

APOSTILLAS A LA DECLARACION JURISPRUDENCIAL DE IRRETROACTIVIDAD EN MATERIA DE CONSTITUCION POR USUCAPION DE LAS SERVIDUMBRES DE PASO EN GALICIA (Comentario a la STSX Galicia nº4/99, de 2 de marzo de 1999)

Ramón P. Rodríguez Montero

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 Organo 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

¹ “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.TSXGalicia 15/98 e 16/98 do 24 de setembro de 1998)”, en REGAP (Revista Galega de Administración Pública) nº20 (setembro-décembro), 1998, p.241 ss. El citado comentario también apareció publicado en castellano en La Ley Galicia, año XX, Suplemento al nº.4777, 1999, p.1 ss.

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 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).

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 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”, 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, pendiente de publicación en las Actas del mencionado Congreso.

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 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 proscibía 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 usucapción 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,

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 legislativa...” cit., p.247 ss.; “Inhibición legislativa...” cit., p.2 ss.

⁴ “Inhibición legislativa...” cit., p.250; “Inhibición legislativa...” cit., p.3.

a la enunciadora 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 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, confiado 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 arrebátarsela (art.441 Código Civil), procurándosele el correspondiente amparo legal (art.446 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 3^a, 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 la 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

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 CATORRA, “La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, 1999.

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 posesorios 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 m/2 y 96 dm/2, de nave industrial al sur de la casa anterior, con una sola planta sobre solar de 289 m/2 y 80 dm/2, de molino industrial al Este de la nave industrial, con planta baja sobre solar de 97 m/2 y 50 dm/2, de terreno anejo al Este que mide 252,70 m/2 y de terreno al Oeste que mide 192 m/2. El total de la finca es, por lo tanto, de 1029,96 m/2 que linda al frente o Norte con la carretera N-VI en una longitud de 29,20 m/2, al Sur con camino de servicio, al Este y al Oeste con propiedad de Dña 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 edificadas 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 interdictal.

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 reconviniente 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 reconvención y terminó solicitando la desestimación de la reconvención con imposición de costas al reconviniente.

CUARTO.- Seguido el juicio por sus trámites, la Sra. Juez de Becerreá 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 reconviniente, 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 reconviniente, 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 aquéllas 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 térmi-

no 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 recurso 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 usucapación 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 proscribía 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 declaración 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 arrebatársela, 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 poseso-

rio, 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 agotado 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 usucapión 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 ausadas. No cabe contra la presente recurso alguno.

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