo definitivamente en esta materia con la regulación establecida en el sistema del ordenamiento jurídico-civil común, que había sido el aplicable hasta entonces en Galicia, y, en el que, como es sabido, se viene distinguiendo, por una parte, entre las servidumbres continuas y aparentes, para las que se admite su adquisición por usucapión, y, por otra, las no aparentes y discontinuas, entre las que se encontraría la de paso, para las que no se admite tal modo adquisitivo⁴⁵.

En otras Compilaciones y Leyes Civiles de diversas Comunidades Autónomas, también se reconoce la prescripción adquisitiva como modo de constitución de las servidumbres de paso, presentando matices diferentes según la Comunidad Autónoma de que se trate.

Así, por ejemplo, en la Compilación del derecho civil de Aragón, en los artículos 147 y 148, se admite y regula la prescripción adquisitiva de las servidumbres prescindiendo, como se indicaba en el Preámbulo de la Ley 15/1967, de 8 de abril, que modificaba en esta materia la normativa anterior, contenida en el Apéndice del Código Civil, de las discriminaciones clásicas entre “servidumbres positivas o negativas” y “contínuas o discontinuas”, para sentar unas reglas “más precisas”, en base a la distinción entre “servidumbres aparentes o no aparentes”. Partiendo de estos criterios, en el art.147 del actual Texto normativo aragonés, se establece para todas las servidumbres aparentes la posibilidad de que sean adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y de veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe; mientras que en el art.148, se señalan los mismos plazos posesorios para las servidumbres no aparentes susceptibles de posesión, exigiéndose además, en este caso, buena fe y justo título para poder consumir la usucapión, amén de mantener para esta clase de servidumbres la presunción de prescripción adquisitiva por prescripción inmemorial⁴⁶.

⁴⁵ Respecto a la problemática que se plantea en torno a la adquisición de la servidumbre de paso en el Código Civil, vid. REBOLLEDO VARELA, *Los derechos reales en la Ley 4/1995* cit., p.132 ss. Cfr., además, para una aproximación a las cuestiones que plantea el tema de la constitución de servidumbres por usucapión en el sistema del Código Civil, así como por lo que se refiere a la crítica a los argumentos que se suelen alegar tradicionalmente por la doctrina para justificar la regla de la imprescriptibilidad de las servidumbres discontinuas y no aparentes, contenida en mencionado Cuerpo normativo, una breve referencia bibliográfica en nuestro trabajo *La regulación de las servidumbres y serventías* cit., p.49 nt.23.

⁴⁶ Sobre las diferencias en esta materia entre el Apéndice del Código Civil y la Compilación aragonesa, vid. sucintamente ARECHEDERRA ARANZADI, *Propiedad y constitución de servidumbres*, 1993, p.117 ss.

Tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria establecida para los bienes inmuebles también encuentran reconocimiento como modos de adquisición de las servidumbres en la Compilación del derecho civil foral de Navarra (Ley 356 y s.), distinguiéndose en la Ley 397 a efectos del momento de inicio del cómputo temporal posesorio entre servidumbres positivas, servidumbres negativas aparentes, y servidumbres negativas no aparentes, para las que se toma respectivamente como punto de referencia inicial el primer acto de ejercicio en las positivas, la aparición de los signos de servidumbre en las negativas aparentes, y la prohibición formal del acto que la servidumbre impediría realizar en las negativas no aparentes. Por otra parte, en el precepto citado, se prescribe la obligación de respetar en todo caso el uso de las servidumbres aparentes cuyo ejercicio indiscutible durante largo tiempo se estime que puede continuar sin perjuicio de la finca que lo padece. Asimismo, en la Ley 398 se regula la interrupción de la prescripción, admitiéndose como causas únicas de la misma, la reclamación judicial conforme a la Ley 40, y la formalización de un acto obstructivo o un ostensible signo prohibitivo.

En Cataluña⁴⁷, sin recurrir a las distinciones que se establecen entre las servidumbres como se hace en las Compilaciones anteriormente citadas, se prevé con carácter general en el art. 6 de la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad (LANISRV) la posibilidad de adquirir servidumbres por usucapión, exigiéndose en el art.11 del mencionado Texto legal la “posesión pública, pacífica e ininterrumpida en concepto de titular del derecho de servidumbre por un período de treinta años”, sin necesidad de título, ni buena fe, como se prescribe en el art.342 de la Compilación catalana.

Finalmente, también en el art.128 de la Ley del derecho civil foral del País Vasco se prevé, en este caso, junto al título y sin más especificaciones, la “prescripción de veinte años” como modo de adquisición de la servidumbre de paso. El legislador del País Vasco justifica la redacción del citado precepto en base a la necesidad de recoger de nuevo la adquisición de las servidumbres de paso (alargando ahora el antiguo

⁴⁷ Sobre el régimen de constitución de servidumbres por prescripción, recogido en la Compilación catalana, y su contraste con el contenido en el Código Civil, cfr. ARECHEDE-
RRA ARANZADI, op. cit., p.121 ss.

plazo foral de quince años, al de veinte propio del Código Civil), ante la omisión en la Compilación de Título dedicado en el Fuero de las prescripciones, omisión ésta que provocó a partir de 1959 el planteamiento de numerosos litigios en los que se denegaba la servidumbre sobre derechos de paso muy antiguos, precisamente a consecuencia de la imprescriptibilidad establecida para las servidumbres de paso prevista en el art.539 del Código Civil⁴⁸.

3. La falta de previsión legislativa en relación a la posible aplicación retroactiva o irretroactiva de la usucapión en materia de constitución de servidumbres de paso.

3.1. Planteamiento del problema a consecuencia de la inhibición legislativa.

Como ya se ha indicado, el legislador gallego establece en el segundo inciso del art.25 LDCG la posibilidad de que los particulares puedan adquirir por prescripción las servidumbres de paso, junto a otros posibles modos o formas de constitución reconocidos en la misma norma: ley, “dedicación del dueño del predio sirviente” y negocio jurídico bilateral⁴⁹.

Por lo que se refiere a los requisitos exigidos para poder adquirir las servidumbres de paso mediante prescripción, en el citado precepto se establecen como tales su “posesión pública, pacífica e ininterrumpida durante el plazo de veinte años”, añadiéndose a continuación, “que comenzará a contarse desde el momento en que empezase a ejercitarse”.

Nada se especifica, por tanto, en cuanto a que tal posesión lo debe de ser, siempre y por supuesto, en concepto de titular del derecho⁵⁰, puesto que, como es sabido y se viene declarando de forma reiterada por Juzgados y Tribunales, los actos posesorios ejercitados en virtud de licencia o

⁴⁸ Respecto a las cuestiones relativas a las servidumbres de paso en el Derecho civil vasco, vid. CELAYA IBARRA, *Curso de Derecho civil vasco*, 1998, p.161 ss.

⁴⁹ En relación a los mismos, remitimos a nuestros trabajos *Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres* cit., p.57 ss., y *La regulación de las servidumbres y serventías* cit., p.40 ss. Cfr., además, ampliamente, REBOLLEDO VARELA, *Los derechos reales en la Ley 4/1995* cit., p.143 ss., y bibliografía allí citada.

⁵⁰ Como acertadamente se matiza, por ejemplo, en el art.11 de la actual Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad (LANISRV) y en el art.1941 del CC.

por mera tolerancia del dueño o titular de la finca sirviente de que se trate, no sirven a efectos de usucapión⁵¹.

En cuanto al plazo prescriptivo, los redactores de la Ley 4/1995, optaron por establecer con carácter único el de veinte años, al igual que el legislador vasco, tomando en definitiva el propio del Código Civil español, señalado en el art.537 para las servidumbres continuas y aparentes⁵².

Cabe resaltar que el legislador gallego, como se ha dicho anteriormente, se preocupa por señalar al final del citado art.25 de la LDCG que el plazo de prescripción “comenzará a contarse desde el momento en que (la servidumbre) empezase a ejercitarse”, sin precisar nada en cuanto a su posible interrupción, que, por ejemplo, sí aparece regulada en la Ley 398 de la Compilación del derecho civil foral de Navarra.

En relación a la mencionada frase ya nos manifestamos en otros artículos⁵³, señalando que la misma nos parecía innecesaria por su obviedad. Dicha indicación, tal y como aparece formulada en el art.25 LDCG no haría más que confirmar algo, por lo demás, ya conocido y pacífico en la doctrina y jurisprudencia, en concreto, el encuadre sistemático de la servidumbre de paso en la categoría de las denominadas servidumbres positivas, para las que, como es sabido, por consistir en un hacer por parte del titular del fundo dominante, se establece a efectos de prescripción adquisitiva el inicio del cómputo del tiempo de posesión desde el momento en que esa situación (paso) comenzase a ejercitarse, frente a las denominadas servidumbres negativas, en las que la mencionada referencia temporal se

⁵¹ Cfr., a título de ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo, de fechas 20 de octubre de 1980 y 16 de noviembre de 1981. Para el requisito de la usucapión en concepto de titular del derecho que se usucape, vid. ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de bienes*, vol.I (7ªed.), 1991, p.180 ss.

⁵² Sin embargo, como ya se ha indicado *supra*, no se contempla la prescripción de largo tiempo o inmemorial, que sí aparece prevista en la Compilación del derecho civil de Aragón, y en la Compilación del derecho civil foral de Navarra. En opinión de REBOLLEDO VARELA, *Los derechos reales en la Ley 4/1995* cit., p.199 ss., “aunque no incluida en el art.25 ha de entenderse vigente esta forma de adquisición, de gran trascendencia teórica si se mantiene la irretroactividad de la Ley 4/1995 aunque en la realidad de los litigios en los que se alega su aplicación ha perdido gran parte de su antigua importancia y devenido casi inoperante”.

⁵³ *Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres* cit., p.62; *La regulación de las servidumbres y serventías* cit., p.51; *Inhibición legislativa y determinación jurisprudencial del derecho* cit., p.2 ss.

computa desde el “acto obstativo” realizado por el propietario del fundo sobre el que se pretende imponer el servicio⁵⁴.

En nuestra opinión, la aludida frase es evidente que cobraría pleno sentido y resultaría clarificadora cuando, como por ejemplo ocurre en el art.538 del Código Civil, o en la Ley 397 de la Compilación del derecho civil foral de Navarra⁵⁵, se alude contraponiendo distintos grupos o categorías de servidumbres cuyas características estructurales condicionan para las mismas un régimen jurídico diferente en cuanto a la determinación del *dies a quo* a efectos posesorios: distinción entre servidumbres positivas y negativas en el art.538 del Código Civil; distinción entre servidumbres positivas y negativas, y dentro de estas últimas, a su vez, entre negativas aparentes y no aparentes en la Ley 397 de la Compilación de derecho civil foral de Navarra.

Si tal contraposición entre distintos grupos o categorías de servidumbres no se produce, ni tampoco se establece una variación respecto al encuadre de la servidumbre a que se está haciendo referencia (servidumbre de paso) en un grupo o categoría distinta (servidumbres negativas) en el que hasta entonces se venía encuadrando (servidumbres positivas), que provoque la consiguiente alteración del régimen jurídico aplicado hasta

⁵⁴ Así lo han entendido, entre otros, y ésta es una opinión que compartimos: REBOLLEDO VARELA, *A nova regulación da servidume de paso* cit., p.190; ID., *Artículo 25 Ley de Dereito Civil de Galicia: el problema del derecho transitorio*, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, tomo 37, vol.1º, 1997, p. 265; DIAZ MARTINEZ, *Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996, Audiencia Provincial de Orense*, en Revista Jurídica Galega, núm.12, 1996, p.341 ss. En sentido contrario, cfr. MOURE MARIÑO, *Lei 4/1995, do 24 de maio de Dereito Civil de Galicia. Comentario o Titulo III: Dereitos reais*, en Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de maio), s.f., pero 1996, p.163 ss. Para una crítica a la posición doctrinal defendida por este autor, vid. DIAZ MARTINEZ, op. cit., p.340, y REBOLLEDO VARELA, *Artículo 25 Ley de Dereito Civil de Galicia* cit., loc.cit.

⁵⁵ Art. 538 Código Civil: “Para adquirir por prescripción las servidumbres a que se refiere el artículo anterior (servidumbres continuas y aparentes), el tiempo de posesión se contará: en las positivas, desde el día en que el dueño del predio dominante, o el que haya aprovechado la servidumbre, hubiera empezado a ejercerla sobre el predio sirviente; y en las negativas, desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre”. Ley 397 de la Compilación Navarra: “Las servidumbres se adquieren por la prescripción ordinaria de bienes inmuebles, o por la extraordinaria. El tiempo empezará a contar, en las servidumbres positivas, desde el primer acto de su ejercicio; en las negativas aparentes, desde la aparición de los signos de servidumbre, y en las negativas no aparentes, desde la prohibición formal del acto que la servidumbre impediría realizar”.

entonces para esa servidumbre en cuanto a la determinación del *dies a quo* a efectos posesorios (tomando entonces como referencia temporal a los efectos del inicio del cómputo del tiempo de posesión establecido para adquirir por prescripción dicha servidumbre de paso, no ya el momento desde el que el paso comenzó a ejercitarse, sino el momento en que se produjo el “acto obstativo” realizado por el propietario del fundo sobre el que se pretende imponer ese servicio)⁵⁶, como no sucede en el art.25 de la LDCG, la introducción en la Ley de la matización indicada pierde cualquier sentido y resulta totalmente innecesaria por su obviedad; es más, tal matización -que se ha pretendido justificar tanto doctrinalmente⁵⁷ como jurisprudencialmente⁵⁸ recurriendo al ordenamiento jurídico civil común, y más en concreto, al art. 538 del Código Civil, con cuya redacción en materia de servidumbres positivas se ha pretendido establecer un paralelismo entre este artículo y el 25 de la LDCG-, paradójicamente ha actuado como un elemento de confusión, prestándose a equívocos desde un punto de vista interpretativo, y ello, precisamente, porque en el mencionado Cuerpo normativo gallego no se explicita nada respecto a la posible aplicación con carácter retroactivo o irretroactivo de lo dispuesto en el precitado art.25 de la Ley 4/1995.

Efectivamente, a la previsión legislativa, entendida en el sentido de reconocer claramente la usucapión como posible forma de constitución de las servidumbres de paso no acompañó, sin embargo, la resolución de otro importante problema directamente conectado con el reconocimiento de la

⁵⁶ En términos parecidos a los aquí expuestos nos parece que se puede inscribir la ingeniosa solución ofrecida *de lege ferenda* por CASTRO PEREZ en el artículo al que nos referimos *supra*, con la finalidad de resolver el problema del reconocimiento de los antiguos servicios de paso, cuando señala que, lo ideal sería introducir una norma flexible y precisa que permitiese al dueño actuar cuando estimara gravoso el paso, sin reducir el margen de su posible tolerancia, proponiendo para ello “someter a las servidumbres de paso aparentes al régimen ordinario de la prescripción de veinte años, pero contando tal plazo no desde el día en que comienza a ejercitarse éste, sino como establece el art.538 del Código para las servidumbres negativas, a partir de un acto obstativo del propietario de la finca que soporta el paso”. Vid. *Adquisición por usucapión de las servidumbres de paso* cit., p. 543.

⁵⁷ En este sentido, por ejemplo, vid. DIAZ MARTINEZ, *Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996* cit., p.341, y recientemente, REBOLLEDO VARELA, *Los derechos reales en la Ley 4/1995* cit., p.207.

⁵⁸ Vid. al respecto las Sentencias del TSJG 15/98 y 16/98, a las que nos referiremos *infra*. Este criterio, como tendremos ocasión de señalar más adelante, se alterará en la sentencia 4/1999, en la que ya no se pretenderá justificar en los términos indicados la frase recogida en el inciso final del art.25 LDCG, procediéndose a calificarla abiertamente como una obviedad.

institución, cuyo planteamiento en el futuro necesariamente se produciría, como intuyó y puso de manifiesto la doctrina⁵⁹ y confirmó el desarrollo posterior de los acontecimientos: el relativo a la determinación de la posibilidad de aplicar la novedosa forma de constitución reconocida en el ámbito gallego (prescripción adquisitiva) con carácter irretroactivo o retroactivo, es decir, disponiendo que únicamente aprovecharían a los efectos de la adquisición de las servidumbres de paso por prescripción las situaciones posesorias -que lógicamente cumpliesen los demás requisitos establecidos por la Ley- a partir de la entrada en vigor del Cuerpo normativo, o bien, que también podrían ser alegadas y reconocidas con plenos efectos aquellas otras situaciones que, cumpliendo los requisitos señalados en el art.25 LDCG, se hubiesen venido ejercitando con anterioridad en el tiempo a la mencionada entrada en vigor de la Ley.

Dicho problema de derecho intertemporal, ciertamente previsible en una Comunidad como la gallega, en la que desde siempre todas las cuestiones relacionadas con la agricultura han presentado un carácter primordial, despertando la sensibilidad popular, y que también, desgraciadamente, en bastantes ocasiones, como demuestran los acontecimientos históricos, ha desatado pasiones incontroladas en la vida cotidiana, inconcebiblemente, no fue tomado en consideración por el legislador gallego al proceder a la redacción de la vigente LDCG, perdiendo incomprensiblemente la oportunidad histórica de actuar adelantándose a los acontecimientos, ofreciendo legislativamente la solución en cualquiera de los dos sentidos apuntados a la cuestión indicada, evitando, como sucedió, su planteamiento posterior.

La resolución legislativa del entonces en ciernes problema de la intertemporalidad en materia de prescripción adquisitiva de las servidumbres de paso se podría haber efectuado, como ya avanzamos en otro escrito⁶⁰, por la vía que parecía más simple, lógica y segura: la introducción en la Ley de una disposición transitoria específica -motivada, tanto por la especificidad y dificultad de la cuestión planteada, cuya problemática en el ámbito del ordenamiento común era sobradamente conocida, como por la novedad que suponía dicho reconocimiento de la prescripción adquisitiva en relación a las servidumbres de paso en el ordenamiento gallego, en el que hasta entonces había sido ignorada- en la que se previese la retroactividad o irretroactividad.

⁵⁹ Cfr. la referencia bibliográfica que aportábamos en la nt.2 de nuestro artículo *Inhibición legislativa y determinación jurisprudencial del derecho* cit., p.6.

⁶⁰ Vid. *La regulación de las servidumbres y serventías en la Ley 4/1995* cit., p.52.

En otras Compilaciones y Leyes civiles de diversas Comunidades Autónomas existían ejemplos de solución en uno y otro sentido, que perfectamente podrían haber sido tomadas de manera indicativa en consideración por el legislador gallego, lo cual, por los motivos que fuesen, no se hizo.

Así, por ejemplo, en la Disposición Transitoria cuarta de la Ley del derecho civil foral del País Vasco, en donde se establece un único plazo de veinte años para la prescripción adquisitiva de la servidumbre de paso, se prescribe expresamente que “la posesión de una servidumbre de paso comenzada antes de la vigencia de esta Ley, aprovechará al poseedor a efectos de su adquisición por prescripción”.

En la Compilación del derecho civil foral de Navarra, así como en la Compilación del derecho civil de Aragón, la cuestión se solventa a través de una doble vía. Por una parte, mediante el reconcimiento de la prescripción inmemorial o de largo tiempo (de forma específica para las servidumbres aparentes en Navarra (Ley 397 de la Compilación Navarra), y para las no aparentes susceptibles de posesión en Aragón (art.148 de la Compilación aragonesa). Por otra, a través del recurso a las Disposiciones Transitorias en el caso de aquellas otras servidumbres para las que no se prevé la prescripción inmemorial, o para las que previéndose dicha prescripción inmemorial se establece o reconoce también un plazo posesorio fijo. Para estas, como principio general respecto a las posibles situaciones intertemporales que se pudiesen plantear, se indica en la Disposición Transitoria primera de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de derecho civil foral de Navarra, que “El Derecho Civil de Navarra, reconocido en la presente Compilación, se aplicará a los actos otorgados y a las relaciones causadas con anterioridad a su promulgación; y no surtirán efecto en contra de la Compilación cuantas disposiciones legales o reglamentarias, civiles, administrativas o fiscales, así generales como forales, se opongan a la misma”; en la Disposición Transitoria cuarta de la actualmente vigente Ley 3/1985, de 21 de mayo, por la que se aprobó la Compilación del derecho civil de Aragón, se establece que “Las demás cuestiones de derecho intertemporal que puedan suscitarse en la aplicación de la presente Ley se resolverán aplicando los criterios que informan las disposiciones transitorias de la Compilación del derecho civil de Aragón de 8 de abril de 1967”, en cuya Disposición Transitoria décima se señalaba textualmente en materia de servidumbres: “en la aplicación de las modificaciones introducidas en el régimen de usucapión de servidum-

bres (arts.147 y 148) el término se contará a partir del día de su entrada en vigor”.

Frente a lo señalado para otras Comunidades Autónomas, los redactores de la LDCG, únicamente se limitaron a introducir en dicho Cuerpo normativo una críptica Disposición Transitoria cuarta, a modo de “cajón de sastre”, con la loable finalidad de poder resolver -sin excesivas garantías, como veremos más adelante- todos aquellos problemas de derecho intertemporal que, como el señalado, no se encontrasen específicamente solucionados en ninguna de las otras tres Disposiciones Transitorias anteriores, referidas a cuestiones concretas, relativas a los contratos de arrendamientos rústicos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, a los arrendamientos rústicos históricos y a las aparcerías⁶¹.

La que, no sin cierto rubor y con las reservas oportunas, cabría calificar como “negligencia legislativa”, supuso la necesaria remisión y resolución del complicado problema que ahora nos ocupa a los órganos jurisdiccionales. La falta de previsión legislativa provocó entonces un ya vaticinado incremento de la litigiosidad.

En este sentido, la capacidad litigiosa de los particulares gallegos resultó a todas luces desbordante. Así, por ejemplo, al margen del concreto problema a que nos estamos refiriendo, pero también en materia de derecho intertemporal y con carácter general, asombrosamente, en no pocas oca-

⁶¹ Disposición Transitoria cuarta LDCG: “Los demás problemas de derecho intertemporal que se susciten a causa de la entrada en vigor de esta Ley se resolverán de conformidad con los principios que informan las disposiciones transitorias del Código Civil”. Dicha Disposición transitoria reproduce literalmente la que se corresponde con la primera 4 de la Proposición de Ley sobre el derecho civil de Galicia, que, a su vez, transcribía la que con el ordinal cuarto se contenía en el Trabajo presentado por algunos miembros de la extinta Comisión Parlamentaria no permanente de derecho civil de Galicia. Es de señalar que la redacción de la citada Disposición Transitoria cuarta de la vigente LDCG, varía con respecto a la de la Disposición Transitoria quinta de la anterior Ley 7/1987 de la Compilación de derecho civil de Galicia, en la que la remisión a los efectos de resolución de los “demás problemas de derecho intertemporal” que se suscitasen se hacía no ya, como actualmente se prevé, a “los principios que informan las disposiciones transitorias del Código civil”, sino directamente a las disposiciones transitorias del citado cuerpo normativo. En relación a la Disposición Transitoria cuarta de la LDCG, vid. COLINA GAREA, *Disposición Transitoria cuarta de la LDCG*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo 37, vol 2º, 1997, p.1417 ss., y, en especial, por lo que se refiere a la aplicación de esta norma, p.1435 ss.

siones, primero llegó a cuestionarse la posible aplicación retroactiva de los preceptos contenidos en la LDCG a pleitos incoados con fecha anterior a la entrada en vigor de la misma (6 de septiembre de 1995)⁶².

Seguidamente, tras la entrada en vigor de la Ley, a consecuencia de la señalada falta de previsión legislativa, comenzó a plantearse ante los diversos órganos jurisdiccionales del ámbito gallego el anunciado problema relativo a la posible aplicación retroactiva o irretroactiva del art.25 LDCG en materia de constitución de servidumbres de paso por prescripción adquisitiva.

Hasta cierto punto puede resultar extraño que, durante el *iter* temporal que discurre desde el momento en que se iniciaron los primeros pleitos tramitados con este contenido ante los diversos Juzgados de Primera Instancia, pasando por el conocimiento en apelación de los mismos a través de las respectivas Audiencias, hasta llegar al momento en que fueron dictadas en casación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia las dos primeras sentencias 15/1998 y 16/1998, con fecha de 24 de septiembre, ninguno de los diversos grupos políticos gallegos con representación en el Parlamento de Galicia interviniese tomando la iniciativa con la finalidad de instar a la resolución del mencionado problema, en un momento en el que el mismo ya se encontraba planteado de forma efectiva ante los Tribunales de Justicia, esperando a que fuesen los propios órganos jurisdiccionales los que procediesen a su resolución. En esta ocasión, tampoco se acudió al mecanismo previsto en la Disposición Adicional segunda de la Ley 4/1995, en la que literalmente se prescribe que “cada cinco años, *como máximo* (desde el momento de la entrada en vigor de la Ley, se entiende), sin perjuicio de la iniciativa parlamentaria correspondiente, la Mesa del Parlamento de Galicia designará una Ponencia, integrada por miembros de los diversos grupos parlamentarios de la Cámara, a fin de elaborar un informe comprensivo de las dificultades y dudas que se adviertan en la aplicación de los preceptos de la presente Ley y de aquellas normas que se estimen necesarias para la conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho civil propio de Galicia”⁶³.

⁶² Para esta cuestión remitimos a lo señalado en *Inhibición legislativa y determinación jurisprudencial del derecho* cit., p.2 y nt.6.

⁶³ A tal posibilidad hicimos referencia en *Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres y serventías* cit., p.72.

Desgraciadamente, ni hubo iniciativas parlamentarias, ni la Mesa del Parlamento de Galicia tampoco procedió a designar Ponencia alguna que, tras el correspondiente estudio del problema planteado, propusiese a la Cámara la introducción en la Ley de una norma específica y clara que ayudase a resolverlo. Así, tratándose en puridad de una cuestión de política legislativa, su resolución se remitió a la vía jurisdiccional.

3.2. La resolución jurisprudencial del problema a través de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) 15/98, 16/98 y 4/99.

Con fecha de 24 de septiembre de 1998, fueron dictadas en casación por la Sala de lo Civil y Penal del TSJG, dos históricas sentencias en las que por primera vez el Alto Tribunal analizaba y resolvía la cuestión que nos ocupa, pronunciándose por la aplicación irretroactiva de lo dispuesto en el art.25 LDCG en materia de constitución de servidumbres de paso por prescripción adquisitiva.

Ambas sentencias encuentran su cauce en sendos recursos de casación -15/98 y 16/98- interpuestos ante el TSJG al amparo de lo dispuesto en el apartado 1º del art.2 de la Ley 11/1993, de 15 de julio, del Parlamento gallego, reguladora del recurso de casación en materia de Derecho civil especial de Galicia, que se asientan en un único motivo, en el que se denuncia infracción por aplicación indebida del art.25 de la LDCG, por entender los recurrentes que tal precepto normativo, frente a los términos en que se recogen los pronunciamientos de los respectivos Juzgados -siguiendo la línea jurisprudencial unitaria mantenida por todas las demás Audiencias Provinciales de Galicia⁶⁴, en el sentido de entender que no se puede estimar la aplicación retroactiva de la Ley sin que haya una declaración explícita al respecto por parte del legislador-, contendría un pronunciamiento expreso de retroactividad, debiéndose por tal circunstancia y en consecuencia haber computado entre los requisitos legalmente establecidos por el citado art.25 a los efectos de adquisición de la servidumbre de

⁶⁴ Incluida la Audiencia Provincial de Ourense, que inicialmente había sostenido el criterio contrario (retroactividad) en su sentencia de 19 de marzo de 1996 (Ponente Sr.Cristín Pérez), en la que, además, se afirmaba la posibilidad de aplicar retroactivamente la LDCG a la cuestión debatida en el pleito e incoada antes de su entrada en vigor. Para esta sentencia, vid. DIAZ MARTINEZ, *Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996 cit.*, p.337 ss. La mencionada Audiencia Provincial modificó dicho criterio con posterioridad por sentencia dictada con fecha de 10 de marzo de 1997.

paso por usucapión también el tiempo de posesión del paso ejercitado con anterioridad a la entrada en vigor de la mencionada LDCG.

A tal conclusión llegan los recurrentes invocando en ambos recursos una interpretación gramatical del precepto, argumentando al respecto que en la frase final del artículo, en la que respecto al plazo de tiempo posesorio a efectos de usucapión de las servidumbres se indica que “comenzará a contarse desde el momento en que hubiese empezado a ejercitarse”, se contendría un pronunciamiento expreso a favor de la retroactividad, una norma de derecho transitorio, refiriendo aquella frase de forma extensiva a partir de la alusión que en relación a un tiempo pasado se contiene en su última parte -”...desde el momento en que empezase a ejercitarse”- a posibles situaciones posesorias ocurridas no sólo desde, sino también con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

En su razonamiento interpretativo la Sala de lo Civil y Penal del TSJG recurre directamente en su sentencia 15/98, en aplicación de lo dispuesto en el art.4.3 del Código Civil, al art.2.3 del mismo cuerpo normativo -en el que, como es sabido, se señala que “las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusiesen lo contrario”-, que se califica como la norma interpretativa básica que preside el ordenamiento jurídico en materia de derecho intertemporal y que debe prevalecer a modo de presunción *iuris tantum* en los casos dudosos o de no constancia inequívoca de retroactividad de la ley nueva.

Desde esta óptica predeterminada la Sala, tras rechazar la suficiencia del elemento gramatical o literal para sustentar la tesis de los recurrentes a favor de la retroactividad, procede seguidamente, según se indica en la sentencia 16/98, a interpretar lo dispuesto en el art.25 LDCG, acudiendo a los demás elementos interpretativos que proporciona el art.3.1 del Código Civil, inclinándose -con una interpretación restrictiva en defensa de la seguridad jurídica- en sus dos sentencias, a nuestro juicio acertadamente en su resultado final, a favor de la irretroactividad.

Después de efectuar el correspondiente análisis del art.25 LDCG, la Sala de lo Civil y Penal, concluye en su sentencia 16/98 que “no resulta posible admitir el carácter retroactivo de la citada norma” (*sic*), y que “no se puede hacer una interpretación inequívoca del precepto que conduzca a una aplicación retroactiva de la norma” (*sic*), en su sentencia 15/98, procediendo entonces a examinar la cuestión planteada -cuando en realidad

tal cuestión ya parece quedar definitivamente resuelta- en la sentencia 15/98 desde los principios que informan las Disposiciones Transitorias del Código Civil a los que remite la ya mencionada Disposición Transitoria cuarta de la LDCG a falta de Disposición Transitoria específica tanto en la Ley como en el Código, considerando inaplicable directamente el art.1939 del Código Civil; y en la sentencia 16/98, desde la óptica del art.1939 del Código Civil y de la Disposición Transitoria primera (inciso segundo) del citado Cuerpo normativo -también aplicada con finalidad interpretativa en la sentencia 15/98-, normas éstas a las que se refieren los recurrentes en su escrito de formalización de su recurso de casación, con fundamento en la ya mencionada Disposición Transitoria cuarta de la LDCG, obteniéndose en ambas sentencias la misma solución: irretroactividad de lo dispuesto en el inciso final del art.25 LDCG.

Tal disparidad de criterios utilizados por la Sala en sus dos primeras sentencias dictadas en casación con la misma fecha -15/98 y 16/98- en cuanto a la aplicación de los mencionados principios informadores de las Disposiciones Transitorias del Código Civil con la finalidad de poder resolver el problema debatido, así como el *iter* interpretativo seguido en ambas resoluciones, que en su momento calificábamos como enrevesado y laberíntico, a nuestro juicio, vuelven a poner de manifiesto las especiales complicaciones con que, en el caso en cuestión, se encontraron los Magistrados del Alto Tribunal para poder resolver con un razonamiento coherente y lógico, desde el propio ordenamiento gallego, el dilema planteado y no resuelto previamente, como hubiese sido lo deseable, a consecuencia de la inhibición del propio legislador gallego⁶⁵.

Con posterioridad a las dos primeras resoluciones casacionales referidas, la Sala de lo Civil y Penal del TSJG volvería a pronunciarse sobre dicha cuestión, en otra sentencia posterior -la tercera cronológicamente en el tiempo-, dictada con fecha de 2 de marzo de 1999, conociendo y resolviendo el recurso de casación nº4/99.

⁶⁵ En relación a la interpretación del art.25 LDCG, efectuada en las dos sentencias indicadas por la Sala, así como la determinación realizada por el Tribunal de los principios informadores de las Disposiciones Transitorias del Código Civil, y otras precisiones relativas a la seguridad jurídica e irretroactividad que se contienen en ambas resoluciones casacionales, remitimos más ampliamente a nuestro artículo *Inhibición legislativa y determinación jurisprudencial del derecho* cit., p.3 ss.

En nuestra opinión, en la mencionada sentencia 4/99 -a la que dedicamos nuestra atención por considerarla de especial importancia en la materia que nos ocupa-, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. Presidente del Alto Tribunal, D. José Ramón Vázquez Sandes, se procede a clarificar definitivamente el problema, resolviendo las posibles dudas que racionalmente sugería la lectura detenida de las dos anteriores resoluciones dictadas por la misma Sala -15/98 y 16/98-, no sin cierta dificultad, a consecuencia de los motivos indicados *supra*.

El recurso planteado en el presente caso se asentaba en dos motivos en los que, al amparo del art.1962, 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denunciaban por la parte recurrente, respectivamente, infracción por inaplicación e interpretación errónea del art.25 LDCG en relación con la Disposición Transitoria cuarta de la misma Ley y la Disposición Transitoria primera del Código Civil, e infracción por inaplicación del art.1 de la Ley 4/1995, en relación con los arts.2 y 3 de la misma norma y su Título preliminar, que reconoce los usos y costumbres como primera fuente del Derecho.

La Sala procede a examinar en primer lugar el segundo de los motivos alegados por la recurrente, que resuelve en sentido desestimatorio por entender que dicha parte se limita a circunscribir su recurso con carácter genérico a unas normas que son programáticas o informadoras de todas y cada una de las que integran el ordenamiento jurídico-civil gallego, y no ya, como debería, a normas sustantivas definidoras de derechos, según viene declarando reiteradamente el Tribunal Supremo, especificando entre dichas normas, en el supuesto particular de que se trata, los usos y costumbres que se consideran vulnerados.

Por otra parte, el Alto Tribunal resalta el contrasentido que supone invocar genéricamente unos usos y costumbres sin realizar ninguna determinación más respecto a los mismos, y pretender incardinarlos con el mecanismo de la retroactividad de la norma -refiriéndose, aunque no se indique al polémico inciso segundo del art.25 LDCG-, respecto de la que se subraya -precisión ésta que consideramos fundamental en la materia que nos ocupa- que por sí misma está hablando de nuevo establecimiento en virtud de la competencia legislativa que constitucional y estatutariamente corresponde al Parlamento de Galicia.

No se trataría, por tanto, del reconocimiento legislativo de una supuesta antigua y arraigada práctica consuetudinaria gallega, según ha venido

defendiendo un sector de juristas gallegos, y ello porque, como precisa una vez más la propia Sala de forma clara y terminante -evocando su sentencia ya referida *supra*, dictada con fecha de 25 de enero de 1995-, “nunca en esta tierra, hasta la Ley 4/1995, se adquirió por prescripción de veinte años la servidumbre de paso, siendo su régimen (anterior a dicho Cuerpo normativo) el de las Partidas y, después, el del Código Civil sin base consuetudinaria propia”, motivo por el cual, “huelga aquí toda referencia al origen consuetudinario del Derecho civil gallego” (Fundamento Jurídico Segundo).

Particular interés para el tema que nos ocupa presentan las atinadas consideraciones que el Alto Tribunal realiza en torno al primero de los motivos en que el recurrente fundamenta su recurso, que, a los efectos de su examen, la Sala desglosa en dos cuestiones: por una parte, la invocación que en sentido tajante realiza la recurrente en relación al ejercicio posesorio como productor en el tiempo de la respectiva servidumbre; por otra, la de la, en opinión de la mencionada parte, retroactividad de la LDCG en su art.25.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones señaladas, la Sala de lo Civil y Penal del TSJG procede a recordar los diversos elementos que necesariamente -sin que se puedan presumir, ni considerar que se dan directamente por supuestos por el mero hecho de ser alegados- deben conformar el hecho posesorio con la finalidad de que aquél pueda resultar apto a los efectos de producir, junto con su permanencia durante el tiempo establecido por la Ley -veinte años-, la adquisición del derecho de servidumbre, destacando especialmente entre los mismos la intencionalidad del acto posesorio y la utilidad o beneficio que debe reportar el ejercicio.

La segunda de las cuestiones planteadas en el primero de los motivos invocados en casación por la parte recurrente ocupa la atención preferente de la Sala, que dedica al exámen de la misma los fundamentos jurídicos cuarto, quinto y sexto de su resolución.

Aun cuando la propia Sala en principio se remita a sus dos primeras sentencias, dictadas con fecha de 24 de septiembre de 1998, anteriormente comentadas, dando por reproducidos los términos que en las mismas se contienen y la solución que en ellas se alcanza -irretroactividad del art.25 LDCG-, en la sentencia 4/99 realiza, como hemos tenido ocasión de señalar, una serie de precisiones importantes en relación a la cuestión que se plantea, que, a nuestro juicio, clarifican definitivamente el problema.

En primer lugar, reiterando que el legislador del Derecho civil de Galicia ha introducido en el ámbito gallego un nuevo modo de adquirir la servidumbre de paso -"sin ninguna explicación" en relación a su aplicación retroactiva o irretroactiva- que el Código Civil proscibía en su art.539, salvando a través de su Disposición Transitoria Primera la prescripción inmemorial que la legislación anterior a él permitía, considera que la tan debatida parte final del art.25 LDCG, "es una obviedad por referirse a la esencia de este modo de adquirir que el art.1960 del Código Civil clarifica indirectamente".

Dicha consideración, como se puede comprobar, introduce un criterio distinto y mucho más ajustado a la realidad de valoración de la norma respecto al utilizado en las sentencias anteriores 15/98 y 16/98, en las que, según indicamos, la Sala intentaba justificar la mencionada frase final recogida en el art.25 LDCG, estableciendo para ello un paralelismo entre el artículo señalado y el 538 del Código Civil.

Por otra parte, la circunstancia de que el legislador gallego no haya establecido ninguna previsión en relación a la posible retroactividad de la norma conduce al Alto Tribunal "directamente al art.2.3 citado (del Código Civil) y, al mismo, a través de la Disposición Transitoria cuarta de la Ley 4/1995, en relación con la enunciativa de las correspondientes del Código Civil y con la primera que las encabeza".

Nuevamente se puede constatar, por tanto, una variación en relación al criterio seguido por el Tribunal en esta sentencia 4/99 frente al utilizado en sus dos resoluciones anteriores en la materia, siendo el *iter* interpretativo ahora adoptado mucho más sencillo y claro: Disposición Transitoria cuarta de la LDCG, que remitiría a los principios informadores de las Disposiciones Transitorias del Código Civil, y, dentro de éstos, a la enunciativa de las mismas y Primera que las encabeza, para llegar, finalmente, a la aplicación de lo dispuesto en el art.2.3 del citado Código Civil⁶⁶.

⁶⁶ No sin ciertas dudas, el *iter* interpretativo que sugeríamos en *Inhibición legislativa y determinación jurisprudencial del derecho* cit., p.6 nt.10, con la finalidad de poder resolver la cuestión de derecho intertemporal, se concretaba en un camino más sencillo que el seguido en las sentencias 15/98 y 16/98 del TSJG: el recurso directo a la Disposición Transitoria cuarta de la LDCG, antes que acudir previamente a una interpretación del art.25 LDCG, por entender que el citado precepto, tanto por su situación en la Ley, como por su contenido, no se podía calificar como norma de derecho intertemporal.

Despejando cualquier posible duda que pudiera surgir, la Sala recuerda con insistencia que el Código Civil, con independencia de la posibilidad de adquirir la servidumbre de paso por prescripción inmemorial al amparo de lo dispuesto en las Partidas, únicamente permitía la adquisición de aquel derecho real en virtud de título (arts. 539 y 541), atribuyendo al ejercitante del simple hecho posesorio o de tener el “derecho a ser respetado frente a la fuerza despojante”, sin que quepa transformar lo “inocuo” -el indicado ejercicio de hecho asentado en una mera tenencia de hecho o en una mera posesión tolerada para cuya interrupción ni siquiera resultaba necesaria la interposición de una acción negatoria, porque no existía derecho que se pudiese atribuir mediante aquellos actos- en “derecho inesperado”.

Asimismo, en relación a los principios contenidos en la Disposición Transitoria primera del Código Civil -respecto de la que procede a aclarar el que califica como “dificultoso” inciso final (“derecho adquirido de igual origen”) contenido en la misma-, el Alto Tribunal indica claramente que los principios contenidos en dicha Disposición Transitoria tampoco se pueden tomar como referente para atribuir al simple hecho de tener consecuencias que, como se ha señalado, no ha tenido nunca, concluyendo tras realizar el correspondiente análisis de las citadas normas la irretroactividad del art.25 LDCG⁶⁷.

Con las históricas sentencias dictadas en casación por la Sala de lo Civil y Penal del TSJG se resolvió, por tanto, definitivamente, de forma adecuada y satisfactoria el grave problema planteado en relación a la determinación de la posible aplicación con carácter retroactivo o irretroactivo de lo dispuesto en el art.25 LDCG en materia de constitución de servidumbres de paso por prescripción adquisitiva.

De esta forma, a través de la interpretación jurisprudencial, se ha cerrado un período de incertezas y dudas provocado por una inexcusable falta de previsión legislativa, poniéndose de manifiesto que, también en aque-

⁶⁷ Para un análisis más completo de las cuestiones contempladas en esta importante y clarificadora sentencia 4/99, dictada por el TSJG, remitimos al comentario que realizamos recientemente bajo el título *Apostillas a la declaración jurisprudencial de irretroactividad en materia de constitución por usucapión de las servidumbres de paso en Galicia (Comentario a la STSXG nº4/99, de 2 de marzo de 1999)*, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº3, 1999, p.691 ss.

llos ordenamientos que responden a un modelo de derecho de tipo legal, la labor desarrollada por la jurisprudencia, tanto a través de las decisiones judiciales como de las formulaciones realizadas por la doctrina científica, no se limita a la mera aplicación mecánica de la normativa contenida en los textos, sino que, en determinadas ocasiones, también se concreta claramente en una importante actividad creadora del derecho, desarrollando el ordenamiento jurídico, sobre todo, cuando, como ha ocurrido en el caso gallego aquí expuesto, el propio ordenamiento, incomprensiblemente, no ofrezca soluciones legislativas a problemas concretos cuyo planteamiento resulte ciertamente previsible.

El fenómeno jurídico descrito, cuyo interés e implicaciones en la ciencia del derecho son evidentes, no es nuevo en la historia, ni tampoco se puede decir que presente un carácter particular o restringido.

En este sentido, cabe señalar que, frente al momento temporal en que por obra del movimiento codificador se produjo, a lo largo del siglo XIX, la identificación del derecho con la normatividad establecida por el Estado a través de la legislación, rompiendo con la concepción jurisprudencial que el *ius commune* había introducido en la cultura jurídica europea al asignar a la actividad jurisprudencial una función meramente declarativa, negándole todo valor creativo en el plano de la normatividad, actualmente se puede constatar como dato cierto el hecho de que la realidad normativa tiende a presentarse en los actuales sistemas jurídicos continentales en la forma que reviste la interpretación jurisprudencial de la legalidad -ahora no necesaria ni exclusivamente identificada con los cuerpos normativos codificados, como demuestra la vertiginosa dinámica a que se encuentra sometida la realidad social moderna-, tanto a través de las decisiones judiciales como de las formulaciones realizadas al respecto por la doctrina científica⁶⁸.

A nuestro juicio, la todavía breve pero, a la vez, ciertamente intensa realidad jurídica gallega⁶⁹ así lo está demostrando.

⁶⁸ PARICIO-FERNANDEZ BARREIRO, *Historia del Derecho Romano y su recepción europea*, 2ª ed. revis., 1997, p.285 ss.

⁶⁹ Con la expresión “realidad jurídica gallega” pretendemos referirnos a la amplia y rica problemática que, dentro del ámbito del Derecho, se ha planteado en la Comunidad gallega a partir y a consecuencia de la promulgación de la Ley 4/1995 de Derecho civil de Galicia, en la que, como es sabido, se establece el marco normativo referencial del ordenamiento jurídico-civil gallego, a cuyo desarrollo se está procediendo, y respecto del que aquélla

Se ha señalado por la doctrina que la LDCG, en la que, como ya se ha indicado, se establece el marco referencial del actual ordenamiento jurídico-civil gallego, no es una norma perfecta y completa, sino que presenta notables carencias e importantes imperfecciones que resulta preciso completar y corregir; también se hace necesario desarrollar ese derecho propio al hilo de las nuevas necesidades que día a día va demandando la sociedad gallega.

Hasta el momento presente, el legislador gallego, aun siendo consciente de las dificultades y dudas -ciertamente existentes- advertidas en la aplicación de los preceptos de la presente Ley 4/1995, no ha tomado la iniciativa, como quizá hubiera sido lo deseable, con la finalidad de proceder a resolver los problemas que, como el tratado en este estudio, afectan a las instituciones que conforman su propio derecho. Ha preferido, eso sí, esperar a que se cumpliese el plazo máximo de cinco años, establecido con carácter meramente indicativo en la Disposición Adicional segunda de la Ley, para proceder a designar la Ponencia correspondiente -actualmente en trámite- con la finalidad de que la misma elabore un informe de las no pocas dificultades y dudas indicadas que se hayan podido advertir.

Esta falta de actividad legislativa contrasta con la actividad que han venido desarrollando los órganos jurisdiccionales que actúan en el ámbito de la Comunidad gallega, y, en especial, con la realizada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia a través de sus sentencias dictadas en casación en materia de Derecho civil gallego.

En nuestra opinión, se puede sostener que, con carácter general, a través de la jurisprudencia sentada por el Alto Tribunal, no sólo se ha venido interpretando e integrando el Derecho gallego -como se prescribe en el art.2.2 de la LDCG-, sino que, también, con su actuación -mediante la resolución de determinadas cuestiones planteadas en el ámbito jurídico gallego que no han sido previstas ni resueltas legislativamente- se ha procedido a

actúa como punto de referencia fundamental. Para una visión crítica del denominado "Derecho foral gallego", cfr. OTERO VARELA, *Sobre la Compilación del Derecho foral gallego*, en AHDE, tomo XXXV, 1965, p.553 ss. Vid. también, del mismo autor, en relación a la vigente LDCG: *Jurisprudencia bromeando en serio*, en Dereito, vol. núm.1, 1998, p.155 ss. Cfr., además, la reciente obra de RODRIGUEZ ENNES titulada *Aproximación a la Historia jurídica de Galicia*, 1999,

su desarrollo, asumiendo de esta forma el mencionado órgano jurisdiccional una función propiamente creativa, atribuida, en principio, con carácter exclusivo al propio legislador⁷⁰.

De esta forma y en este contexto, la labor desarrollada por la jurisprudencia -entendiendo el término transcrito en su significado más amplio, es decir, como comprensivo no sólo de las decisiones judiciales, sino también de las formulaciones realizadas doctrinalmente⁷¹- vuelve a cobrar, aun inconscientemente, la importancia que, en un tiempo pasado y lejano, tuvo en la cultura jurídica europea, contribuyendo por aquel entonces a la creación y desarrollo de un derecho común en la Edad Media, y, a partir de éste, a la del derecho propio de las distintas entidades nacionales que se formaron posteriormente⁷².

⁷⁰ A nuestro juicio, resulta perfectamente factible apreciar esta posibilidad en la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJG, con fecha de 24 de junio de 1997. En dicha resolución, partiendo de la no necesaria vinculación con carácter exclusivo de la serventía al “agra” o “vilar”, desde un punto de vista meramente práctico se reconoce -no ya normativamente, sino jurisprudencialmente- la posibilidad de que los particulares que deseen establecer voluntariamente determinados servicios de paso a favor de sus predios, con independencia de que los mismos se encuentren encuadrados en un “agro”, puedan optar para conseguir tal finalidad, indistinta y alternativamente, o bien por constituir una servidumbre de paso, o bien -y aquí se encontraría la novedad- por establecer una serventía, debiendo en este último caso ceder de forma voluntaria y consensuada cada uno de los propietarios una parte de terreno de su finca particular para establecer el camino serventío. Vid. nuestro trabajo *Precisiones históricas y jurisprudenciales en materia de serventías: comentario a la STSJ GALICIA de 24 de junio de 1997*, en Revista Xurídica Galega, núm.16, 1997, p.305 s.

⁷¹ La influencia de la doctrina en todas aquellas situaciones en las que un ordenamiento jurídico no es claro o presenta lagunas, resulta evidente. En nuestro caso se puede constatar perfectamente esta circunstancia a través de la lectura de las diversas sentencias dictadas por el TSJG en la materia que nos ocupa. Véase, por poner un ejemplo, en las resoluciones casacionales analizadas, 15/98 y 16/98, la justificación que el Tribunal realiza de la frase contenida en el inciso final del art.25 LDCG, y compárese con determinados planteamientos doctrinales formulados con anterioridad por un sector de la doctrina.

⁷² Cfr. FERNANDEZ BARREIRO, *Derecho Común y Derechos nacionales en la tradición jurídica europea. (Discurso leído el día 9 de noviembre de 1990, en la solemne sesión de ingreso en la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación)*, 1991; ID., *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*, 1992. Para esta última obra vid. nuestra Recensión a la misma, publicada en IVRA (Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico), vol.43, 1992 (Pubbl.1995), p.169 ss. Vid., asimismo, BELLOMO, *La Europa del Derecho Común*, 1996. Tal monografía tuvimos ocasión de recensionarla en el Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm.2, 1998, p.799 ss.

Todas estas circunstancias que se manifiestan en la realidad jurídica gallega actual dan lugar a que el concreto y apasionante momento histórico en que nos encontramos presente indiscutiblemente un especial interés, aparte de en otras esferas, dentro del ámbito del análisis de la creación y desarrollo del Derecho.

4. La declaración jurisprudencial de irretroactividad de la usucapion en materia de constitución de servidumbres de paso.

4.1. Efectos prácticos derivados de la aplicación irretroactiva de lo dispuesto en el art.25 LDCG en materia de constitución de servidumbres de paso por usucapión.

El hecho de que el TSJG se haya pronunciado en las sentencias analizadas *supra*, resolviendo el problema planteado en el ámbito jurídico-civil gallego en el sentido de decantarse a favor de la aplicación irretroactiva de lo dispuesto en el art.25 LDCG en materia de constitución de servidumbres de paso por usucapión -a nuestro juicio, volvemos a reiterar, acertadamente-, ha provocado el efecto justamente contrario al que, presuntamente, parece que respondió el reconocimiento realizado por el legislador gallego de la prescripción adquisitiva para tales derechos reales, cuya intención, como ya se indicó, se concretaría en la finalidad, según se decía -expresada en la Exposición de motivos del Trabajo presentado por algunos miembros de una extinta Comisión Parlamentaria no permanente de Derecho civil de Galicia, que sirvió en esta materia como base para la redacción del citado art.25 LDCG- de dar fijeza a la constitución de un gran número de servicios y accesos a las fincas, establecidos a lo largo del tiempo y que de hecho estuvieron operando como “servidumbres de paso”, preservando los mismos.

La declaración jurisprudencial de irretroactividad, desde un punto de vista práctico, supone que únicamente puedan aprovechar a los efectos de adquisición por prescripción aquellas situaciones posesorias de servidumbres de paso comenzadas a partir de la entrada en vigor de la Ley 4/1995, y diluye en la nada la supuesta intención del legislador gallego, precisamente por no haber dotado éste en su momento al precepto en cuestión -en el que dicho legislador, al reconocer la usucapión, parecía hacerse eco de la demanda formulada por un sector de juristas gallegos- de los correspondientes efectos retroactivos.

4.2. Actuales propuestas de solución que han sido formuladas por un sector de la doctrina gallega para la corrección de dichos efectos.

El efecto descrito -repercusión práctica diferida con bastante amplitud en el tiempo de la posibilidad legal de adquirir con los requisitos establecidos por la Ley la servidumbre de paso por usucapión, o, lo que es igual, imposibilidad de alegar con éxito la adquisición por usucapión de la servidumbre, a tenor de lo dispuesto en el art.25 LDCG, hasta y a partir del 6 de septiembre del año 2015, fecha ésta en que se cumplen los veinte años exigidos desde la promulgación de la norma-, ha vuelto a provocar en nuestro tiempo una reacción -que, por lo demás, no es novedosa- de ciertos sectores de la doctrina gallega, preocupados, según manifiestan, por encontrar soluciones que “ante el amplio período de derecho transitorio impuesto por la Ley 4/1995” permitan “solventar el problema ancestral de la servidumbre de paso en Galicia”⁷³, y que, de forma “relativa y temporal”, faciliten para estos primeros veinte años un mayor número de “posibilidades en favor del reconocimiento de las servidumbres”⁷⁴.

Desde su consideración en términos generales, el fenómeno del planteamiento de la cuestión que ahora nos ocupa, como se acaba de señalar, no es novedoso, puesto que, según indicamos *supra*, tal cuestión, paradójicamente, ya se formuló por un sector de la doctrina gallega en el pasado, y ahora parece repetirse prácticamente en los mismos términos, haciéndose presente la vieja pregunta: ¿qué es lo que ocurrirá con tantas servidumbres como cruzan el agro gallego, el día que sus poseedores no puedan demostrar su título, ni probar su ejercicio anterior a la vigencia del Código Civil?.

El contexto en que actualmente se formula la pregunta es evidente que ha variado: ahora nos encontramos con la posibilidad reconocida legalmente en el ordenamiento jurídico-civil gallego de adquirir la servidumbre de paso por usucapión, lo que antes no ocurría.

No obstante, las posibles soluciones que ahora se ofrecen para dar respuesta a la cuestión planteada por el sector doctrinal referido vuelven a enmarcarse, al igual que sucedía en el pasado, en una de las que denominábamos como dos posibles vías utilizables, en este caso la

⁷³ REBOLLEDO VARELA, *Los derechos reales en la Ley 4/1995* cit., p.229.

⁷⁴ DIAZ FUENTES, *Derecho Civil de Galicia* cit., p.113.

jurisdiccional, pero con una matización al respecto: antes también se venía solicitando una intervención por parte de los órganos legislativos -esa era la otra posible vía de actuación- en el sentido de proceder al reconocimiento de la figura o institución correspondiente (prescripción adquisitiva en sus diversas formas); ahora parece excluirse dicha vía legislativa, quizá por suponer que la misma habría quedado agotada con el demandado reconocimiento de la usucapión, recurriendo exclusivamente a la vía jurisdiccional ante la supuesta ineficacia del reconocimiento de la usucapión, al ser establecida sin la consiguiente previsión legislativa de retroactividad y con la consabida declaración jurisprudencial expresa de retroactividad.

Entre las propuestas de solución formuladas en nuestros días por un sector de la doctrina gallega con la finalidad, según se dice, de procurar corregir los efectos derivados de la aludida declaración jurisprudencial de irretroactividad de lo dispuesto en el art.25 LDCG en materia de adquisición de las servidumbres de paso por usucapión, cabe destacar las aportadas al respecto por Díaz Fuentes⁷⁵ y Rebolledo Varela⁷⁶.

El primero de los autores citados, adelantándose en el tiempo a los acontecimientos ocurridos con posterioridad y dando por supuesta con evidente acierto la declaración jurisdiccional de irretroactividad -la cuestión relativa a la aplicación retroactiva o irretroactiva del art.25 LDCG, en el momento en que escribía, se encontraba planteada pero todavía no había sido resuelta por el TSJG-, auguraba, a consecuencia de los efectos derivados de tal declaración de irretroactividad, un hipotético incremento en el futuro de la conflictividad, resultando muy posible que, a partir de dicha declaración, se iniciasen litigios por parte de todos aquellos propietarios que, siendo conscientes de que en el plazo de veinte años contados a partir de la entrada en vigor de la Ley su vecino pudiese adquirir por prescripción el derecho de paso, cumpliendo los requisitos establecidos en el art.25 LDCG, pretendiesen evitar tal circunstancia acudiendo a los Juzgados y Tribunales en defensa de su derecho de propiedad libre de cargas o gravámenes.

Esta circunstancia de futuro indujo al propio Díaz Fuentes a proponer como posible medida de solución la adopción -al hilo de las, según su cri-

⁷⁵ Op. cit., p.113 ss.

⁷⁶ Op. cit., p.214 ss.

terio, pautas sentadas en determinadas resoluciones judiciales y en base al que denominaba espíritu manifestado por el legislador gallego de acoger legalmente la usucapión de las servidumbres de paso- de un criterio o consideración del concepto de “título” requerido por el art.539 del Código Civil, así como también del concepto de prescripción inmemorial, menos rígido que el hasta entonces adoptado con carácter general y salvo raras excepciones por la jurisprudencia (título en sentido documental), que se concretaría en la “idea de título material, en el sentido de causa o razón jurídica del nacimiento del derecho” -equivalente por tanto a negocio jurídico, en el sentido amplio del art.25 LDCG: “cualquiera que fuera la forma en que aquel se expresase”-, según el criterio generalizado para otras figuras, como por ejemplo, la propiedad (principio de libertad de formas: arts. 1254, 1258, 1278 y concordantes del Código Civil), lo que, a su vez conduciría, en opinión del autor, “con toda legitimidad a la no necesidad de forma escrita”.

Dentro del esquema propuesto, según Díaz Fuentes, habría que probar un título material para la servidumbre, pero tal título podría tener tanto un origen verbal como tácito

Por otra parte, el mencionado autor, efectúa desde estos planteamientos una crítica a la presunción de la mera tolerancia y al principio de la propiedad alodial, que califica como “adherencias que se unieron a la (clasificación por el Tribunal Supremo de la) servidumbre (de paso) como discontinua”.

Reconociendo en principio que “la tolerancia es un hecho común y amplio entre los vecinos”, que en muchas ocasiones justifica que los particulares soporten los actos aislados -que pueden causar una molestia insignificante y transitoria- en que se concreta el ejercicio de la servidumbre, Díaz Fuentes se cuestiona con qué fundamento puede convertirse tal afirmación en “regla universal”, trasladándola a la categoría de las presunciones “*iuris et de iure*” y sosteniendo en todos los posibles casos que el ejercicio del servicio de que se trate se realiza siempre *iure familiaritatis*.

En opinión del autor, “ los criterios de la razón reclaman el análisis de cada caso, emplear la inducción lógica y manejar los criterios heurísticos y las reglas de aplicación del derecho que están establecidas con carácter general en el ordenamiento jurídico”. Según su criterio, admitir la posibilidad de combatir el presupuesto de los actos tolerados “abre los

caminos de investigar las voluntades, sean expresas o tácitas, para demostrar el negocio jurídico”, importando poco la forma “con tal de que la voluntad se exteriorice en modos o manifestaciones idóneos, a pesar de que no se traduzcan en escritura y sí por palabras y mismamente por actos (*facta concludentia*) y hasta por silencio, aunque no sea sólo, sino bajo determinadas condiciones que permitan interpretarlo como tácita manifestación de consentimiento”.

La admisión de tal posibilidad, según Díaz Fuentes, no supondría la desaparición de la presunción de la propiedad alodial, sino que, simplemente, provocaría su confrontación como tal presunción -presunción que tendría el carácter de *ius tantum*: cohibiendo una posición favorecedora de las restricciones de la propiedad, pero sin impedir su acreditación ni prefiar cómo han de probarse- con los hechos, para imponerse o ceder ante éstos.

Finalmente, el autor se hace eco de una serie de resoluciones judiciales, que se ciñen preferentemente al ámbito gallego y a través de las cuales, en su opinión, resulta posible apreciar una progresiva evolución jurisprudencial en la materia señalada, dirigida hacia posturas mucho más flexibles y acordes con la tesis propugnada.

En esta evolución Díaz Fuentes destaca el proceso de apertura seguido por algunos Tribunales de Justicia en determinadas sentencias con la finalidad de poder alcanzar fundamentalmente a través del que denomina “testimonio de las cosas” y al margen del rigor exigido en relación a la ya de por sí materialmente imposible declaración testifical solicitada y referida a la acreditación por parte de la generación viviente de la posesión de la servidumbre de paso con anterioridad a la publicación del Código Civil, es decir, el convencimiento de que un estado posesorio es anterior al año 1889.

A juicio del autor, de esas resoluciones se pueden extraer dos conclusiones importantes: por una parte, que “la superación de las dificultades del art.539 del Código Civil se consiguió en algunas ocasiones a través de la vía de lo inmemorial, evitando el rigor del Código mediante la aplicación de la legislación anterior, pero de una manera en que la inmemorialidad ya no es el desenvolvimiento de un fenómeno prescriptivo, sino un medio de prueba, una base para inferir la existencia de la servidumbre antes del Código Civil”; y, por otra, que “la evolución jurisprudencial

dencial nos distancia del concepto de título-documento, con materialización quirográfica, y nos remitiría a la idea de negocio jurídico, sin exigencia de forma, ni solemne ni escrita”.

En otras sentencias, siempre según Díaz Fuentes, resulta apreciable, tanto una tendencia a la aceptación del pacto o convenio verbal, que actuaría como título constitutivo de la servidumbre, así como a obviar la necesidad de prueba directa sobre el acuerdo de voluntades, acudiéndose en las mismas a sustituir el título constitutivo de la servidumbre, antes y únicamente que por la “escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente”, recurriendo en su lugar a una “construcción de plurales medios probatorios”: “al lenguaje de los signos, al instrumento de la presunción, a la valoración de la conducta de las partes y a la inversión probatoria, por pasividad o falta de contradicción del dueño del predio sirviente con relación a los elementos de inducción esgrimidos”.

Para Díaz Fuentes, la “posibilidad de que hablen los signos y el tiempo enlazados para construir presunciones bien fundadas, junto con los testimonios y la valoración de las conductas no dará un juego tan extenso que resuelva las necesidades del país para este período transitorio de los veinte años siguientes a la Ley 4/95, pero podrá moderar en alguna medida la litigiosidad desmesurada que puede provocar la Ley durante los veinte años de espera de la solución en ella establecida”.

La preocupación manifestada en la actualidad por un sector de la doctrina gallega respecto a los efectos prácticos producidos a consecuencia de la indicada conclusión de irretroactividad de la adquisición de las servidumbres de paso por usucapión, también es compartida por Rebolledo Varela, en cuya opinión, “quizá la irretroactividad deba forzar a una reconsideración puramente judicial, si no de la injustificada calificación de discontinua de la servidumbre de paso por ser una cuestión jurisprudencialmente intocable (lo mismo que el carácter negativo de la servidumbre de luces y vistas en pared propia), sí al menos de los criterios que hasta ahora se han venido aplicando en relación con la apreciación de la existencia o no de título, en la terminología del art.539 del Código Civil o de negocio jurídico bilateral, en expresión del art.25 de la Ley 4/1995”.

Desde este planteamiento, el citado autor expone en su estudio una serie de ideas, convenientemente actualizadas, pero en esencia idénticas a las que

ya tuvo oportunidad de avanzar en otro trabajo anterior en el tiempo, referido *supra* -cuyas conclusiones fundamentales damos aquí por reproducidas⁷⁷, realizado en un contexto, por lo demás, distinto al actual, puesto que en el mismo se venía solicitando, sin que todavía se hubiese introducido, la posibilidad de adquirir -lo que sí ocurre en el momento actual- la servidumbre de paso por usucapión.

Siendo consciente de que la clave del problema de la constitución de las servidumbres de paso en Galicia se concreta, más que en la cuestión de la retroactividad o irretroactividad del art.25, en la prueba procesal de la constitución de la servidumbre voluntaria de paso, Rebolledo Varela vuelve a proponer, al igual que lo hizo en su momento, una reinterpretación del concepto de sentencia firme que se contiene en el art.540 del Código Civil -aplicable en estos casos, en su opinión, no tanto por la remisión del art.3.1 de la Ley 4/1995, como por la necesidad de resolver el litigio conforme al derecho anterior, a consecuencia de la declarada irretroactividad del citado art.25 LDCG-, en el que, como es sabido, se hace referencia a la misma como posible medio para suplir la falta de título constitutivo -entendido según el autor no ya exclusivamente, como se hace por la jurisprudencia mayoritaria, en sentido formal o instrumental (título como documento en que se plasma el negocio constitutivo de la servidumbre), sino en sentido material (título como negocio jurídico: pacto o acuerdo de voluntades entre los titulares de los respectivos predios dominante y sirviente)- cuando la servidumbre no pueda adquirirse por prescripción: “resolución que concluye un proceso en el cual se ha debatido si ha existido o no un acuerdo de voluntades para constituir la servidumbre, procedimiento en que las partes pueden basar sus pretensiones y probarlas por todos los medios de prueba admitidos en el Código Civil (arts.1214 y ss.) y Ley de Enjuiciamiento Civil (arts.550 y ss.), incluida la prueba testifical”, sin que dicho negocio jurídico constitutivo se pueda “reducir, como implícitamente parece desprenderse de gran número de resoluciones judiciales al exigir el documento correspondiente, a la prueba documental o, a lo sumo, a la testifical orientada hasta ahora a acreditar la prescripción inmemorial”, resultando perfectamente posible admitir, en base a lo indicado, que el título constitutivo de la servidumbre consista en un pacto verbal no documentado.

⁷⁷ Nos referimos a su artículo titulado *La servidumbre de paso. El artículo 540 del Código Civil: interpretación e importancia en Galicia*, publicado en La Ley, núm.1392, 1986, p.1 y ss., del que dimos cuenta *infra*.

Al hilo de la interpretación realizada, Rebolledo Varela se cuestiona si “la posesión pública, pacífica, ininterrumpida y durante largo plazo de tiempo, ejercida a ciencia y paciencia del titular del predio pretendidamente sirviente ¿puede ser *medio hábil de prueba* de la preexistencia de un negocio jurídico o al menos de la concurrencia de un consentimiento tácito para tal constitución?”, realizando una serie de reflexiones a partir del principio de libertad de forma -art. 1278 del Código Civil, matizando que rige en nuestro Derecho y en cuanto a los negocios jurídicos de carácter patrimonial como norma general, lo que implica que el consentimiento pueda manifestarse no sólo verbalmente, sino también tácitamente mediante hechos concluyentes- y en torno a la respuesta negativa que “en principio y casi de manera automática” se da a tal pregunta, a partir de la denominada teoría de los actos tolerados -consideración del paso como un acto meramente tolerado (arts.444 y 1942 del Código Civil) del que no se puede derivar ningún derecho para quien lo ejercita- y de la interpretación restrictiva en materia de servidumbres -la existencia del gravámen, su alcance y contenido han de estar claramente especificados; ante cualquier duda la interpretación ha de favorecer la libertad del fundo sirviente, etc.-.

En opinión de Rebolledo Varela, el principio que se debería seguir en relación a los actos tolerados, “aunque no con un carácter generalizable a todos los supuestos sino atendidas las circunstancias del caso concreto”, sería el siguiente: “el que alegue que dejaba pasar por su finca, al amparo de la legislación del Código Civil, tendrá que probarlo, pues parece evidente, y mucho más con el nuevo art.25 (LDCG), que el recurso a la calificación de actos meramente tolerados ya no puede ser usado como hasta ahora”⁷⁸.

Por otra parte, el autor, distinguiendo entre el uso o ejercicio del paso con el desconocimiento u oposición del propietario de la finca por la que se pasa y el uso o ejercicio del paso con pleno conocimiento por parte de aquél, estima que “la posesión anterior a la entrada en vigor de la Ley 4/1995, no es computable a efectos de la adquisición por usucapión de la servidumbre de paso ahora permitida por el artículo 25 (“el uso por sí

⁷⁸ Op. cit., p.222. De esta forma, acoge con la matización indicada el planteamiento formulado por MOURE MARIÑO, *Lei 4/1995, de 24 de maio, de Dereito civil de Galicia* cit., p.164. Según este autor, “En el supuesto de que alguien alegue que dejaba pasar por su predio, al amparo de la legislación anterior, por mera tolerancia, lo tendrá que probar porque él es el que afirma el hecho constitutivo que va a servir de base para la prescripción o para la no existencia de la prescripción”.

solo”, señala, en estos casos “es irrelevante para su constitución por usucapión, por lo que el uso o ejercicio con el desconocimiento u oposición del titular del predio pretendidamente sirviente no impedirá, en cualquier momento y antes del transcurso del plazo de veinte años desde la entrada en vigor de la Ley 4/1995, la prosperabilidad del ejercicio de la acción negatoria, pues en este caso no existe consentimiento de ningún tipo”) pero, atendidas las circunstancias del caso concreto (cuando, por ejemplo, “junto al uso pacífico durante años e incluso generaciones” exista “aparte de la mera pasividad”, “una conducta positiva en el titular del predio por el que se ejercita el paso que implique hechos concluyentes afirmativos”), puede ser demostrativa de la existencia de título o acuerdo de voluntades para la constitución de la servidumbre del que se deriva tal posesión, no acto meramente tolerado, sino ejercicio de un derecho que no se adquiere por tal uso, sino que se ha adquirido con anterioridad y del que el uso no es más que su puesta en práctica o ejecución”.

Según Rebolledo Varela ello motiva que el art.540 del Código Civil sea “de referencia obligada en su consideración de que no supone otra cosa que la existencia de un negocio jurídico previo de constitución de la servidumbre entre los titulares de los predios dominante y sirviente”, citando al respecto una serie de sentencias en las que, a su juicio, se puede apreciar la adopción por parte de un sector de la jurisprudencia de dicha doctrina, cuya aplicación, en opinión del autor “inevitable atendiendo a los casos concretos” -“más que acudir sistemáticamente, en muchas ocasiones forzando hasta el límite el perfil legal, a la institución de la serventía, como se viene haciendo por los Tribunales gallegos”-, “es la que permitiría solventar el problema ancestral de la servidumbre de paso en Galicia y, desde luego, sería concorde probablemente con la intención del legislador gallego de 1995 que, sin embargo, no acertó a plasmar la retroactividad del artículo 25”.

4.3. Breves reflexiones finales en torno a estos nuevos planteamientos doctrinales.

A nuestro juicio, las soluciones formuladas en la actualidad por un sector de la doctrina gallega como reacción al efecto producido a consecuencia de la declaración jurisprudencial de irretroactividad, en principio, desde un punto de vista meramente finalista -en su planteamiento como posibles medios a través de los cuales se pretende conseguir la resolución de un determinado “problema”- y siempre en atención a la particularidad

de cada uno de los casos concretos (“problemas concretos”) de que se trate -que serían susceptibles de resolución a través de las soluciones aportadas sólo cuando concurriesen en los mismos unas determinadas circunstancias-, pueden merecer, de entrada, una valoración positiva.

No obstante, creemos necesario realizar una serie de precisiones respecto a algunos de los postulados en que los autores que defienden tales soluciones asientan sus tesis.

En primer lugar, no compartimos la afirmación formulada en el sentido de que tales soluciones, en su resultado final, permitan “moderar la litigiosidad desmesurada que puede provocar la Ley durante los veinte años de espera de la solución establecida”.

Dicha afirmación encierra una evidente contradicción en su propia base, puesto que si la propia solución que se aporta se enmarca en el recurso a los Tribunales de Justicia, necesariamente nos coloca en una continúa situación de litigiosidad: si para resolver el problema de que se trata se hace preciso plantear el correspondiente litigio, no se puede afirmar con fundamento que la solución aportada conduzca a moderar la litigiosidad; en todo caso produciría el efecto justamente contrario, es decir, la incrementaría.

Ciertamente, no es descartable que en el futuro, como se ha dicho, se produzca un hipotético incremento de la conflictividad.

Las posibles causas en que hipotéticamente podría encontrar su origen dicho aumento de la litigiosidad, en caso de que así se confirmase, probablemente habría que buscarlas, frente a lo que pudiera parecer, más que en los efectos derivados de la declaración jurisprudencial de irretroactividad -a consecuencia de la inhibición legislativa-, en el propio reconocimiento expreso por parte del legislador gallego de la usucapión como posible modo o forma de constitución de las servidumbres de paso.

A nuestro juicio, la introducción en los términos aquí expuestos de la usucapión extraordinaria en el ordenamiento jurídico-civil gallego con un carácter totalmente novedoso, más que actuar como una posible medida de solución de un “problema” que ha sido planteado por un sector de juristas gallegos -demostrándose totalmente ineficaz al respecto, como, por lo demás, parece reconocer abiertamente ese sector doctrinal-, paradójicamente puede llegar a provocar una previsible reacción de recelo o desconfianza en muchos propietarios que, siendo conscientes de que ahora, en

el plazo de veinte años contados a partir de la entrada en vigor de la LDCG, su vecino puede adquirir por prescripción el *derecho* de paso cumpliendo los requisitos establecidos en el art.25 del citado cuerpo normativo -lo que antes no ocurría-, pretendan evitar tal circunstancia, acudiendo para ello a los correspondientes Juzgados y Tribunales de Justicia con la finalidad de defender su derecho de propiedad libre de cargas o gravámenes; unas cargas o gravámenes que en la actualidad se podrían traducir, en caso de pasividad por parte de esos propietarios durante los veinte años establecidos en la Ley y con los requisitos exigidos, en derechos reales, es decir, en servidumbres.

Partiendo de las consideraciones efectuadas por la más antigua doctrina gallega, como ya indicamos, los antiguos tipos o figuras de servicios de paso -que son los que se pretenden defender y aquí interesan- probablemente se encuadrarían, por las características que presentan, antes que en el ámbito de las servidumbres, en el de las *relaciones de vecindad*, lo que enlaza perfectamente con el concepto arraigado y absoluto, explicable desde la situación minifundista que se ha descrito en relación a la propiedad de la tierra en Galicia.

Sin pretender negar la existencia de una cierta conflictividad en el sistema así planteado, estimamos que al alterarse esa estructura inicial a que responde dicho sistema -que se cifraría sintéticamente en el binomio *propiedad-relaciones de vecindad*-, introduciendo otra extraña y distinta en su planteamiento - binomio *propiedad-servidumbres*-, como ocurre al reconocerse con carácter novedoso la usucapión, es cuando realmente se puede producir el vaticinado e hipotético agravamiento de la conflictividad.

Por otra parte, entendemos que en toda esta materia, el que se ha dado en denominar “problema ancestral” de Galicia no es propiamente el de las servidumbres de paso.

El “problema ancestral de las servidumbres de paso”, o, quizá, más apropiadamente, el que calificaríamos como antiguo problema de los accesos o servicios de paso para las fincas, se presentaría como la consecuencia lógica de otro problema del que a su vez trae causa y cuya resolución, a nuestro juicio, permitiría solventar automáticamente y con totales garantías el primero. Nos estamos refiriendo en concreto a la ya señalada situación de minifundio que, por lo general, se produce en el territorio gallego.

Se trata de un problema más amplio y complejo que el que ha venido ocupando nuestra atención, y en el que quizá no se insista suficientemente, como sería oportuno; un problema que, como indicábamos *supra*, se viene arrastrando en el tiempo⁷⁹ y que no ha sido todavía resuelto totalmente, sino sólo en parte a través de un recurso que, aun cuando sea controvertido, parece presentarse como el más eficaz e idóneo de los posibles: la concentración parcelaria.

A nuestro juicio, el que se acaba de señalar es el auténtico problema que se debería tratar de resolver, y cuya resolución, por situarse en el ámbito de la política legislativa, corresponde al legislador, que es quien realmente tiene que tomar las medidas oportunas al respecto, siempre, por supuesto, con las debidas garantías para los particulares que resulten afectados.

Volver a centrar la discusión en el ámbito de las servidumbres de paso, como se pretende actualmente por parte de un sector de la doctrina gallega, recuperando una vieja reivindicación formulada en los términos expuestos, con la loable finalidad de proceder a resolver -aun de forma transitoria pero a la vez inmediata- un “problema” situado en el indicado ámbito de las servidumbres, que se considera todavía no resuelto, supone, en nuestra opinión, desviar ocasionalmente -aunque ello no sea lo que se pretenda- la atención de la cuestión sobre la que realmente se debería de incidir con especial intensidad: la resolución del problema del minifundio en Galicia.

Finalmente, por lo que se refiere al recurso a la vía judicial, propugnado por los autores reseñados como posible medio de solución actual y provisional desde un punto de vista práctico para lograr el reconocimiento de los antiguos servicios de paso, apelando en este caso a una variación de los criterios interpretativos seguidos tradicionalmente en la materia con carácter general por los Tribunales de Justicia en atención a las particularidades de los supuestos concretos que se pudieran plantear, estimamos que cabe realizar una matización no menos importante: a nuestro juicio, si es que efectivamente se pretende conseguir el aludido respeto y reconocimiento de los que realmente se presentaron como tipos de servicios o accesos de paso más antiguos -como así parece que se intenta-, antes que remitir genéricamente a un amplio criterio de valoración por parte del Juez o Tri-

⁷⁹ Vid. una referencia antigua, por ejemplo, en COLMEIRO, *Memorias sobre el modo más acertado de remediar los males inherentes a la extrema subdivisión de la propiedad territorial en Galicia*, 1843.

bunal correspondiente de la prueba aportada -entendiendo la misma también en cuanto a los posibles medios utilizables en un sentido muy amplio-, necesariamente se debería de proceder por parte del legislador gallego -precisamente por tratarse de una cuestión de política legislativa y no judicial- a introducir en la Ley unos criterios de valoración claros, unitarios, específicos y tasados, establecidos en atención a las características definitorias que presentaban esos antiguos servicios y accesos de paso en Galicia -si es que, por supuesto, se estima que los mismos todavía siguen subsistiendo en la actualidad- que permitan obtener una uniformidad en la doctrina jurisprudencial, especialmente necesaria y particularmente difícil de conseguir -como fácilmente se puede comprobar leyendo las diversas sentencias dictadas al respecto por los diversos órganos jurisdiccionales- en esta controvertida materia.

**La jurisprudencia del Tribunal
Superior de Justicia de Galicia como
elemento de desarrollo del Derecho
civil gallego (servidumbres y serventías) (*)**

() Comunicación presentada al VI Congreso Internacional de Estudios Galegos, organizada por la Asociación Internacional de Estudios Galegos, celebrado en La Habana (Cuba) los días 17 a 21 de abril de 2000.*

Publicado en: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 4, 2000, pp. 399-418; Actas do VI Congreso Internacional de Estudios Galegos (Un século de Estudos galegos. Galicia fóra de Galicia), Tomo II, Galicien-Zentrum der Universität de Trier, Trier 2000, pp. 911-937.

6

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia como elemento de desarrollo del Derecho civil gallego (servidumbres y serventías)

1. Notas en torno al marco histórico del denominado Derecho privado gallego.

El análisis, la explicación y comprensión del fenómeno jurídico en una época antigua en Galicia implica la necesidad de tomar en consideración una serie de factores de tipo económico, social y político que, al hilo del proceso histórico desarrollado en la formación de la nacionalidad española, se dieron en esta tierra, condicionando su propia experiencia jurídica¹.

Lejos de las tierras de reconquista, donde se forjaron reinos y esferas de poder y de vida jurídica, Galicia no tuvo entidad política suficiente para poder hacer arraigar, como otros territorios peninsulares con mayor protagonismo político, un sistema de Derecho propio en la Edad Media². En dicha época, salvo las manifestaciones del régimen señorial y municipal -como esferas claramente diferenciadas en las que se reparte el orden jurídico medieval-, que se dieron en Galicia como en los demás territorios de España durante el período de la Reconquista cristiana³, no se puede decir que en el territorio galle-

¹ FUENTESECA DIAZ, en *Prólogo* a la monografía de PAZ ARES, *Instituciones al servicio de la Casa en el Derecho Civil de Galicia*, 1964, p.9. Cfr., además, para una descripción de las particularidades del fenómeno jurídico en Galicia, desde un planteamiento histórico de conjunto, con amplias referencias bibliográficas, RODRIGUEZ ENNES, *Aproximación a la Historia jurídica de Galicia*, 1999.

² FUENTESECA DIAZ, *Prólogo* a la obra de PAZ ARES, cit., p.7. En opinión de OTERO VARELA, *Sobre la Compilación del Derecho foral Gallego*, en AHDE XXXV, 1965, p.553 ss., el Derecho foral es el resultado de un proceso histórico concreto, que encuentra su origen en época postgótica, y que no parece haberse dado en Galicia. Cfr. RODRIGUEZ ENNES, *Aproximación a la Historia jurídica de Galicia* cit., p.35 ss.

³ Según GIBERT, *El Derecho Civil de Galicia*, en Revista "Nuestro tiempo", núm.113, 1963, p.538 s., "Bajo el señorío eclesiástico, del arzobispo de Compostela, cuyos titulares recibieron de los reyes atribuciones condales, de las otras Iglesias y de los Monasterios, se desarrolló un régimen de sujeción señorial que tiene por base el *foro* agrario"; asimismo, "El monumento más importante del derecho señorial son los Fueros o Código concedido por el arzobispo Gelmírez a la Tierra de Santiago, con excepción de la urbe compostelana. Esta ciudad y otros núcleos urbanos recibieron fueros especiales de los señores, los soberanos y del propio concejo o municipio en régimen de consulado". En este sentido, "hay indicios de haberse extendido a Galicia y a la Ciudad, el Fuero territorial y municipal promulgado en León, por Alfonso V, el año 1020. Compostela recibió de Ramón de Borgoña en 1095 un privilegio fran-

go -políticamente adscrito al Reino de León, y que posteriormente se incorporaría al de Castilla- haya existido una “legislación” especial⁴. Propiamente no puede hablarse de un sistema de instituciones jurídicas gallegas con la rai-gambre de los demás antiguos derechos forales peninsulares, como el arago-nés, navarro o catalán, que, como es sabido, en un determinado momento his-tórico, ofrecieron una mayor resistencia al Derecho castellano⁵.

Por lo que se refiere a su estructura socio-económica, entre las diversas notas caracterizadoras del pueblo gallego, tradicionalmente se ha venido señalando su acentuado ruralismo⁶.

En este sentido, frente al campesinado libre de Castilla, que se asentó en el territorio conquistado como en un campamento, y al que le fueron concedidas diversas libertades a través de los correspondientes Fueros y Cartas Pueblas, los campesinos gallegos -al no vivir las circunstancias de conquista y repoblación que provocaron el consiguiente florecimiento de los regímenes municipales con sus privilegios particulares y el derecho peculiar de la autonomía ciudadana-, sin embargo y por el contrario, vivieron hasta épocas más bien recientes sometidos a vínculos de carácter señorial, tanto eclesiásticos -que fueron los más numerosos- como nobiliarios, dando lugar en el concreto ámbito de la propiedad de la tierra, por ejemplo, a la paradójica persistencia de formas de entrega de tierras típicas de dicho régimen, como acredita la extensión en el tiempo del antiguo “foro” o censo agrícola⁷.

co, y el hijo de aquél, Alfonso VI, en 1105, un fuero del mismo estilo. La penetración del derecho de francos en todos los territorios medievales, singulariza a determinadas ciudades y termina por generalizarse. Tras una revolución comunal en 1116, los burgueses de Compostela *renovant leges et plebiscita*. Alfonso X el sabio en su política legislativa unificadora, otorgó fueros a la Tierra en 1252 y a la Ciudad en 1253 y 1261. Todavía Alfonso XII, a quien debe la Corona de Castilla el sometimiento a la justicia del Rey, con cierto respeto para los fueros municipales en las ramas del derecho privado, pero radical unificación en el derecho penal, en el procedimiento y en la administración de justicia, hubo de resolver las antiguas cuestiones planteadas entre el Concejo y el Señorío. Una historia semejante a la de Santiago y su Tierra se desarrolló en el resto de las tierras del señorío eclesiástico y laical”.

⁴ El término señalado es utilizado por CASTAN, *La Compilación del Derecho Civil especial de Galicia*, en RGLJ 46, 1963, (separata) p.9.

⁵ FUENTESECA DIAZ, *Prólogo* cit., p.9.

⁶ GIBERT, *El Derecho Civil de Galicia* cit., p.538. Junto a la nota indicada, el autor citado también destaca, en este caso en relación a la cultura jurídica de Galicia, la de “arcaísmo”, que, en su opinión, se da “desde la prehistoria hasta el presente”.

⁷ Cfr. FUENTESECA DIAZ, *Prólogo* cit., p.8 s.; OTERO VARELA, *Sobre la Compilación del Derecho foral gallego* cit., p.555; RODRIGUEZ ENNES, *Aproximación a la Historia jurídica de Galicia* cit., p.123 ss.

Sólo la supresión de los señoríos, así como las desamortizaciones realizadas en el siglo XIX, posibilitaron la formación de la pequeña propiedad de la tierra en Galicia, a la que el campesinado gallego pudo acceder, fundamentalmente y en gran medida, a través del dinero conseguido a costa de la emigración hacia América⁸. No obstante, el cambio operado en la estructura económico-social gallega, al haberse producido tan tardíamente, no llevó aparejada la necesidad de una nueva regulación jurídica, puesto que, a consecuencia del ya indicado retraso, le resultaba perfectamente aplicable el Derecho castellano entonces vigente de las Partidas y las Leyes de Toro⁹.

La señalada inexistencia de una “legislación” especial en Galicia indujo a cuestionar en un momento posterior en el tiempo, particularmente importante para la historia jurídica europea, y por tanto española, como es la etapa codificadora, la posible condición de Galicia como uno de los posibles territorios de derecho foral a que, sin determinarlos, aludía el antiguo art.12 del Código Civil¹⁰.

La polémica planteada en el ámbito doctrinal¹¹, que por aquel entonces tuvo una cierta importancia y que hoy queda como un mero vestigio o recuerdo histórico, se saldaría -no sin importantes discrepancias- considerándose con carácter general que “se puede hablar de un Derecho de Galicia e incluirlo en el cuadro del Derecho foral, entendido éste en un sentido lato, y sobre todo se debe reconocer que existe un Derecho especial gallego, siquiera sea de carácter fundamentalmente consuetudinario”¹².

⁸ FUENTESECA DIAZ, op. cit., p.9; OTERO VARELA, op. cit., loc. cit. Respecto al proceso desamortizador operado en Galicia y el papel de la emigración en la formación de los patrimonios campesinos, cfr. RODRIGUEZ ENNES, *Aproximación a la Historia jurídica de Galicia* cit., p.173 ss., y bibliografía allí cit.

⁹ Así lo ha destacado OTERO VARELA, op. cit., p.555.

¹⁰ Inicialmente, artículo 5º de la Ley de Bases del Código Civil de 11 de mayo de 1888: “Las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales...”.

¹¹ Tradicionalmente se vienen citando como ejemplos de la mencionada polémica las posiciones totalmente contradictorias sostenidas, respectivamente, por UREÑA, voz *Derecho foral*, en Enciclopedia Jurídica Española, tomo XI, s.f., p.136 ss., e ISABAL, voz *Derecho Civil de Galicia*, en la misma obra, p.30 s. Así, mientras que para el primero Galicia no tendría la condición de territorio foral a que aludía, sin determinarlos, el antiguo art.12 del Código civil, en opinión del segundo autor sí se daría tal circunstancia.

Avalarían lo señalado, según el sector de la doctrina que defiende este planteamiento, determinadas disposiciones legales y administrativas dictadas con anterioridad y posterioridad al proceso codificador¹³.

Con independencia de estas precisiones y de las aludidas disposiciones - que, aun cuando puedan servir para argumentar desde un punto de vista meramente legal o administrativo la posible condición de Galicia como territorio foral, en nuestra opinión, no dejan de presentar ciertas dudas razonables en cuanto a los posibles motivos de fondo a que respondieron¹⁴-, tradicionalmente se han venido señalando una serie de puntos de referencia a través de los cuales resultaría posible apreciar el desarrollo histórico del fenómeno jurídico en Galicia hasta la promulgación de la actualmente en vigor Ley 4/1995, de Derecho civil de Galicia (en adelante, LDCG), en la que hoy se establece el marco normativo referencial del ordenamiento jurídico civil gallego¹⁵.

¹² CASTAN, *La Compilación del Derecho civil especial de Galicia* cit., p.9. Cfr., también en relación a esta cuestión, la doctrina citada por el autor señalado en op. cit., p. 10 nt.9.

¹³ Entre las mismas se han señalado las siguientes: el Decreto de 2 de febrero de 1880, a través del cual se procedió a modificar la Comisión General de Codificación, agregando un representante por Galicia; la Ley de Bases del Código civil, de 11 de mayo de 1888, que en su Base 13^a incluía a Galicia entre las legislaciones que habían de ser tomadas en consideración para incorporar al Código el mayor número posible de sus normas sobre servidumbres; el Real Decreto de 24 de abril de 1889, que incluía a las provincias de Galicia, junto a las de Cataluña, Aragón, Navarra, Vizcaya y Mallorca, al determinar cuáles habían de ser las Comisiones especiales encargadas de redactar los proyectos de ley en que se contuvieran las instituciones forales que convenía conservar; y, finalmente, la Orden de 10 de febrero de 1948, que, en aplicación de lo dispuesto en el Decreto de 23 de mayo de 1947, designó entre las nuevas Comisiones, la correspondiente a Galicia. Cfr. CASTAN, *La Compilación del Derecho civil especial de Galicia* cit., p.9 s.; LETE DEL RIO, *El Derecho civil de Galicia*, en Manual de Derecho civil gallego, VV.AA., 1999, p.21 ss.

¹⁴ Cabe preguntarse, por ejemplo, cuál es la razón sustancial por la que aun siendo conscientes de la existencia de muy “pocas divergencias con el Derecho General de España” - como se recogería en la Memoria elaborada con posterioridad por el representante gallego, Sr. López Lago, y publicada en Madrid en 1885, donde se señalaba que las dos únicas especialidades del Derecho de Galicia a incluir en el Código Civil eran los foros y la compañía familiar- se incluyese a Galicia entre los considerados como territorios forales; ¿influyó en ello de alguna forma la condición de gallego del entonces Ministro de Justicia, Sr. Alvarez de Bugallal?. Por otra parte, también llama la atención la circunstancia de que en la citada Base 13^a de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, se aluda textualmente a “la incorporación al Código del mayor número posible de disposiciones de las *legislaciones*” de diversos territorios, incluyendo entre los mismos a Galicia, carente, por lo demás, de cualquier legislación.

¹⁵ Dicha Ley, como es sabido, no es la única norma del Derecho civil gallego. También se encuentra integrado por otra serie de Leyes, en este caso especiales, entre las que cabe

El análisis de dichos puntos de referencia, a nuestro juicio, permite extraer sintéticamente, desde una visión general y de conjunto de los mismos, dos consideraciones respecto al proceso operado: por una parte, la lenta y progresiva precisión y ampliación, realizada por la doctrina a lo largo del tiempo, del contenido del denominado “Derecho civil propio y singular”¹⁶ o “Derecho especial gallego”¹⁷, caracterizado fundamentalmente, según se ha señalado, por tratarse de un derecho consuetudinario, integrado por ciertas “peculiaridades jurídicas”, lo que, desde antiguo y en virtud de tal carácter, provocó hasta su fijación por escrito una notable incertidumbre en cuanto a la determinación de sus posibles “instituciones”, así como dificultades respecto a la prueba de las mismas¹⁸; y, por otra, la paulatina y progresiva concienciación por parte de un sector cada vez más importante de juristas gallegos en cuanto a la existencia, defensa y potenciación de un Derecho (consuetudinario) considerado como propio.

En ese desarrollo histórico señalado, tras un largo y lento proceso, muy tardíamente, en concreto, el 2 de diciembre de 1963 aparecería el que se presenta como primer texto normativo oficial en el que se recogían determinadas figuras específicas de Galicia: la Compilación del derecho civil especial de Galicia.

Dicha Compilación no obtuvo un juicio unánime en su momento, señalándose opiniones contradictorias, tanto por lo que respecta a la oportunidad de su realización, como en relación a su contenido.

citar las siguientes: Ley de 22 de junio de 1983, de fundaciones de interés gallego (reformada por Ley de 8 de noviembre de 1991); Ley de 28 de diciembre de 1984, del estatuto gallego del consumidor y usuario; Ley de 20 de julio de 1988, de ordenación del comercio interior de Galicia; Ley de 10 de noviembre de 1989, de montes vecinales en mano común; Ley de 16 de abril de 1993, de aparcerías y arrendamientos históricos gallegos; Ley de 15 de julio de 1993, de recurso de casación en materia de Derecho civil especial de Galicia; Ley de 9 de junio de 1997, de familia, de la infancia y de la adolescencia; Ley de 21 de agosto de 1997, de ordenación y promoción del turismo en Galicia; Ley de 18 de diciembre de 1998, de cooperativas de Galicia.

¹⁶ Denominación ésta utilizada, según LETE DEL RIO, *El Derecho civil de Galicia* cit., p.21, por la antigua doctrina.

¹⁷ Emplean esta denominación, por ejemplo, FUENTESECA, *Prólogo* cit., p.8, y CASTAN, *La Compilación del Derecho civil especial de Galicia* cit., p.9.

¹⁸ Cfr., incidiendo especialmente en esta característica distintiva, entre otros, GIBERT, *El Derecho civil de Galicia* cit., p.539 s., y CASTAN, *La Compilación del Derecho civil especial de Galicia* cit., p.14 s.

Así, por lo que se refiere al primero de los aspectos señalados, algunos de los autores que escribían en aquel tiempo, destacaban que la citada Compilación de 1963, supuso la fijación por escrito en normas claras y concretas del derecho consuetudinario que vagaba disperso en Acuerdos de la Real Audiencia¹⁹, obras de los tratadistas²⁰ y costumbres locales que había que acreditar en cada caso particular, posibilitando que las instituciones jurídicas -anteriormente encubiertas bajo formas de ficción- que en ella se regulaban, y que tenían por finalidad salva-

¹⁹ Entre las referencias más antiguas del derecho en Galicia se vienen citando escasísimas fuentes escritas de base judicial que recogerían las prácticas de la Real Audiencia de Galicia. Respecto a la antigua situación de la justicia en Galicia, GIBERT, en *El Derecho civil de Galicia*, cit., p.539, ha indicado sintéticamente: “En 1480, los Reyes Católicos restablecieron enérgicamente la autoridad y la justicia del Rey, que en todo el siglo anterior habían decaído notablemente. Un ministro del Consejo Real y un Oidor de la Chancillería fueron enviados para poner orden en el reino de Galicia, agitado por las violencias señoriales y las guerras privadas. En 1494 se enviaron Alcaldes Mayores que, junto con el Gobernador ejerciesen la jurisdicción civil y criminal, con un carácter de Audiencia regia: es decir, en los casos de apelación, en los casos de corte y en todos los demás que se produjesen en una proximidad local al tribunal. Quedó muy reducida la apelación a la Audiencia de Valladolid, que era única en la Corona de Castilla, hasta que en 1504 se fundó la de Ciudad Real, en seguida trasladada a Granada y convertida en segunda chancillería de los Reinos. A diferencia de la estabilidad que había logrado la Audiencia de Valladolid, nómada también en sus comienzos, debían los miembros de la Audiencia de Galicia *andar por ciudades, villas y lugares* para administrar justicia. Felipe II la reorganizó tras las visitas de 1564 y 1566, haciéndola más estable; sustituyó el gobernador por un Regente letrado. Pero había en el Reino muchos pobres (todos los gallegos dicen que son pobres) que no podían desplazarse hasta la Audiencia a pedir justicia, y se permitió que la administrasen los Alcaldes cuando salían para realizar alguna comisión”. Según GIBERT, op. cit., loc.cit., “Acaso este contacto con los lugares tiene que ver con el vigor de los usos locales y del derecho consuetudinario, que es el carácter fundamental del derecho en Galicia”. En relación a la Real Audiencia de Galicia, cfr. RODRIGUEZ ENNES, *Aproximación a la Historia jurídica de Galicia* cit., p.71 ss., y bibliografía allí cit.

²⁰ Lucas Cortés, el anticuario del Derecho en el s.XIX, señalaba como única obra de derecho gallego las *Ordenanzas de la Real Audiencia del reino de Galicia*, publicadas por J. Maldonado y Pardo en 1679, en La Coruña. Más adelante, en 1768, aparecerá otra obra titulada *Derecho práctico y estilos de la Real Audiencia de Galicia*, de la que existe una segunda edición anotada y reimpresa en Santiago en el año 1844, reeditada por el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de La Coruña en el año 1975. Como instituciones peculiares de la Real Audiencia figuraban, por una parte, el denominado “auto gallego”, calificado en aquellos momentos como “la mejor alhaja que tiene el Rey en el reino de Galicia” y que se presentaba como una especie de interdicto de recobrar, establecido con la finalidad de poder defender a los labriegos de los despojos de la nobleza, por otra, la “graciosa”, considerada como “una equidad en favor del deudor, para que recupere los bienes raíces que se le hayan vendido en subastación, aportando el importe de la venta”. Vid. GIBERT, *El Derecho Civil de Galicia* cit., p.540.

guardar el patrimonio familiar, volviesen a tener su antiguo esplendor y se desarrollasen naturalmente, amparadas por una regulación que evitaría muchos pleitos y facilitaría la resolución de los que se promoviesen²¹. Dicho juicio favorable referido a la Compilación gallega se enmarcaría dentro de otro más general, relativo a la valoración positiva del movimiento por aquel entonces dirigido a la compilación de los diversos derechos forales, respecto del cual se indicaba que debía “ser considerado, ya no como fue el derecho foral frente a la Codificación unitaria decimonónica, una resistencia y una reacción conservadora, sino más bien como un impulso hacia adelante en la esfera jurídica privada”, revelándose en el fondo las instituciones consideradas simplemente arcaizantes y estacionarias, en el régimen económico de la familia y de las sucesiones, o bien en la propiedad y en la explotación campesina y agraria, en su enorme fuerza positiva y creadora²².

Otros autorizados juristas gallegos, sin embargo, no pensaban lo mismo, y, expresándose de forma contundente, dirigieron severas censuras a lo que consideraron como un “intento de inoportuna resurrección de un Apéndice foral de Galicia”²³.

²¹ CASTAN, *La Compilación del Derecho civil especial de Galicia* cit., p.23.

²² GIBERT, *El Derecho Civil de Galicia* cit., p.537.

²³ Así, por ejemplo, el ilustre notario gallego Luis MOURE MARIÑO, manifestaba en un artículo titulado *El Apéndice foral de Galicia*, publicado en el diario ABC el 27 de noviembre de 1963, del que se hacía eco CASTAN en *La Compilación del Derecho civil especial de Galicia* cit., p.24 s., lo siguiente: “Casi a los setenta y cinco años de vigencia de ese Código (el Código civil español) -en cuyo articulado hay la necesaria flexibilidad para atender las más variadas situaciones, aparte del cúmulo de doctrina que en torno al mismo ha elaborado la jurisprudencia-, casi a los tres cuartos de siglo del Código civil, los gallegos no salimos de nuestro asombro al ver surgir en el horizonte jurídico de la región, arcaico y renqueante, un abuelo inesperado: nos referimos al Apéndice de Derecho foral de Galicia, resucitado ahora, precisamente en un momento histórico en que, por imperativo de factores socio-económicos incoercibles, la vida rural gallega está dando -si es que no lo ha dado ya- un viraje de noventa grados. Hablar en Galicia a estas alturas de foros o de fantasmas -como la famosa “compañía familiar gallega”- es lo mismo que dotar de armaduras de cota de malla a los soldados de la Era atómica. (La tierra está siendo abandonada. Hace unos años buscaban los hijos la mejora. Hoy ni siquiera la mejora ofrecida a los hijos es bastante para retenerlos al frente de la hacienda familiar). Por eso, sacar ahora a la escena estas antiguallas arqueológicas, precisamente en vísperas del Plan de Desarrollo -cuando quienes nos ocupamos de cuestiones económicas meditamos en reformas sustanciales de las estructuras agrarias y del sistema de propiedad-, es algo que, por fuerza, debemos de incluir en el cuadro de lo rechazable”. Contra tales afirmaciones, vid. CASTAN, op. cit., p.25 ss.

Las discrepancias doctrinales, también se manifestaron vivamente en cuanto al contenido de la Compilación.

Para un sector de la doctrina, aun admitiendo que pudiera haber sido más reducido el número de los artículos recogidos en dicho texto normativo -simplificando sobre todo los relativos a figuras en trance de desaparición como los foros, subforos y gravámenes análogos, cuya inclusión en el cuerpo señalado era criticada por su anacronismo-, no parecía probable que en la Compilación, estructurada en su opinión en normas escritas, claras y concretas, faltasen -según defendían diversos juristas gallegos- instituciones que hubiesen debido incluirse, como el “contrato de vitalicio” o el “usufructo universal en favor del cónyuge viudo”²⁴.

El criterio sostenido por otros autores -extensivo al denominado “Derecho civil de Galicia” en general-, por el contrario, era mucho más radical, por entender que en la llamada Compilación del Derecho foral gallego se recogían una serie de figuras -el foro, la compañía familiar, la aparcería, etc.- que, en conjunto, no parecían tener entidad suficiente como para poder justificar su recopilación, ni para constituir el problema jurídico de Galicia, que, a su entender, se concretaría en la dificultad de aplicación del Código Civil a un ambiente impropio, al especial ambiente económico gallego, fundamentalmente rural y basado en la existencia de una pequeña propiedad desgajada de los antiguos señoríos en unidades de tipo “lugar” poseidos por los colonos. Dicho problema, probablemente se resolvería, según se decía, con un cambio del ambiente gallego, simplemente por medio de una ordenación económica de tipo actual, o bien, mediante una pequeña modificación del duro dogmatismo del Código Civil, especialmente en materia de Derecho patrimonial familiar y sucesiones, que no hiciera necesario recurrir a una serie de formas indirectas o fraudulentas -introducidas principalmente por la vía notarial con la finalidad de conseguir la indivisión del patrimonio, la viudedad, el testamento mancomunado, la delegación de la facultad de mejorar, etc.-, elaboradas para hacer posible la vida jurídica de una organización económica y familiar como la de aquél entonces en Galicia²⁵.

²⁴ CASTAN, *La Compilación del Derecho civil especial de Galicia* cit., p.27 s.

²⁵ OTERO VARELA, *Sobre la Compilación del derecho foral gallego* cit., p.555 s. Cfr., del mismo autor, también en sentido crítico, en este caso en relación a la vigente LDCG, *Jurisprudencia bromeando en serio*, en *Dereito*, vol. núm.1, 1998, p.155 ss.

En cualquier caso, el juicio que prevaleció entre los tratadistas posteriores respecto a la Compilación de 1963, olvidando en muchas ocasiones las condiciones políticas y jurídicas que se dieron en el contexto histórico en que se gestó la misma²⁶, fue, en esencia, un juicio totalmente negativo²⁷. Dicha valoración, ha quedado reflejada en la propia Exposición de Motivos de la actualmente vigente LDCG, en la que se califica al citado Texto normativo como “fragmentaria, incompleta, falta de entidad propia de un sistema jurídico y, en consecuencia, en buena parte, de espaldas a la realidad social”.

En 1987 se procedió a adoptar e integrar la Compilación de 1963 en el ordenamiento jurídico de la Comunidad gallega a través de la Ley 7/1987, de 10 de noviembre, del Parlamento de Galicia, bajo el título de “Compilación del Derecho Civil de Galicia”, suprimiendo el antiguo adjetivo de “especial”, que figuraba en la anterior denominación del texto del año 1963, introduciendo en el mismo una serie de modificaciones “exigidas por la falta de armonía constitucional y estatutaria de algunos de sus preceptos”, según se indicaba en su Exposición de motivos, así como por la falta de vigencia de algunas de las instituciones contenidas en aquella, como por ejemplo ocurría en el caso de los foros²⁸.

²⁶ Así lo destacaba, y creemos que éste es un dato importante a tener en cuenta para poder realizar una valoración lo más adecuada y correcta posible del mencionado texto normativo, REBOLLEDO VARELA, en *El desarrollo del Derecho civil gallego*, recogido en La modernización del Derecho civil, VV.AA., 1994, p.186 s.

²⁷ Cfr., en este sentido, entre otros, por ejemplo, REBOLLEDO VARELA, *El desarrollo del Derecho civil gallego* cit., p.184 ss.; BELLO JANEIRO, *La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia*, en RJN, núm.14, 1995, p.19 ss.; ID, *El ejercicio de la competencia en materia civil por la Comunidad Autónoma Gallega*, 1999, p.71 ss.; LETE DEL RIO, *El Derecho civil de Galicia* cit., p.25 s.

²⁸ Todo ello, según LETE DEL RIO, *El Derecho civil de Galicia* cit., p.27, implicaba la adopción de un criterio autonomista, sancionando legislativamente el carácter de “Derecho común” del Derecho civil de Galicia, entendiéndose por éste no sólo el compilado, con la importante consecuencia de considerar a la costumbre local como fuente del Derecho gallego, subordinada a las normas del texto compilado, pero de aplicación preferente al Código civil y a las demás Leyes del Estado. No obstante, en opinión del indicado autor, op. cit., loc. cit., la mencionada Ley 7/1987, incurría en cierta incongruencia, al señalar en su Disposición final primera que “las normas de Derecho civil de Galicia, escrito o consuetudinario, vigentes al promulgarse la Compilación de 1963, se sustituyen por las contenidas en ella”, olvidando que el Preámbulo había anunciado una nueva Ley de Derecho civil gallego desarrollado desde “una línea abiertamente constitucional y nítidamente autonomista”, renovando las disposiciones compiladas y entroncándolas con aquellas otras no compiladas. Cfr., también, en relación a la citada Ley 7/1987, BELLO JANEIRO, *La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia* cit., p.24 ss.; ID, *El ejercicio de la competencia en materia civil* cit., p.79 s.; LORENZO MERINO, *El Derecho civil de Galicia y la Propuesta de Compilación del 22 de marzo de 1991*, 1992, p.16 ss.

Todo ello resultó posible porque, como es sabido, la Constitución española de 1978, como reflejo del cambio político y jurídico producido a partir de 1975, en su art. 149/1.8, tras atribuir competencia exclusiva al Estado sobre la legislación civil, también reconoció una cierta capacidad legislativa en materia civil a los Parlamentos de determinadas Comunidades Autónomas, permitiéndoles realizar a través de los cauces parlamentarios correspondientes, la conservación, modificación y desarrollo de su propio derecho civil, en tanto dicho derecho propio fuese preexistente al momento temporal de la promulgación del texto constitucional.

Precisamente la circunstancia de que Galicia se encontrase entre las Comunidades históricas del Estado español que contaban con un derecho civil foral o especial con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución -recogido en este caso en la Compilación de 1963-, permitió que la propia Comunidad Autónoma gallega, en el marco de las competencias que constitucionalmente le habían sido reconocidas, asumiese con carácter exclusivo y excluyente -al igual que se hizo en otras Comunidades Autónomas históricas, como la Aragonesa, la Navarra, la Balear, la Vasca o la Catalana- en el art.27.4 de su Estatuto de Autonomía, la “conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho civil gallego” a través de su propio Parlamento autonómico. De esta forma, los denominados Derechos civiles forales o especiales, y, entre ellos, por lo que aquí interesa, el gallego, considerados hasta entonces como conjuntos de normas de carácter excepcional frente al Código civil, pasaron a convertirse en el plano “personal” en Derecho común de los respectivos territorios y, por tanto, de aplicación prioritaria, además de tener la posibilidad de autointegración y desarrollo a través de sus propios principios generales²⁹.

²⁹ LETE DEL RIO, *El Derecho civil de Galicia* cit., p.27. Respecto al alcance de la naturaleza y el ámbito de aplicación de las normas contenidas en la LDCG, consideradas desde una perspectiva de conjunto, cfr. PENA LOPEZ, *Precisiones complementarias para la aplicación del Derecho civil gallego a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, en *Actualidad Civil*, 1994, p.909 ss.; ID., *Consideración del derecho foral como Derecho común.El sistema autónomo de derecho civil común gallego*, en *Actualidad Civil*, núm. 46, 1995, p. 925ss; ID., *El ámbito material del derecho foral, con particular consideración del ámbito de aplicación del Derecho civil gallego*, en *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm.85, 1995, p.1 ss.; ID., *O ámbito material do dereito foral, con particular consideración do ámbito de aplicación do Dereito civil galego*, en *Dereito civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de Maio)*, VV.AA, s.f., pero 1996, p.77 ss.; ID., *Comentario a los arts. 1º a 3º de la LDCG*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBADALEJO y DIAZ ALABART, Tomo XXXII, vol 1º, 1997, p.7 ss.

El proceso histórico jurídico gallego se cierra momentaneamente en una fecha reciente con la vigente Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Dereito civil de Galicia -que deroga la anteriormente señalada Ley del Parlamento de Galicia de 10 de noviembre de 1987, sobre la Compilación del derecho civil de Galicia-, en la que, como se ha indicado, se establece el actual marco normativo referencial del ordenamiento jurídico-civil gallego.

2. La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Dereito civil de Galicia.

El vigente cuerpo normativo encuentra su origen más mediato en dos Trabajos previos de reforma de la Compilación elaborados, respectivamente, por algunos miembros de una extinguida Comisión Parlamentaria no permanente, constituida en el transcurso de la II legislatura, el día 9 de mayo de 1988, presentado en el Parlamento gallego con fecha de 22 de marzo de 1991, y el formulado por el Consello da Cultura Galega, también aportado al Parlamento de Galicia, con fecha de 11 de junio de 1991³⁰.

En dichos Trabajos prelegislativos, calificados como “difícilmente conciliables por responder a planteamientos ideológicos y jurídicos diversos”³¹, cabe destacar que se pueden apreciar dos distintas concepciones en relación a dos cuestiones trascendentales. Por una parte, la relativa a la posible forma que debería de adoptar el desarrollo del Derecho civil gallego, concretada en la siguiente pregunta: ¿ha de optarse por desarrollar un Derecho civil *para* Galicia, autonomista y de futuro, o, más bien, por un Derecho civil propio *de* Galicia, foralista y basado en el pasado tradicional?³², o, en otros términos, ¿ha de mantenerse el denominado “Derecho foral tradicional gallego”, recibido y concretado en diversas instituciones o

³⁰ Los aludidos Trabajos se encuentran recogidos en Foro Galego, núm.184, 1992, p.13 a 37 y 39 a 59, respectivamente. Sobre el Trabajo presentado por la extinguida Comisión Parlamentaria no Permanente, su evolución y conclusión, vid. LORENZO MERINO, *Un Derecho civil para Galicia. La propuesta legislativa de Compilación de derecho civil de 22 de marzo de 1991*, en La Ley, núm.2995, p.1; ID., *El Derecho Civil de Galicia y la Propuesta de Compilación del 22 de marzo de 1991* cit., p.7 ss. Cfr., también, una crítica al texto presentado por el Consello da Cultura Galega, así como a la Proposición de Ley de 27 de abril de 1993, en SANDE GARCIA, *O Dereito civil de Galicia: Unha actualización imposible á luz da historia*, en La modernización del Derecho civil cit., p.147 ss.

³¹ REBOLLEDO VARELA, *A reforma da Compilación de 1963 e o futuro do Dereito civil de Galicia*, en Rev. Xurídica Galega, núm.2, 1992, p.387 ss.; ID., *Prólogo* a su edición de la Compilación Galega, en *Compilaciones y Leyes de los derechos civiles forales o especiales*, 1993; ID., *El desarrollo del Derecho civil gallego* cit., p.183.

³² REBOLLEDO VARELA, *El desarrollo del Derecho civil gallego* cit., p.183.

figuras típicas, -como por ejemplo, “a veciña”, los “muiños de herdeiros”, la “compañía familiar galega”, o el “testamento por comisario”-, o, por el contrario, ha de suprimirse por su carácter anacrónico?; por otra parte, la cuestión referente al posible rango jerárquico que debería de ocupar la costumbre en el sistema de fuentes normativas del Derecho gallego³³.

Sobre la base de los dos Trabajos citados se elaboraría con posterioridad una Proposición de Ley, presentada y asumida por unanimidad por todos los grupos políticos con representación parlamentaria, con fecha de 21 de abril de 1993, que decaería por disolución de la Cámara. En dicha Proposición de Ley, al igual que en otra posterior, de 22 de junio de 1994, no se acogería un único criterio, sino que, procurando respetar ambos Trabajos prelegislativos, se procedió a yuxtaponer las específicas instituciones que en ellos se demandaban³⁴.

Esta actitud ecléctica, que, como se puede suponer, daba lugar a diversas ambigüedades, contradicciones y discordancias, resultaría relativamente superada, según un sector doctrinal, en el precedente más inmediato de la Ley: el Informe de la Ponencia de Derecho civil, y el correspondiente Dictámen de la Proposición de Ley de Derecho civil de Galicia, presentado a iniciativa de los grupos políticos Partido Popular de Galicia, Socialistas de Galicia y Bloque Nacionalista Galego, que sería aprobado por unanimidad en el Parlamento de Galicia, reunido en Sesión plenaria el día 20 de abril de 1995. En el mismo, en opinión del aludido sector doctrinal, en diversas instituciones relativas a las materias de contratos, comunidades, servidumbres y régimen sucesorio, los miembros de la Ponencia y los expertos convocados al efecto alcanzaron a través de posiciones de síntesis una cierta concordancia³⁵.

La nueva y esperada LDCG, en la que, como se ha indicado, no se resuelve definitivamente la cuestión de la polémica planteada en torno al

³³ LORENZO MERINO, *Prólogo a la LDCG*, en Ley de Derecho Civil de Galicia, 1996, p.23. Cfr., además, en sentido crítico, respecto a la mencionada cuestión, que se proyecta en la LDCG, DIAZ FUENTES, *Derecho Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995)*, 1997, p.20 ss.; LETE DEL RIO, *El Derecho civil de Galicia* cit., p.33 s.

³⁴ En relación a las citadas Proposiciones de Ley, cfr., por ejemplo, las diversas apreciaciones realizadas, entre otros autores, por REBOLLEDO VARELA, *El desarrollo del Derecho civil gallego* cit., p.183 ss.; LORENZO MERINO, *Prólogo a la LDCG* cit., p.23; LETE DEL RIO, *El Derecho civil de Galicia* cit., p.28.

³⁵ Así lo entiende LORENZO MERINO, *Prólogo a la LDCG* cit., p.23.

“autonomismo” o “foralismo”, consta de ciento setenta artículos, estructurados en nueve Títulos -uno Preliminar y otros ocho atinentes a materias relativas al Derecho de personas (ausencia y “a veciña”), Derechos reales (comunidades, servidumbres, serventías, “cómara” y retracto de graciosa), Contratos (arrendamiento rústico, aparcerías, vitalicio y compañía familiar), Derecho de familia (régimen económico familiar), Derecho de sucesiones (pactos sucesorios, legítimas, sucesión testada e intestada y partición)-, a los que precede una Exposición de motivos, y se añaden dos Disposiciones Adicionales, cuatro Transitorias, una Derogatoria y una Final que la cierra.

En el citado Texto normativo, el legislador gallego, en su afán por contemplar e incluir todas las posibilidades jurídicas que se pudiesen producir en la realidad gallega, ha querido conservar, salvo el “foro”, todas las instituciones de clara raigambre consuetudinaria que se encontraban recogidas en la antigua Compilación de Derecho Civil Especial de Galicia, de 2 de diciembre de 1963 -como por ejemplo, “a veciña”, el “cómara”, “ribazo” o “arró”, las “agras” o “vilares”, las “augas de torna a torna” o “pilla pillota”, la “compañía familiar gallega”, los “muiños de herdeiros”, etc.; algunas de las cuales, con indudable valor etnográfico o antropológico, pueden presentar hoy en día una escasa efectividad real-, complementando la conservación de dichas instituciones con la introducción de otras figuras jurídicas e instituciones novedosas, que venía demandando la realidad social y jurídica gallega, en un afán por intentar superar las carencias legislativas que el derecho propio de la Comunidad gallega había venido sufriendo a lo largo de su historia, y que, según se dice, le habían sido negadas por el Derecho civil común. Así se ha hecho, por ejemplo, con el tratamiento dado a los arrendamientos rústicos, la regulación del contrato de vitalicio, el establecimiento de un nuevo régimen en materia de sucesiones, o la regulación de la servidumbre de paso y serventías en la vigente LDCG.

Precisamente en atención a esta segunda posibilidad legislativa reconocida constitucionalmente en el ámbito civil autonómico, que se concreta en el término “desarrollo del derecho propio preexistente a la Constitución”, se han planteado y todavía se plantean importantes problemas interpretativos, en particular por lo que se refiere al específico alcance que se deba dar en cuanto a su significado a dicho controvertido término, sobre todo, en aquellos supuestos en los que la Comunidad Autónoma de que se trate, amparándose en dicha potestad legislativa civil, introduzca instituciones o preceptos que, sin contar con un precedente inmediato recogido

en la Compilación correspondiente, puedan invadir las competencias exclusivas del Estado en materia de Derecho civil³⁶.

Ciñéndonos al concreto ámbito normativo autonómico gallego, la doctrina jurídica que se ha ocupado del análisis y estudio de la LDCG -hasta el momento presente todavía no recurrida por el Gobierno central bajo alegación de inconstitucionalidad³⁷-, ha destacado en relación a la misma, una serie de aciertos o logros que, con carácter general, se concretarían fundamentalmente, entre otros, en la introducción y regulación de una serie de instituciones o figuras no compiladas en 1963 -como, por ejemplo, el vitalicio, el usufructo universal a favor del cónyuge viudo, el “apartamento”, el testamento mancomunado o el testamento por comisario-, el aludido establecimiento de un sistema sucesorio propio con amplitud de pactos, así

³⁶ Según un sector de la doctrina, la referida posibilidad legislativa, reconocida por el art. 149/1.8 de la Constitución española de 1978 en el ámbito civil autonómico, encontraría su límite en las normas de aplicación general y directa contenidas en el referido precepto constitucional *in fine*, sin que ello implique necesariamente -apoyándose en la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional con ocasión del planteamiento de determinados recursos de inconstitucionalidad en sus sentencias 121/1992, de 28 de septiembre, 182/1992, de 16 de noviembre, 88/1993, de 6 de mayo- la obligación por parte de los Parlamentos autonómicos de tener que ceñirse, en el ejercicio de su capacidad legislativa civil reconocida constitucionalmente, exclusivamente a las instituciones históricas o consuetudinarias recogidas en sus antiguas Compilaciones de Derecho civil foral o especial, argumentándose al respecto que “si bien las Compilaciones han de ser el punto de partida sin que el desarrollo de los llamados históricamente Derechos forales pueda suponer su extensión a instituciones ajenas, sí es posible el complemento de la regulación de instituciones propias forales, lo que podrá implicar la aplicación del régimen foral a instituciones conexas con las privativas cuando los principios forales y la realidad social del territorio foral impongan una disciplina particular. Vid. REBOLLEDO VARELA, *Los derechos reales en la Ley 4/1995 de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia (Montes vecinales en mano común, aguas, servidumbre de paso y serventía)*, 1999, p.126. En relación al marco constitucional y estatutario de la competencia autonómica en materia civil, con carácter general, vid., por todos, BELLO JANEIRO, *La Ley 4/1995 de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia* cit., p.10 ss.; ID, *El ejercicio de la competencia en materia civil por la Comunidad Autónoma Gallega* cit., p.19 ss., y bibliografía allí citada.

³⁷ Como indica REBOLLEDO VARELA, *Los derechos reales en la Ley 4/1995 de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia* cit., p.126 y nt.176, y ésta es una matización importante, la circunstancia señalada no impide que, conforme a lo dispuesto en el art.35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, cualquier Juez o Tribunal gallego pueda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación a determinadas normas o instituciones recogidas en la LDCG, que presenten un carácter conflictivo desde el punto de vista competencial, por invasión de las competencias exclusivas del Estado en materia de derecho civil y exceso del Parlamento gallego en el ejercicio de sus competencias en la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio.

como la también señalada nueva regulación sobre arrendamientos rústicos, sancionando la libertad de pacto en cuanto a las rentas y la duración del contrato³⁸.

La existencia de normas de muy dudosa constitucionalidad, la inaplicable repetición de artículos en el texto legislativo, la introducción de preceptos superfluos que se limitan a reproducir artículos del Código civil, la regulación vaga y ambigua de algunas materias, presentados como ejemplos de defectuosa técnica legislativa, así como también la preservación o introducción de algunas figuras tradicionales de dudosa pervivencia en la actualidad, se vienen señalando, entre otros, como posibles errores o desaciertos contenidos en la LDCG³⁹.

Esas carencias e imperfecciones, como es lógico, dan lugar a que el citado Texto normativo no se pueda presentar como cerrado ni completo, algo que, por lo demás, es materialmente imposible de cumplir para cualquier norma, por perfecta que la misma pudiese parecer. Resulta, por ello, necesario completar y corregir tales carencias e imperfecciones, así como también desarrollar ese derecho propio al hilo de las nuevas necesidades que día a día va demandando la cambiante sociedad gallega.

Siendo consciente de tales circunstancias, el legislador gallego, prescribe con notable acierto -al igual que ya se hizo en su momento en la anterior Compilación de 1963⁴⁰- en la Disposición Adicional segunda de la propia LDCG que “cada cinco años *como máximo* -el subrayado es nues-

³⁸ Cfr., entre otros, con carácter general, BELLO JANEIRO, *La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia* cit., p.26 ss.; ID., *El ejercicio de la competencia en materia civil* cit., p.83 ss.; AA.VV., *Dereito civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de Maio)* cit., p.11 ss.; LORENZO MERINO, *Prólogo a la LDCG* cit., p.23 ss.; DIAZ FUENTES, *Dereito civil de Galicia* cit., p.19 ss.; VV.AA., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, 1997, tomo XXXII, 2 vols.; LETE DEL RIO, *El Derecho civil de Galicia* cit., p.30 ss.

³⁹ Cfr. obras citadas en la nota anterior.

⁴⁰ En la Disposición adicional de la Citada Compilación de 1963, se señalaba textualmente: “La Comisión compiladora formulará cada diez años una Memoria comprensiva de las dudas y dificultades que haya originado la aplicación de los preceptos de la presente Compilación, así como de las omisiones o deficiencias observadas, elevando al propio tiempo, si procediera, el oportuno proyecto de reforma”. Precisamente en cumplimiento de lo establecido en dicha Disposición adicional, en el mes de octubre de 1972, se celebró un I Congreso de Derecho Gallego, cuyo objetivo principal se centró en la posible revisión de la Compilación de 1963, prevista para 1973, así como en intentar recoger la realidad socio-económica del país gallego, rectificando en lo que procediese y tendiendo a la inclusión de la costumbre y la tra-

tro-, sin perjuicio de la iniciativa parlamentaria correspondiente, la Mesa del Parlamento de Galicia designará una Ponencia, integrada por miembros de los diversos grupos parlamentarios de la Cámara, a fin de elaborar un informe comprensivo de las dificultades y dudas que se adviertan en la aplicación de los preceptos de la presente Ley y de aquellas normas que se estimen necesarias para la conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del derecho civil propio de Galicia”.

Paradójicamente y a pesar de lo indicado, aun existiendo dicha consciencia de una serie de dificultades y dudas -ciertamente constatables- advertidas en la aplicación de los preceptos de la presente LDCG, se puede sostener con carácter general que, hasta el momento presente, el legislador gallego no ha tomado la iniciativa, como quizá hubiera sido lo deseable, con la finalidad de proceder a resolver los problemas suscitados en torno a determinadas instituciones que conforman su propio Derecho; todavía no se ha formulado al respecto iniciativa parlamentaria alguna, ni la Mesa del Parlamento de Galicia tampoco ha procedido a designar Ponencia alguna que elaborase el correspondiente informe de conjunto a que se alude en la indicada Disposición Adicional segunda de la LDCG.

Se ha preferido, eso sí, esperar a que transcurriese el plazo máximo de cinco años, establecido con carácter meramente indicativo en la Disposición adicional referida. En este sentido, la Xunta de Galicia, con evidente

dición jurídica que debiese estar en aquella. Así, en el art.3 del Reglamento del citado Congreso se señalaba como finalidad del mismo: “el estudio y, consecuentemente, proponer las soluciones del caso a la problemática actual de la vida jurídica gallega y en especial de las instituciones propias del Derecho civil especial de Galicia, con ocasión de la revisión decenal de la vigente Compilación”. Trece años más tarde, en el mes de junio de 1985, afirmada la identidad gallega con el Estado de las Autonomías, se celebró un II Congreso de Derecho gallego, dirigido, según se indicaba, a la profundización y potenciación del Derecho gallego, tratando de extraer del mismo los principios generales que lo forman, sus fuentes y su causa originadora, para conservarlo y desarrollarlo, así como también para proceder a analizar los cauces por los que debería de circular el Derecho que, en virtud de las competencias conferidas por el Estatuto de Autonomía gallego, se puede hacer en Galicia y para Galicia, sin perder de vista los territorios vecinos y los de habla hispana que se encuentran al otro lado del Océano. Una amplia y documentada referencia del I Congreso de Derecho Gallego, se puede consultar en el *Libro del I Congreso de Derecho Gallego*, promovido por los Ilustres Colegios de Abogados de Galicia y la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, editado por la Comisión Ejecutiva del I Congreso de Derecho Gallego, 1974. Para el II Congreso de Derecho Gallego, vid. una referencia sucinta del mismo en la Revista jurídica general de Galicia, Foro Gallego, núm.182, 1986, p.10 ss.

acierto, pero, en nuestra opinión, también con cierto retraso, ha decidido volver a poner en funcionamiento la denominada “Comisión Superior para el estudio y desenvolvimiento del Derecho civil gallego”, que fue creada a través del decreto 71/1984, de 23 de febrero, inicialmente adscrita a la Consellería de la Presidencia, y que nació con la finalidad -según se indicaba en el mencionado Decreto- de “ser el eje y motor del específico derecho gallego y dar así cumplimiento a lo dispuesto en el art.27.4º y 5º del Estatuto de Autonomía, que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en esta materia”.

Mediante el Decreto 107/1999, de 8 de abril, cuyo contenido deroga el del anterior Decreto señalado, se procede a adaptar la composición de la citada Comisión, según se señala, al nuevo marco competencial generado con la creación de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, a la que ahora se encuentra adscrita, y, sobre todo, a la nueva realidad social e institucional, con la inclusión de nuevos vocales⁴¹ que puedan acercar su experiencia y conocimiento contrastados. Dicha Comisión Superior se estructura como el órgano consultivo de la Xunta de Galicia, realizando estudios y emitiendo dictámenes e informes solicitados por la Administración autonómica, por medio del Conselleiro de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, entre otras y por lo que aquí interesa, en materia de “conservación, modificación y desenvolvimiento de las instituciones del derecho civil gallego (art.27.4º del Estatuto de Autonomía para Galicia, en relación con el art.149.1.8ª de la Constitución española)”.

⁴¹ La mencionada Comisión actualmente se encuentra integrada por los siguientes miembros: el Conselleiro de Xustiza, Interior e Relacións Laborais; el Secretario Xeral de la citada Consellería; el Director Xeral de Xustiza e Administración Local; el Director Xeral-xefe de la Asesoría Xurídica xeral de la Xunta de Galicia; un representante del Consello da Cultura Galega, del Consello de la Avogacía de Galicia, del Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, y del Colegio Notarial de Galicia, respectivamente, elegidos de entre sus miembros; un representante por cada una de las tres Universidades gallegas, que deberán ser Catedráticos de sus respectivas Facultades de Derecho; un representante nombrado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de entre los miembros de la Sala de lo Civil y Penal del Alto Tribunal; y hasta tres vocales más, designados por el Conselleiro de Xustiza, Interior e Relacións Laborais entre personas de reconocida competencia profesional en la materia; así, como también, finalmente, un representante de la Academia Galega de Xurisprudencia e Lexislación, elegido de entre sus miembros (este último, añadido en virtud de lo dispuesto en el Decreto 182/1999, de 17 de junio, dictado con posterioridad al referido Decreto 107/1999).

En el momento en que se redactan estas líneas, la mencionada Comisión Superior se encuentra trabajando en la posible revisión de la Ley⁴².

3. La importante función desempeñada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia desarrollada a través de su actividad jurisprudencial. Dos ejemplos de determinación jurisprudencial del derecho en materia de servidumbres y serventías.

La referida falta de actividad legislativa, hasta el momento presente, contrasta, por el contrario, con la actividad que desde la entrada en vigor de la LDCG han venido y vienen desarrollando los órganos jurisdiccionales que actúan en el ámbito de la Comunidad gallega, y, en especial, con la realizada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG)⁴³ a través de sus sentencias dictadas en casación en materia de Derecho civil gallego.

En el art.2.2 de la LDCG, el legislador gallego alude a la jurisprudencia, junto con los principios generales que informan el derecho gallego, los usos y costumbres, y la doctrina que encarna la tradición jurídica gallega, como elementos de interpretación e integración del Derecho gallego.

⁴² Dicha situación de presente nos pone en conexión con el porvenir, en relación al cual se plantean diversas incógnitas importantes, cuyas respuestas son inciertas: ¿cuál será el futuro del Derecho civil gallego?; ¿se va a volver a reabrir el antiguo y apasionado debate, no resuelto por la vigente LDCG, entre foralismo y autonomismo?; ¿se va a proceder simplemente a retocar la actual LDCG, o se va a afrontar una reforma seria y en profundidad de la misma?. Desde luego, sin lugar a dudas, el alcance y las importantes implicaciones prácticas que, desde un punto de vista jurídico, puede presentar una posible revisión o reforma de la Ley 4/1995, sugieren, a nuestro juicio, la deseable celebración de un debate lo más amplio posible, quizá mediante la realización de un III Congreso de Derecho Gallego, en el que los diversos operadores jurídicos que actúan en el ámbito de esta Comunidad contrasten sus opiniones al respecto.

⁴³ En relación a la consideración de los Tribunales Superiores de Justicia como órganos judiciales que desarrollan su función en las Comunidades Autónomas llevando a cabo una “modulación autonómica de la Administración de justicia”, con especial atención al TSJ de Galicia, cfr. RODRIGUEZ ENNES, *O Tribunal Superior de Xustiza e a Comunidade Autónoma*, en REGAP, núm.11, 1995, p.61 ss. Respecto a las cuestiones relativas al marco constitucional de la organización jurisdiccional en el Estado autonómico, el marco estatutario, la competencia de los poderes autonómicos en relación con la “administración de la Administración de Justicia”, la organización del TSJ de Galicia y la competencia en los diversos ordenes de los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma Gallega, vid., con referencias bibliográficas, FERNANDEZ SEGADO, *O Tribunal Superior de Xustiza de Galicia*, en Manual de Dereito Galego, AA.VV, 1996, p.263 ss.

Dicha mención conjunta que se realiza en el artículo de los usos y costumbres, y los principios generales que informan el derecho gallego, con la jurisprudencia y la doctrina que encarna la tradición jurídica gallega, ha sido calificada por un sector de la doctrina como “poco afortunada”⁴⁴.

La citada norma, con la que el legislador gallego parece querer completar lo preceptuado en el artículo 1 de la Ley⁴⁵, plantea en sus términos literales, según se dice, una importante cuestión: al margen de la Ley, la costumbre y los principios generales, ¿existen o no otras fuentes del Derecho civil gallego⁴⁶; o, lo que es lo mismo, ¿la doctrina que encarna la tradición jurídica gallega⁴⁷ y la jurisprudencia, tienen también la consideración de fuentes del Derecho civil gallego?

Esta cuestión trascendental encuentra en los muy pocos autores que hasta el momento se han hecho eco de la misma en la Comunidad gallega -por lo general, sin excesivo detenimiento⁴⁸- una respuesta negativa.

⁴⁴ BELLO JANEIRO, *El ejercicio de la competencia en materia civil* cit., p. 89. Obsérvese la similitud, con ciertas matizaciones, entre la redacción que el legislador gallego da al art. 2.2 de la LDCG, con la de los arts. 1, párrafo 2º, de la Ley 8/1990, de 28 de junio, de la Compilación del Derecho civil de Baleares -“El derecho civil de Baleares se interpretará e integrará tomando en consideración los principios generales que lo informan, así como las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica de las islas”-, y el art.1, párrafo 2º de la Compilación catalana -“Para interpretar e integrar esta Compilación y las restantes normas se tomarán en consideración las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que constituyen la tradición jurídica catalana, de acuerdo con los principios que inspiran el ordenamiento jurídico de Cataluña”-. Cfr. BELLO JANEIRO, op. cit., p.89 ss.; GARCIA RUBIO, *Las fuentes del Derecho civil gallego*, en Manual de Derecho civil gallego, 1999, p.40.

⁴⁵ SEOANE IGLESIAS, *Unha aproximación ás fontes do Dereito civil de Galicia*, en Dereito civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de Maio), s.f., pero 1996, p.27.

⁴⁶ La cuestión aparece expresamente planteada en los términos transcritos, entre otros, por PENA LOPEZ, *Comentarios a los arts. 1º a 3º de la LDCG* cit., p.101 ss., y GARCIA RUBIO, *Las fuentes del Derecho civil gallego* cit., p.39.

⁴⁷ Expresión ésta que, como indica GARCIA RUBIO, *Las fuentes del Derecho civil gallego* cit., p.40, es de difícil concreción, y que, según dicha autora, siguiendo el planteamiento formulado por Roca Triás en relación al Derecho catalán, podría hacer referencia a “todos aquellos autores cuya opinión ha contribuido a formar el Derecho gallego actual”. En opinión de PENA LOPEZ, *Comentarios a los arts. 1º a 3º de la LDCG* cit., p.110 s., el concepto de “doctrina que encarna la tradición jurídica gallega”, habría que referirlo a “la doctrina sentada por los autores al crear -en proyecto- o interpretar normas de Derecho civil gallego, siempre que aquella tenga la consolidación e institucionalización que supone su naturaleza de tradicional”.

⁴⁸ En nuestra opinión, la circunstancia de que el mencionado problema se haya tratado desde un punto de vista eminentemente teórico, y no práctico, ha provocado la adopción de una posición apriorística y dogmática de la que se parte en cuanto a su posible resolución,

Al respecto se ha indicado, por ejemplo, que “la jurisprudencia y la doctrina que encarna la tradición jurídica gallega, deberán configurarse como elementos informadores del sistema, e inclusive (en lo que se refiere a la doctrina jurisprudencial) realizadores de una unificadora interpretación de lo que se tenga por fuentes, pero sin que quepa calificarlos, ambos, propiamente de fuentes formales o constitutivas de dicho sistema”, puesto que “ni la jurisprudencia ni la doctrina son, en puridad, fuentes del derecho”: “la primera de destacada importancia y relevante papel en la práctica forense, de conformidad con los criterios más comunmente aceptados, no es “creadora de normas” y sí, cabalmente, orientadora o “indicadora de módulos para la interpretación de las normas discutidas y discutibles (STS. 15 julio 1988; Ar.5722)”; la segunda -”tradición jurídica”- “tampoco se ha de considerar fuente formal,...aun cuando sea de obligada referencia a la que toda tarea interpretativa o indagadora ha de aspirar”⁴⁹.

No obstante, a pesar de lo señalado, también se ha resaltado que la existencia de un Tribunal Superior de Justicia de Galicia con competencias para conocer de un recurso de casación en materia de Derecho especial de Galicia, tal y como aparece regulado por la Ley 11/1993, de 15 de julio, del Parlamento de Galicia⁵⁰, puede suscitar ciertas dudas por lo que se refiere al

motivando habitualmente una necesaria falta de atención respecto de los particulares matices que en la actualidad creemos se dan en torno al mismo. Cfr., a modo de ejemplo, la sucinta exposición realizada en la doctrina gallega, entre otros, por SEOANE IGLESIAS, *Unha aproximación ás fontes do Dereito civil de Galicia* cit., p.28; DIAZ FUENTES, *Dereito civil de Galicia* cit., p.22; GARCIA RUBIO, *Las fuentes del Derecho civil gallego* cit., p.39; BELLO JANEIRO, *El ejercicio de la competencia en materia civil* cit., p.89. También se ocupa del tema, pero con mayor extensión, PENA LOPEZ, *Comentarios a los arts.1º a 3º de la LDCG* cit., p.101 ss.

⁴⁹ SEOANE IGLESIAS, *Unha aproximación ás fontes do Dereito civil de Galicia* cit., p.28. Cfr. en sentido similar, DIAZ FUENTES, *Dereito civil de Galicia* cit., p.22; PENA LOPEZ, *Comentario a los arts.1º a 3º de la LDCG* cit., p.101 ss.; BELLO JANEIRO, *El ejercicio de la competencia en materia civil* cit., p.89; GARCIA RUBIO, *Las fuentes del Derecho civil gallego* cit., p.39.

⁵⁰ En relación a la necesidad de proceder a regular el recurso de casación ante el TSJ de Galicia -a consecuencia, según sostenía un sector de la doctrina gallega, de las especificidades concurrentes en el Derecho civil de Galicia- a través de la correspondiente norma autonómica, que con posterioridad se concretaría en la citada Ley 11/1993 -siendo recurrida, a diferencia de la LDCG, por el Gobierno Central bajo alegación de inconstitucionalidad-, vid. GARCIA CARIDAD, *Encontros sobor da casación no Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Encuentros sobre la casación en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia)*, 1990. Más recientemente, respecto al complicado tema relativo a los conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito procesal, vid.,

posible papel normativo de la doctrina jurisprudencial sentada por aquél Alto órgano jurisdiccional, de forma paralela, según se dice, a como se plantea en el art. 1.6 del Código Civil, respecto a la doctrina jurisprudencial emanada, en este caso, de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo⁵¹.

En cualquier caso, aun cuando desde un punto de vista meramente formal y teórico la respuesta ofrecida a la incógnita planteada pueda ser negativa, estimamos que, a consecuencia de la referida falta de iniciativa legislativa, la situación que se está produciendo en la práctica jurídica gallega presenta en gran medida unas características peculiares que, en cierto sentido, contribuyen, cuanto menos a matizar la respuesta precedentemente indicada.

BUSTO LAGO, *Competencia legislativa de las Comunidades Autónomas sobre las "necesarias especialidades" procesales que se deriven de su Derecho sustantivo propio (Comentario a la STC 127/1999, de 1 de julio)*, en *Derecho Privado y Constitución*, núm.13, 1999, p.81 ss.

⁵¹ Cfr. PENA LOPEZ, *Comentarios a los arts.1.º a 3.º de la LDCG* cit., p.101 ss.; GARCIA RUBIO, *Las fuentes del Derecho civil gallego* cit., p.39. Como ha señalado LOPEZ GUE-RRRA, *La legitimidad democrática del juez*, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm.1, 1997, p.54 ss., "La discusión sobre si la jurisprudencia (i.e. *la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en fórmula redundante) es o no fuente del Derecho es un lugar clásico en la literatura jurídica. Pero puede que sea una discusión inútil si se ciñe al *deber ser*, puesto que lo relevante, a los efectos de la justificación del poder judicial, es si *de hecho* los Tribunales crean Derecho objetivo (normas generales) o no, y hasta qué punto ello es (o puede hacerse) compatible con el principio democrático. Desde una perspectiva fáctica, parece difícil negar que la jurisprudencia establece pautas de comportamiento generales, que vinculan a los jueces y tribunales. Las distintas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil han ido, en forma paulatina pero continua, en una dirección fortalecedora del valor de la jurisprudencia, incluso convirtiéndola en criterio para la inadmisión de la demanda de casación (art.1710.1.3 LEC) -en este sentido, vid., añadimos nosotros, el art.477 de la nueva LEC-. No sería correcto, de todas formas estimar que la creación de jurisprudencia es tarea exclusiva del Tribunal Supremo; más bien debería hablarse de una tarea colectiva de todos los tribunales, en que al Supremo le correspondería la última palabra, al pronunciarse sobre interpretaciones del ordenamiento propuestas por tribunales inferiores, confirmándolas o denegándolas. El origen de la jurisprudencia vendría, por así decirlo, *desde abajo*: su fuerza vinculante (en virtud, por ejemplo, del art.1692.4 LEC) vendría *desde arriba*, en cuanto doctrina legal contenida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Habría así una creación judicial del Derecho, (al menos por vía interpretativa en la teoría "clásica"), en cuanto pauta general de conducta. El Derecho a aplicar ya no sería (o, más concretamente, ya no sería *sólo*) el Derecho elaborado por los órganos de representación popular, directa o indirecta, sino que tendría también un componente judicial...No es fácil hoy, a la vista de la realidad, negar que, por la vía de la interpretación o complementación de la ley, o por la vía de la interpretación o aplicación directa de la Constitución, se está creando un auténtico "Derecho Judicial" en los países europeo-occidentales, y ciertamente en España...".

Frente al momento temporal en que por obra del movimiento codificador se produjo, a lo largo del siglo XIX, la identificación del derecho con la normatividad establecida por el Estado a través de la legislación, rompiendo con la concepción jurisprudencial que el *ius commune* había introducido en la cultura jurídica europea al asignar a la actividad jurisprudencial una función meramente declarativa, negándole todo valor creativo en el plano de la normatividad, actualmente se puede constatar como dato cierto el hecho de que la realidad normativa tiende a presentarse en los actuales sistemas jurídicos continentales en la forma que reviste la interpretación de la legalidad -ahora no necesariamente identificada con los cuerpos normativos codificados, como demuestra la vertiginosa dinámica a que se encuentra sometida la realidad social moderna-, tanto a través de las decisiones judiciales como de las formulaciones realizadas al respecto por la doctrina científica⁵².

Por lo que se refiere a los diversos órganos jurisdiccionales, la labor jurisprudencial, desarrollada siempre y en principio a través de la interpretación de la normatividad establecida legislativamente, no se limita hoy en día a la mera aplicación mecánica de la normatividad contenida en los textos legislativos, sino que, en determinadas ocasiones, también procede a determinar y a desarrollar el ordenamiento jurídico de que se trate, sobre todo, cuando el propio ordenamiento, como a veces suele ser habitual, no ofrezca soluciones legislativas a problemas cuyo planteamiento resulte ciertamente previsible, o bien, cuando, sin darse esa posibilidad de previsión, tales problemas aparezcan motivados por nuevas necesidades sociales que resulte necesario solucionar y que, precisamente a consecuencia de su imprevisibilidad, no hayan sido debidamente contemplados en la norma por el legislador, asumiendo de esta forma una función que sustancialmente podría ser calificable

⁵² PARICIO-FERNANDEZ BARREIRO, *Historia del Derecho Romano y su recepción europea*, 2ª ed. revisada, 1997, p.285 ss. La influencia de la doctrina en todas aquellas situaciones en las que un ordenamiento jurídico no es claro o presenta lagunas, resulta evidente. Esta circunstancia se puede constatar perfectamente, por ejemplo, en materia de servidumbres, a través de la lectura de las resoluciones casacionales dictadas por el TSJ de Galicia 15/98 y 16/98, a las que nos referiremos *infra*: obsérvese en las mismas la justificación que el Alto Tribunal realiza de la frase contenida en el inciso final del art.25 LDCG, y compárese con determinados planteamientos doctrinales formulados con anterioridad por un sector de la doctrina gallega. En relación a esta cuestión, remitimos a nuestro estudio titulado *Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres de paso en la vigente Ley 4/1995 de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia*, en La Ley(Galicia), suplemento al núm. 4997, 22 de febrero de 2000, p.8 ss., y bibliografía allí citada.

como de creación⁵³, la cual, como ya se ha indicado, tradicionalmente viene siendo atribuida con carácter exclusivo al propio legislador, siempre y cuando se adopte una postura restrictiva en materia competencial.

Estas consideraciones formuladas con carácter general resultan plenamente aplicables, con particular intensidad, al ámbito jurídico-civil gallego, donde la labor desarrollada por la jurisprudencia cobra especial relevancia⁵⁴.

Así como en relación al pasado se suele destacar, por ejemplo, la importante labor jurisprudencial desarrollada por la Real Audiencia de Galicia, procediendo, según se dice, a realizar la “oficialización” o “generalización oficial de las antiguas figuras gallegas de origen consuetudinario”, “acuñando precedentes judiciales”⁵⁵, a nuestro juicio, en la actualidad el Tribunal Superior de Justicia de Galicia también se encuentra desarrollando una importante función en el ámbito del Derecho civil gallego, como se puede apreciar perfectamente a través de la lectura de sus diversas resoluciones casacionales dictadas en la citada materia.

⁵³ Así, en este contexto, la jurisprudencia vuelve a cobrar, aun inconscientemente, la importancia que, en un tiempo pasado y lejano, tuvo en la cultura jurídica europea, contribuyendo por aquel entonces a la creación y desarrollo de un Derecho Común en la Edad Media, y, a partir de éste, a la del derecho propio de las distintas entidades nacionales que se formaron posteriormente. Cfr. FERNANDEZ BARREIRO, *Derecho Común y Derechos nacionales en la tradición jurídica europea (Discurso leído el día 9 de noviembre de 1990 en la solemne sesión de ingreso en la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación)*, 1991; ID, *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*, 1992. Para esta última obra vid. nuestra recensión a la misma, publicada en IVRA (Riv. internazionale di Diritto Romano e Antico), vol.43, 1992 (pubbl. 1995), p.169 ss. Cfr, asimismo, BELLOMO, *La Europa del Derecho Común*, 1996. Tal monografía, tuvimos ocasión de recensionarla en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm.2, 1998, p.799 ss.

⁵⁴ Llegando en algunas ocasiones a inadmitir el recurso correspondiente interpuesto por la parte de que se trate, a consecuencia de la introducción por aquella de una serie de cuestiones jurídicas nuevas y distintas de las planteadas en las instancias jurisdiccionales anteriores, pero entrando en el fondo del asunto, aun cuando lo sea, según se indica, a efectos meramente clarificadores, como por ejemplo ocurre en la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal con fecha de 24 de abril de 1999. Vid., al respecto, ENJO MALLOU, *Comentario á sentenza do 24 de abril de 1999 do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Civil e Penal)*, en Revista Xurídica Galega, núm.23, 1999, p.263 ss.

⁵⁵ DIAZ FUENTES, *Dereito civil de Galicia* cit., p.12. En sentido similar y también dentro del ámbito jurisdiccional, GIBERT puso de manifiesto en *El Derecho civil de Galicia* cit., p.540, la posible existencia, registrada a partir de 1856 a través de la Revista de ámbito regional Boletín Judicial de Galicia, de una mayor complejidad de la realidad jurídica gallega que la limitada a las dos instituciones consuetudinarias tradicionales recogidas en su Memoria de 1880 por López Lago: el foro y la compañía familiar gallega.

Con la finalidad de poder constatar dicha afirmación hemos elegido, entre otros, dos posibles ejemplos significativos de determinación jurisprudencial del derecho -en este caso, gallego-, ambos en materia de derechos reales⁵⁶, referidos respectivamente a dos instituciones particularmente importantes y conflictivas, que aparecen reguladas por la vigente LDCG: uno relativo a las servidumbres de paso, y otro relativo a las serventías.

El primero de los ejemplos atañe a la resolución del grave problema - que hemos tenido ocasión de examinar más detenidamente en diversos escritos⁵⁷- planteado respecto a la determinación de la posible aplicación con carácter retroactivo o irretroactivo de lo dispuesto en el art.25 de la LDCG en materia de constitución de servidumbres de paso por usucapión.

Dicho problema de derecho intertemporal, ciertamente previsible en una Comunidad como la gallega, en la que desde siempre todas las cuestiones relativas a la agricultura han presentado un carácter primordial, des-

⁵⁶ Respecto a la regulación que se realiza en la LDCG de la materia señalada, remitimos con carácter general a nuestros trabajos *Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres y serventías en la vigente Ley de Derecho civil de Galicia*, en Foro Galego, núm.189, 1999, p.57 ss., y *La regulación de las servidumbres y serventías en la Ley 4/1995 de Derecho civil gallego: un análisis crítico y comparativo con la Legislación civil de otras Comunidades Autónomas*, en Revista Xurídica Galega, núm.14, 1996, p.37 ss., y bibliografía citada en los mismos. Cfr., además, la rigurosa y completa monografía de REBOLLEDO VARELA, *Los derechos reales en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia* cit.

⁵⁷ *Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres y serventías en la vigente Ley de Derecho civil de Galicia* cit., p.59 ss.; *La regulación de las servidumbres y serventías en la Ley 4/1995 de Derecho civil gallego: un análisis crítico y comparativo con la Legislación civil de otras Comunidades Autónomas* cit., p.45 ss.; *Inhibición legislativa e determinación xurisprudencial do dereito: ¿aplicación retroactiva ou irretroactiva do art.25 da LDCG en materia de constitución de servidume de paso por usucapión? (Comentario ás SS.TSX Galicia 15/98 e 16/98 do 24 de Setembro de 1998)*, en REGAP, núm.20, 1998, p.241 ss.; *Inhibición legislativa y determinación jurisprudencial del derecho: ¿aplicación retroactiva o irretroactiva del artículo 25 de la Ley de Dereito civil de Galicia en materia de constitución de servidumbres de paso por usucapión? (Comentario a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 15/1998 y 16/1998, de 24 de septiembre)*, en La Ley(Galicia), suplemento al núm.4777, 19 de abril de 1999, p.1 ss.; *Apostillas a la declaración jurisprudencial de irretroactividad en materia de constitución de las servidumbres de paso en Galicia (Comentario a la STSX Galicia nº4/99, de 2 de marzo de 1999)*, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm.3, 1999, p.691 ss.; *Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbre de paso en la vigente Ley 4/1995 de 24 de mayo, de Dereito civil de Galicia* cit., p.8 ss.

pertando la sensibilidad popular, y que, también, desgraciadamente, en bastantes ocasiones, como demuestran los acontecimientos históricos, ha desatado pasiones incontroladas en la vida cotidiana, no fue tomado en consideración por el legislador gallego al proceder a la redacción de la vigente Ley de Derecho civil de Galicia.

El legislador gallego, dando un paso adelante y con carácter totalmente novedoso⁵⁸, se limitó entonces a reconocer en el segundo inciso del art.25 del mencionado cuerpo normativo la posibilidad de que los particulares pudiesen adquirir por prescripción las servidumbres de paso, junto a otros posibles modos o formas de constitución -ley, “dedicación del dueño del predio sirviente”, negocio jurídico bilateral-, cumpliendo unos requisitos determinados -posesión pública, pacífica e ininterrumpida durante el plazo de veinte años-, dando así respuesta a una supuesta necesidad social sentida desde antiguo en el ámbito agrario gallego, intentando poner fin a la conflictividad causada por la proliferación de servidumbres de paso y la falta de los correspondientes títulos constitutivos.

Sin embargo, a tal previsión legislativa, entendida en el sentido de reconocer claramente la usucapión como posible forma de constitución de las servidumbres de paso, no acompañó la resolución de un problema directamente conectado con el reconocimiento de la institución, cuyo planteamiento necesariamente se produciría en el futuro, como intuyó y puso de manifiesto la doctrina, y confirmó el desarrollo posterior de los acontecimientos: el relativo a la determinación de la posibilidad de aplicar la novedosa forma de constitución reconocida en el ámbito gallego (prescripción adquisitiva) con carácter irretroactivo o retroactivo, es decir, disponiendo que únicamente aprovecharían a los efectos de la adquisición de las servidumbres de paso por prescripción las situaciones posesorias -que, lógicamente, cumpliesen los demás requisitos establecidos por la Ley- a partir de la entrada en vigor del cuerpo normativo, o bien, que también podrían ser alegadas y reconocidas con plenos efectos aquellas otras situaciones posesorias que, cumpliendo los requisitos señalados en el art.25 de la LDCG, se hubiesen venido ejercitando con anterioridad en el tiempo a la mencionada entrada en vigor de la propia Ley.

⁵⁸ Así creemos haberlo demostrado en *Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres de paso en la vigente Ley 4/1995 de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia* cit., p.1 ss.

De esta forma, el legislador gallego perdió incomprensiblemente la oportunidad histórica de actuar adelantándose a los acontecimientos, ofreciendo legislativamente la solución a la cuestión indicada en cualquiera de los dos sentidos apuntados -como por el contrario sí se hizo en otras Compilaciones y Leyes civiles de diversas Comunidades Autónomas-, evitando, como sucedió, su planteamiento posterior.

Por lo demás, la resolución legislativa del entonces en ciernes problema de la intertemporalidad en materia de prescripción adquisitiva de las servidumbres de paso se podría haber efectuado, como avanzábamos en otros escritos⁵⁹, sin mayores dificultades, por la vía que parecía más simple, lógica y segura: la introducción en la Ley de una disposición transitoria específica -motivada, tanto por la especificidad y dificultad de la cuestión planteada, cuya problemática en el ámbito del ordenamiento común era sobradamente conocida, como por la novedad que suponía dicho reconocimiento de la prescripción adquisitiva en relación a las servidumbres de paso en el ordenamiento gallego, en el que hasta entonces había sido ignorada- en la que se previese la retroactividad o irretroactividad.

Lo cierto es que, por los motivos que fuesen, el legislador gallego, no lo hizo, y únicamente se limitó a introducir en la Ley una críptica Disposición transitoria 4ª a modo de “cajón de sastre”, con la loable finalidad de poder resolver -sin excesivas garantías- todos aquellos problemas de derecho intertemporal que, como el señalado -previsible en cuanto a su planteamiento y dotado de particular especificidad por lo que se refería a su resolución, lo que debería haber motivado una atención especial por parte del citado legislador- no se encontrasen solucionados en ninguna de las otras tres disposiciones transitorias anteriores, referidas -como la que ahora nos ocupa- a cuestiones concretas y de previsible conflictividad, relativas a los contratos de arrendamientos rústicos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, a los arrendamientos rústicos históricos y a las aparcerías.

La que, no sin cierto rubor y con las reservas oportunas, cabría calificar como “negligencia legislativa”, supuso la necesaria remisión y resolución del complicado problema a los órganos jurisdiccionales, provocándose un vaticinado incremento de la litigiosidad.

⁵⁹ Vid., por ejemplo, *Inhibición legislativa y determinación jurisprudencial del derecho: ¿aplicación retroactiva o irretroactiva del art.25 de la Ley de Dereito civil de Galicia en materia de constitución de servidumbres de paso por usucapión?* cit, p.2.

Paradójicamente, aun cuando el problema en cuestión se presentase en puridad como un claro y previsible problema de política legislativa, su resolución se llevó a cabo, ante la inhibición del legislador, por la vía jurisdiccional⁶⁰.

En este sentido, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó en casación dos históricas sentencias con fecha de 24 de septiembre de 1998 -recursos 15/98 y 16/98-, en las que, por primera vez, el Alto Tribunal analizaba y resolvía -a través de un *iter* interpretativo que calificábamos como enrevesado y laberíntico-, con especiales dificultades, el dilema planteado y no resuelto previamente, como hubiese sido lo deseable, por el legislador gallego, pronunciándose -a nuestro juicio, acertadamente- por la aplicación irretroactiva de lo dispuesto en el art.25 de la LDCG e materia de constitución de servidumbres de paso por prescripción adquisitiva⁶¹. Con posterioridad a dichas resoluciones casacionales, la misma Sala volvería a pronunciarse de nuevo sobre dicha cuestión en otra sentencia -la tercera cronológicamente en el tiempo-, dictada con fecha de 2 de marzo de 1999 -recurso 4/99-, en la que procedió a clarificar definitivamente el problema, resolviendo las posibles dudas que racionalmente sugería la lectura de las dos resoluciones dictadas anteriormente en la materia⁶², cerrándose de esta forma, a través de la interpretación jurisprudencial, un período de incertezas y dudas que había sido provocado por una inexcusable falta de previsión legislativa⁶³.

⁶⁰ Respecto a la cada vez más acusada tendencia por parte del legislador que se concreta en deferir determinadas decisiones propiamente legislativas, confiando su solución a los órganos jurisdiccionales, cfr., reciente y críticamente, desde un punto de vista constitucional, ROURA GOMEZ, *El conflicto en defensa de la Autonomía local*, en Rev. Vasca de Administración Pública, núm.55, 1999, p.248 ss., y bibliografía allí cit.

⁶¹ Para un estudio más detenido de las mencionadas resoluciones, remitimos a nuestros artículos *Inhibición legislativa e determinación xurisdiccional do dereito: ¿aplicación retroactiva ou irretroactiva do art.25 da LDCG en materia de constitución de servidume de paso por usucapión?* cit., p.241 ss; *Inhibición legislativa y determinación jurisprudencial del derecho: ¿aplicación retroactiva o irretroactiva del artículo 25 de la Ley de Dereito civil de Galicia en materia de constitución de servidumbres de paso por usucapión?* cit., p.1 ss.

⁶² Para un análisis de los extremos contenidos en esta importante sentencia dictada por el TSJ de Galicia, en comparación con las dos resoluciones casacionales anteriores -recursos 15/98 y 16/98- del mismo órgano jurisdiccional, remitimos a nuestro comentario *Apostillas a la declaración jurisprudencial de irretroactividad en materia de constitución por usucapión de las servidumbres de paso e Galicia* cit., p.691 ss.

⁶³ En relación a los efectos prácticos derivados de la declaración jurisprudencial de irretroactividad de la usucapión en materia de constitución de servidumbres de paso -aplicación irretroactiva de lo dispuesto en el art.25 LDCG- y la paradójica reacción operada al res-

El segundo ejemplo de determinación jurisprudencial del derecho, al que ahora nos referiremos, permite apreciar una actuación por parte del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que, en nuestra opinión, quizá pudiera llegar a calificarse como sustancialmente creativa. La lectura de las consideraciones que, en un plano no ya meramente procesal sino estrictamente sustantivo, se contienen en la sentencia dictada por el Alto Tribunal, con fecha de 24 de junio de 1997, en este caso, respecto a la caracterización de la figura jurídica de serventía, en referencia a su forma de constitución, parecen confirmar esta idea.

Como tuvimos ocasión de indicar en otro escrito, en el que nos ocupábamos de comentar la referida resolución casacional⁶⁴, en la misma, el Magistrado Ponente, partiendo del dato concreto que concurría en el supuesto objeto de la litis -relativo a la cesión efectuada en el año 1959 por los padres de la actora (apelante y recurrente) del terreno que en su momento compraron y por el que desde la mencionada fecha venía discutiendo el camino serventío actual en su tramo final, camino cuya cesión se produjo a cambio de la incorporación del camino serventío antiguo a uno de los predios pertenecientes a los padres de la recurrente, consumada con el consentimiento de los cotitulares y por ello usuarios de aquél camino serventío, lo que, a su vez, produjo la consiguiente modificación o alteración del mencionado lugar de paso- encontraba un apoyo que, en su opinión, corroboraba la tesis avanzada por la doctrina jurisprudencial y científica gallega -implícitamente recogida en los arts.30 y 31 de la LDCG-, según la cual, el origen de la serventía podría hallarse en el “agra” o “vilar”, pero sin que su vinculación a las mismas -y en ello estribaría la importancia del razonamiento- lo fuese con carácter exclusivo, puesto que tal institución también se daría en todos aquellos casos en los que -como ocurría en el supuesto judicial concreto planteado- los titulares de las “lei-

pecto en la actualidad por un sector de la doctrina gallega, formulando una serie de propuestas enmarcables en el recurso a la vía jurisdiccional, con la finalidad, según manifiestan, de poder encontrar soluciones que “ante el amplio período de derecho transitorio impuesto por la Ley 4/1995” permitan “solventar el problema ancestral de la servidumbre de paso en Galicia” y que, de forma “relativa y temporal”, faciliten para estos primeros veinte años un mayor número de “posibilidades en favor del reconocimiento de las servidumbres”, vid. nuestras *Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres de paso en la vigente Ley 4/1995 de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia* cit., p.11 ss. Para una sucinta crítica a los citados planteamientos, remitimos a la op. cit., p.13.

⁶⁴ Vid., *Precisiones históricas y jurisprudenciales en materia de serventías: comentario a la STSJ Galicia de 24 de junio de 1997*, en Revista Xurídica Galega, núm.16, 1997, p.303 ss.

ras” contiguas se pusiesen de acuerdo cediendo, casi siempre por su cabecera, terreno o una franja de su “leira” para servicio de todos los predios, con la finalidad de poder tener un acceso más cómodo que les permitiese, de esta forma, alcanzar un camino público.

La precisión efectuada por la Sala supone la confirmación jurisprudencial del reconocimiento de la condición de serventía no sólo en aquellos supuestos fácticos en los que el camino discorra por fincas de propietarios que integren un “agra” o “vilar” -a los que parece referirse fundamentalmente la LDCG-, sino también en aquellos otros en los que los predios, evidentemente contiguos, no se encuentren enclavados en dichas distribuciones territoriales o geográficas, exigiéndose únicamente en este último caso, como se señala en la sentencia comentada, el requisito de que se produzca una cesión, lógicamente voluntaria y consensuada⁶⁵, de una parte de terreno de cada “leira” o finca particular de los constituyentes, estableciéndose de esta forma -de mutuo acuerdo y mediante las correspondientes cesiones de parte del terreno realizadas al efecto- el camino serventío.

Por consiguiente, desde un punto de vista meramente práctico, todo lo indicado implica el reconocimiento -realizado no ya normativamente, sino jurisprudencialmente- de una doble posibilidad a favor de los propietarios que desearan establecer voluntariamente determinados servicios de paso a favor de sus predios, al poder optar aquéllos para conseguir tal finalidad, indistinta y alternativamente, por cualquiera de las dos vías siguientes: o bien por constituir una servidumbre de paso, o bien por establecer una ser-

⁶⁵ La voluntad consensuada de los particulares constituyentes de la serventía resultaría decisiva tanto en cuanto a la necesaria y concreta determinación del lugar material exacto sobre el que se va a establecer el camino al que se atribuye la consideración de serventío, como en todos aquéllos supuestos en los que, una vez establecida la serventía, cualquiera de los cotitulares pretendiese realizar alguna modificación o alteración del espacio físico por el que dicho camino discudiese -por ejemplo, como ocurre en el supuesto objeto de litigio que nos ocupa, permutando una cierta zona de terreno de ese terreno común destinado al paso, que se pretendiese adquirir con carácter particular, por otra zona de terreno de propiedad exclusiva, que, en caso de consumarse el negocio, adquiriría tras las cesiones recíprocas correspondientes la condición de lugar destinado al paso común-, que implicase una variación de su trazado originario; lógicamente, tal modificación o alteración sería posible en la medida en que todos los cotitulares de la serventía estuviesen de común acuerdo. Una vez producida esa modificación o alteración consensuada del camino serventío, los cotitulares del mismo deberán respetar el nuevo trazado establecido de común acuerdo. Vid. *Precisiones históricas y jurisprudenciales en materia de serventías* cit., p.306.

ventía, con independencia de que los citados predios se encontrasen encuadrados en un “agro”, debiendo en este último caso, como se ha señalado, ceder de forma voluntaria y consensuada cada uno de los propietarios una parte de terreno de su finca particular para establecer el camino serventío.

Los dos ejemplos sucintamente expuestos en estas breves notas se presentan como posibles manifestaciones de un fenómeno que, en nuestra opinión, se está produciendo en la realidad jurídica gallega actual⁶⁶, cuyo particular interés y especiales implicaciones, entre otras, en la esfera relativa al ámbito de la configuración y desarrollo del derecho, resultan evidentes; un fenómeno que, a nuestro juicio, permite calificar al concreto momento histórico-jurídico en que nos encontramos como apasionante. A través del presente trabajo simplemente nos hemos limitado a poner de manifiesto dicha circunstancia, sin más pretensión que la de plantear el inicio del que podría ser un interesante y fecundo debate jurídico.

⁶⁶ Con la expresión “realidad jurídica gallega” pretendemos referirnos a la amplia y rica problemática que, dentro del ámbito del Derecho, se ha planteado en la Comunidad gallega a partir y a consecuencia de la promulgación de la Ley 4/1995 de Dereito civil de Galicia, en la que, como es sabido y ya se ha indicado, se establece el marco normativo referencial del ordenamiento jurídico-civil gallego, a cuyo desarrollo se está procediendo, y respecto del que aquélla actúa como punto de referencia fundamental.