

DERECHO TRANSITORIO Y CONSTITUCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES: PERSPECTIVA DESDE LA LEY CATALANA 13/1990, DE 9 DE JULIO, DE LA ACCIÓN NEGATORIA, LAS INMISIONES, LAS SERVIDUMBRES Y LAS RELACIONES DE VECINDAD

M^a Rosa Llácer Matacás

1. PRESENTACIÓN: DERECHOS TERRITORIALES Y TRANSITORIEDAD; EN ESPECIAL LA LEY CATALANA 13/1990

La actividad legislativa de las comunidades autónomas con derecho civil propio, de acuerdo con lo previsto en el art. 149.1.8 CE, se ha llevado a cabo con una voluntad de adaptar las viejas instituciones a la realidad. Ello ha significado, en ocasiones, innovaciones llamativas. En estas circunstancias, es evidente la importancia de las disposiciones transitorias o, en su caso, los principios que conforman el Derecho transitorio. En materia de servidumbres son de sobra conocidas disposiciones como el art. 128 de la Ley sobre el Derecho civil foral del País vasco, el art. 25 de la Ley de Derecho civil gallego o el art. 11 de la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad. En general, se observa un espíritu más permisivo en orden a la posibilidad de adquirir las servidumbres por usucapión¹ y, en el caso de la ley 13/1990, una voluntad de reordenar el concepto mismo del derecho de servidumbre y sus modos de constitución para ubicarlo en el moderno tráfico inmobiliario². Asimismo, en su momento constituyeron modificaciones signifi-

¹ La previsión busca asegurar el respeto de los caminos que tradicionalmente atraviesan las fincas. Tal como indica CELAYA IBARRA "Lo cierto es que, con el Código civil en la mano, era difícil evitar que cualquiera pusiera un día una valla al camino que pasa por su finca, aunque tuviera gran antigüedad" (véase comentario al art. 128 LDCFPV, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, T. XXVI, Madrid, 1997, pág. 558).

² Reordenación que, mientras no se proceda a la codificación de toda la materia correspondiente a los derechos reales, es incompleta. Así lo entendió la Comissió Jurídica Assessora en su Dictamen 19/89, sobre l'avantprojecte de llei de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge (Memòria 1989, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1990, págs. 134 a 136). En efecto, el examen de un primer Anteproyecto evidenció insuficiencias que daban una entrada no deseada al Código civil y se procedió a la redacción de un segundo Anteproyecto que, a falta de tiempo material para redactar el libro de derechos reales del futuro Código de Derecho catalán, no evitaría el recurso supletorio al Código. Sin embargo su apreciación resulta excesiva: "*Es remarca que, si el text que segueix és aprovat com a llei, continuaran essent aplicables a Catalunya els articles següents del Codi civil: 532, 533, 534, 535, 540, 542, paràgraf primer de l'article 544, 547, 548, 549, 551, 558, 559, 568, 569, 572, 573, 581, 586, 587, 588, 589, 592, 594, 595, 596, 597, 598, 599, i el que disposen la Llei d'Aigües i el seu Reglament respecte a la servitud forçosa d'aqüeducte i a les altres servituds relatives a les aigües*".

cativas en la materia, la ley 397 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra (ley 1/1973, de 1 de marzo) y los art. 147 y 148 de la Compilación de Derecho civil de Aragón³.

El tránsito de la ley antigua a la nueva ha sido abordado de distinta manera. Son favorables a la retroactividad la DT 4^a Ley de Derecho civil del País Vasco y la DT 1^a de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra⁴, mientras que la DT 10^a de la Compilación de Derecho civil de Aragón de 1967 (por remisión de la DT 4^a de la ley 3/1985, de 21 de marzo) se pronuncia claramente a favor de la no retroactividad⁵. El art. 25, en relación con la DT 4^a de la Ley de derecho civil de Galicia, ha planteado conocidos problemas de interpretación relativos al alcance de la mención expresa al *dies a quo* de la prescripción, que “comenzará a contarse desde el momento en que empezase a ejercitarse”⁶. La falta de una mención explícita a la vigencia de la nueva norma en su propio texto o en las Disposiciones Transitorias, así como la misma DT 4^a, de carácter general, conducen a interpretar la expresión en sentido favorable a la irretroactividad⁷.

La Ley catalana 13/1990 permite localizar tres grandes cuestiones de derecho transitorio, que se articulan en torno a la usucapión y a la constitución de servidumbres por signo aparente⁸. Como representa una ampliación notable de las servidumbres usucapibles, ha originado ya litigios centrados en la posibilidad de computar el tiempo

³ Los art. 147 y 148 de la Compilación aragonesa recogen la tesis formulada por LACRUZ BERDEJO en su conocido artículo “Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes” (R.G.L.J., 1954). Véase una valoración en MERINO HERNÁNDEZ, J.L., Comentario correspondiente, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, T.XXXIV, vol.2, Madrid, 1988, pág. 256-257.

⁴ DT 4^a LDCPV: “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”; DT 1^a CDCFN: “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”.

⁵ Establece lo siguiente: “En 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”.

⁶ Véase una crítica de la falta de previsión del legislador en RODRÍGUEZ MONTERO, “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*. Martes, 23 de febrero de 2000, pág. 8 y 9

⁷ Véase REBOLLEDO VARELA, A.L., Com. a los art. 24 y 25 LDCG, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, T. XXXII, vol.1, Madrid, 1997; BUSTO LAGO, J.M., “Derecho intertemporal y modificación de las normas reguladoras de la usucapión: la usucapión extraordinaria veintenal de la servidumbre de paso ex artículo 25 de la LDCG”, en *La Ley. Galicia*, 3 de marzo de 1998 (suplemento al n° 4491). Sobre la interpretación restrictiva del art. 25 LDCG, véanse las STSXG 15/1998 y 16/1998, de 24 de septiembre, respectivamente en sus FD 4° y 5°. Comentadas por RODRÍGUEZ MONTERO, R., “Inhibición legislativa y determinación jurisprudencial del derecho: ¿aplicación retroactiva o irretroactiva del art. 25 de la Ley de Derecho civil de Galicia en materia de constitución de servidumbres de paso por usucapión?”, en *La Ley. Galicia*, n° 4777. Lunes 19 de abril de 1999.

⁸ La extensión temática de la ley hace posible reparar en otras cuestiones, no reconducibles a los modos constitutivos de la servidumbre, pero que indudablemente pueden plantear interrogantes derivados del tránsito de la Compilación a la Ley 13/1990 y que deben resolverse de acuerdo con el principio que preserve los derechos adquiridos según la legislación anterior (DT 7^a CDCC y arg. ex DT 1^a CC). Llamo la atención el art. 40.2 LANSIRV, que ordenada las vistas oblicuas. Indica que las ventanas deben guardar una distancia de 1,5 m. respecto a la línea de unión entre las dos paredes (es decir cuando las fincas son contiguas, bien en línea recta, bien formando un ángulo de, al menos sesenta grados). El cambio de redacción que representa respecto al art. 293.3 CDCC es significativo (“*Hom no podrà obrir tampoc cap finestra en una paret contigua a la del veí, o que hi formi angle, si no és a una distància mínima de seixanta centímetres, comptats des de la línia d'unió d'ambdues parets*”) y deberá aplicarse respetando las situaciones creadas bajo el derecho anterior. Se amplía la distancia a guardar entre los extremos más próximos de las ventanas y se delimita, además, la apertura del ángulo: los sesenta grados serán el mínimo que faculta para practicar ventanas. Si es menor no es posible abrirlas, aunque en este caso no se ha fijado una distancia superior a la

transcurrido bajo la Compilación. Otra posibilidad, de más difícil materialización pero que juzgamos de interés en la medida que permite completar el examen del tránsito a la ley nueva, se centraría en el acortamiento del plazo de las servidumbres discontinuas que ha significado la derogación del art. 343, cuyo párrafo 2º admitía la usucapión inmemorial. Asimismo, la gran litigiosidad que generan las situaciones surgidas al amparo de un signo aparente ha determinado pronunciamientos favorables a la necesidad de resolverlas de acuerdo con la legislación anterior, aspecto éste que se entrelaza con la cuestión de la aplicabilidad del art. 541 CC en Cataluña.

El art. 11 LANSIRV establece que la adquisición de las servidumbres por usucapión se produce por posesión pública, pacífica e ininterrumpida, en concepto de titular del derecho y por transcurso de un periodo de treinta años. Es decir, se mantiene el plazo trentenal y una sola modalidad adquisitiva desprovista de título, pero se suprime toda restricción. Se trata de un artículo omnicomprendivo en dos sentidos: supera las limitaciones del art. 283 CDCC y prescinde de excepciones fundadas en distintos motivos; asimismo, prescinde de las calificaciones romanas o provenientes del Derecho francés que encorsetaban y condicionaban la usucapión de servidumbres (servidumbres continuas y discontinuas; aparentes y no aparentes). En este contexto, se homogeneiza la usucapión de toda servidumbre, con independencia de sus características⁹. Así, en las servidumbres llamadas discontinuas la posesión o ejercicio del derecho por el titular del predio dominante debe hacerse de acuerdo con su naturaleza (pasando cuando el paso sea necesario, o evacuando agua cada vez que llueve o sea preciso). En las servidumbres llamadas aparentes (las que se manifiestan mediante signos externos y sean fácilmente visibles desde el interior del predio sirviente, arg. *ex* art. 283.8 derogado CDCC) deberá probarse que el ejercicio era un acto posesorio conocido por el perjudicado por la servidumbre. Sin límites que imposibiliten la posesión *ad usucapionem*, las dificultades derivarán de la prueba de los requisitos de la usucapión¹⁰.

Es conocido que la Compilación de Derecho civil de Cataluña excluía la usucapión de las servidumbres enumeradas en el art. 283 CDCC (de hecho aún existe un vestigio en el art. 342 que necesita ser interpretado sin la referencia al art. 283 CDCC derogado). En relación con las no aparentes existía una contradicción entre el art. 283.8 y 343 CDCC que se resolvía a favor de su usucapión¹¹. El tradicional plazo trentenal sólo

que deberían quedar los huecos y que, entendemos, deberían asegurar la distancia mínima de un metro y medio entre sus extremos más próximos (en el caso de que el ángulo fuese de 60º y de que se abrieran ventanas en ambas paredes el cálculo trigonométrico indica que la distancia mínima entre ellas es también de metro y medio, formando un triángulo equilátero).

⁹ El *Avantprojecte de Llei de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge* emanado de la *Comissió Jurídica Assessora* (véase Dictamen 19/89, Memòria 1989, cit., pág. 139-140) conservaba una serie de excepciones paralelas a las de la Compilación. El art. 11 se iniciaba anunciando las excepciones establecidas por el artículo posterior. El párrafo segundo del art. 11 conservaba la distinción entre servidumbres positivas y negativas y la previsión para determinar el *dies a quo*, mientras que el párrafo tercero establecía: "*les servituds discontinues es podran usucapir per usucapió immemorial. Aquesta tindrà lloc quan l'actual generació, ni per ella mateixa ni per tradició de l'anterior, no hagi conegut un altre estat de coses*". La formulación del art. 12 concluía, sin embargo, con una solución alternativa: "*supressió d'aquest article i, com a conseqüència, les referències que se'n fan en altres articles d'aquest Avantprojecte*". Actualmente, sólo aparece alguna peculiaridad vinculada con la clase de servidumbre en sede de extinción, en la medida que el art. 15 LANSIRV (véase el art. 284 CDCC) legitima al titular del predio gravado con una servidumbre de luces (materializada a través de lucernario) o una servidumbre de desguace adquiridas por usucapión, para instar su desaparición cuando el amo del predio sirviente hace desaparecer voluntariamente el signo exterior de servidumbre.

¹⁰ Véase en este sentido, GARRIDO MELERO, "Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña. Comentario a la Ley 13/1990, de 9 de julio de la acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad", *R.C.D.I.*, nº 611, 1992, pág. 1576.

¹¹ Véase PUIG FERRIOL, Com al art. 343 CDCC, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo, T.XXX, Madrid, 1987, pág. 863, donde concluye que el art. 283.8 es contrario a los principios tradicionales del derecho catalán que se había mostrado favorable a la usucapión de las servidumbres no aparentes.

quebraba para las servidumbres discontinuas, que admitían la prescripción inmemorial. Interesa destacar que el art. 283 CDCC contemplaba algunas situaciones que debían ser calificadas de relaciones de vecindad pero también otras especialmente relevantes en la práctica y en las que en realidad se presuponía una relación de tolerancia. Así, la servidumbre de luces (salvo el lucernario), la de vistas en pared propia (dominante) o medianera, la de luces y vistas entre terrados que no se hallen cerrados o lo sean mediante reja y la urbana de paso¹².

Las cuestiones de derecho transitorio se han planteado, básicamente al pretenderse la aplicación de la ley vigente en el momento de interponer la demanda, lo que equivale a computar el tiempo transcurrido bajo la Compilación para sustentar la constitución de una servidumbre que sólo era usucapible de acuerdo con la Ley 13/1990; o bien cuando se ha pretendido aplicar el art. 7 LANSIRV y dar naturaleza jurídica a las relaciones de servicio entre fincas pertenecientes a un mismo propietario, una de las cuales se enajena antes de la entrada en vigor de la Ley 13/1990. Llama la atención que dicha Ley carezca de disposiciones transitorias específicas, especialmente en materia de usucapición. Las cuestiones de derecho intertemporal deben ser resueltas de acuerdo con la DT 7^a CDCC, que se remite al criterio que informa las disposiciones transitorias del Código Civil para dilucidar las que surgieran con la entrada en vigor de la Ley estatal 40/1960, de 21 de julio y la Ley catalana 13/1984, de 20 de marzo. Así pues, es válida una afirmación general favorable a la no retroactividad de la Ley 13/1990 y a la resolución de las situaciones generados al amparo de la Compilación de acuerdo con las disposiciones de ésta.

2. TRANSITORIEDAD Y CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES NO USUCAPIBLES AL AMPARO DE LOS DEROGADOS ART. 283 Y 343 CDCC

2.1. Examen de los criterios seguidos por la jurisprudencia catalana

Los tribunales catalanes han tenido ocasión de pronunciarse acerca de la aplicación de la Compilación sobre la base del Derecho transitorio y de la irretroactividad de la Ley 13/1990. Lo han hecho con unidad de criterio. Podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 16 de junio de 1993 (*La llei*, 1993-2, pág. 560; ponente Sr. Assalit Vives) y posteriormente la emblemática Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 17 de noviembre de 1994 (*La Ley/AC* a281/1995, marginal 399; ponente Sr. Díaz de Valcárcel), a cuyos criterios se remiten la mayoría de sentencias de las Audiencias Provinciales¹³. Rechazan la usucapición de servidumbres de luces y vistas

¹² Art. 283: “No es podran constituir per usucapició, ni tan sols immemorial, les servituds següents: Segona. La de llums mitjançant forats, esclatxes, enreixats o obertures en qualsevol paret, llevat de quan es tracti de lluernia, o sia el buit que mesuri una amplària constant en el parament extern de de dotze centímetres i una alçària variable entre la mínima de quaranta cinc centímetres i la màxima de setanta centímetres. Tercera. La de vistes, sia en paret pròpia, sia en paret mitgera. Quarta. La de llums i vistes entre terrats contigus d'igual o de distinta alçària, que no es trobin tancats, o que ho siguin mitjançant una reixa. Setena. La urbana de pas per un buit de paret que el proporциони sobre una via pública o passatge particular i d'una casa a l'altra per mitjà de ponts, arcs, empostissats o d'altres elements aptes; la que és conseqüència de romandre obert el portal d'una casa o predi o de no trobar-se clos aquest, i la de pas circumstancial entre finques r'utiques solament utilitzat en època de labors agrícoles”.

¹³ Relación de sentencias mencionadas en este trabajo en materia de usucapición: SAP de Lleida 118/1995, de 13 de marzo (*La llei*, 1995-2, pág. 382, ponente Sr. Gil Martín); SAP de Lleida 556/1998, de 11 de noviembre de 1998(AC 1998\2135; ponente Sr. Vaquer Aloy); SAP de Girona 95/1999, de 15 de febrero (AC 1999\4509;

mediante ventanas abiertas en pared propia del predio dominante o de paso urbano o agrícola circunstancial (la SAP de Girona de 15-2-1998 contempla una servidumbre de desagüe), es decir, de las contempladas en el art. 283.3 CDCC. Otro denominador común: iniciada la prescripción siendo vigente la Compilación, la ley vigente en el momento de interponerse la acción negatoria era la actual 13/1990¹⁴. A grandes rasgos, se aprecia cómo en los casos resueltos, los demandantes ejercen la acción negatoria y solicitan el cese del paso o el cierre de las ventanas por las que sus vecinos reciben luces y obtienen vistas sobre el predio que -se afirma- no es sirviente. Los demandados afirman la existencia de servidumbre adquirida por usucapión por entender que el art. 11 LANSIRV permite la prescripción de todas ellas sin excepción. Para ello pretenden sumar el tiempo transcurrido bajo la Compilación al posterior, si bien el supuesto de hecho sólo admite el mencionado modo constitutivo de acuerdo con la Ley 13/1990. En algunos casos el tiempo durante el que permanecieron abiertas las ventanas es realmente notable, con lo que la cuestión conlleva en realidad una calificación de los hechos pretéritos de conformidad con la nueva ley¹⁵. Los casos son resueltos de acuerdo con el art. 283 CDCC, en aplicación de las Disposiciones Transitorias 1ª y 3ª CC y de los art. 2.3. y 1939 CC.

Desde una perspectiva general, merecen ser destacados los razonamientos siguientes:

I. Aplicación de las disposiciones transitorias del Código Civil, de acuerdo con el llamamiento que realiza el propio Derecho catalán, es decir, la DT 7ª de la Compilación, a falta de Disposición Transitoria específica en la propia Ley 13/1990. Se trata de una llamada al *criterio informador* y no a las concretas disposiciones transitorias del Código¹⁶. La resolución de los conflictos de derecho intertemporal debe solventarse, pues, con el recurso a los principios generales que emanan del Código. En definitiva se hace referencia al *Derecho Transitorio* o a las reglas derivadas del Ordenamiento (*ex* DT 13ª CC) y que propugnan el respeto de los derechos adquiridos

ponente Sr. Ferrero Hidalgo)SAP SAP de Tarragona 60/1999, de 18 de febrero de 1999 (AC 1999\4246; ponente Sr. Alavedra Farrando); SAP de Lleida 236/1999, de 26 de abril (AC 1999\4416; ponente Sra. Cespedes Cano); SAP de Girona 349/1999, de 4 de junio de 1999 (AC 1999\1109, ponente Sr. Rey Huidobro).

¹⁴ La STSJC de 9 de noviembre de 1992 (La Ley/AC a627/1993, marginal 1018, ponente Badía i Tobella) aplica la Compilación por ser ésta la ley aplicable en el momento de interponer la demanda. Indica su 4º FD: "Por razón de la fecha de interposición de la demanda, la legislación aplicable al caso es la que contiene la Compilación del Derecho Civil de Cataluña anterior a la promulgación de la Ley 13/1990 de 9 de julio, de la acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad". Más adelante: "El recurrente D. Ramón P. también alega la adquisición de servidumbre de paso por usucapión pero esta pretensión resulta insostenible ya que al tratarse de fincas urbanas regía la prohibición que contiene la norma séptima del art. 283 de la Compilación. Esta norma disponía que la servidumbre urbana de paso no podrá adquirirse por usucapión ni aún por el hecho de ser inmemorial. Y si bien en Cataluña, el art. 343 de la Compilación hoy derogado permitía, a diferencia del Código Civil, la adquisición de las servidumbres discontinuas por usucapión inmemorial cuando no se trataba de un terreno urbano, esta aplicación legal tampoco es de aplicación en el caso ya que de la prueba practicada no resulta de ningún modo que mientras que no era suelo urbano se constituyera alguna servidumbre y menos aún que la actual generación, por ella misma y por tradición de la anterior, hubiera tenido conocimiento de su supuesta realidad" (...). En consecuencia, ha de ser admitida la acción negatoria de servidumbre de paso interpuesta y debe declararse su inexistencia entre las fincas de los dos litigantes"

¹⁵ La SAP de Tarragona de 16 de junio de 1993 "encuentra probado que han transcurrido más de treinta años desde que existe la repetida abertura hasta que se ejercita por la actora-apelante la acción negatoria de servidumbre de luces y vistas"; la ventana fue abierta al tiempo de construirse la casa, hace 80 o 100 años. También la STSJC de 17-11-94 se pronuncia sobre una acción negatoria ejercitada con la finalidad que se cerrara una ventana abierta sobre la finca de los demandantes desde que se construyó la casa hace ochenta años.

¹⁶ Éstas son difícilmente aplicables por vía supletoria. En efecto, los principios generales, a falta de disposición transitoria específica en una ley catalana, son aptos para resolver toda cuestión y engloban los supuestos concretos reflejados por cada una de las Disposiciones transitorias del Código.

bajo la ley antigua, a su ejercicio de conformidad con ella y a la aplicación inmediata de los derechos declarados *ex novo* siempre que los nuevos derechos no colisionen con otros antiguos que deben ser respetados¹⁷ o que impongan sanciones desconocidas por la ley anterior. El legislador catalán, preocupado por dar solución a cuestiones de derecho intertemporal concretas (DT 1^a a 6^a y DT 8^a CDCC), ha preferido hacer una llamada a los principios informadores de otro Ordenamiento sin dar prioridad a los propios, quizá en un intento de simplificar el ejercicio de interpretación que siempre conlleva¹⁸. A las Disposiciones Transitorias del Código Civil debe añadirse la aplicación del art. 1939 CC, norma de naturaleza transitoria que se halla en el articulado del Código por razones históricas¹⁹. Así, el recurso a las Disposiciones Transitorias del Código por los Tribunales al tratar de las variaciones legislativas producidas por el tránsito legislativo en materias de competencia autonómica requiere el recurso previo a la DT 7^a CDCC²⁰, norma que adquiere la connotación de derecho transitorio general²¹. Una sentencia explícita en esta materia es la SAP de Tarragona de 16 de junio de 1993²².

2. La adquisición de servidumbre de luces y vistas bajo la Compilación es una posibilidad inexistente que sólo deviene factible con la Ley 13/1990. De ahí que sea imposible el cómputo del tiempo durante la vigencia de la ley antigua y que sólo quepa empezarlo con la entrada en vigor de la nueva ley. La pervivencia de la ley antigua y su aplicación a la situación generada bajo su vigencia se vinculan al carácter irretroactivo de la ley nueva²³. Es decir, se barajan los art. 2.3 CC y las DT 1^a y 3^a CC. La primera marca el ámbito temporal de aplicación que, a falta de disposición contraria, debe predicarse de las situaciones que se inicien bajo la vigencia de la nueva ley. La Disposición transitoria 1^a CC (segunda parte) conecta esta afirmación con un límite a la aplicación

¹⁷ Véase DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, T.I, Madrid, 1949 (edición de 1985), pág. 632-633 y pág. 671

¹⁸ Se trata de una llamada directa al Ordenamiento estatal y no de una aplicación supletoria, sometida al filtro de los principios generales del Ordenamiento catalán (*cf.* DF 4^a CDCC). Sin embargo, no puede significar una dejación pues los principios generales resultan siempre aplicables.

¹⁹ Véase DÍEZ-PICAZO, Comentario al art. 1939, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág.2904. Téngase en cuenta la STS de 11 de noviembre de 1988 (nº 8469). En el contexto de la Ley de contrato de seguro /L 50/1980, de 8 de octubre), cuya DT 2^a establece la necesidad de adaptar los contratos celebrados a las disposiciones de la nueva ley en el plazo de dos años desde su entrada en vigor, entiende que el art. 1939 del Código civil “debe ser considerado (...) como derecho transitorio común, pudiendo aplicarse también a las leyes que no posean propias y específicas normas especiales de transición, sin que ello comporte efecto retroactivo contrario al número tres del artículo dos del Código civil”. Sobre el carácter de Derecho transitorio del art. 1939 CC en Cataluña, véase PUIG FERRIOL, com. a la DT 7^a CDCC, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T. XXX, vol., Madrid, 1987, pág. 992-993.

²⁰ En el mismo sentido y para el Derecho gallego RODRÍGUEZ MONTERO destaca el criterio seguido por la STSXG de 2 de marzo de 1999 (FJ 4^o, ponente Sr. Vázquez Sandes) en “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*, 1999-3, pág. 694-695.

²¹ Véase, en relación con la DT 4^a LDCG, COLINA GAREA, R. Com a la misma en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, T.XXXII, vol.2, pág. 1427.

²² Establece su FD 2^o (ponente Sr. Assalit Vives): “Para resolver el problema planteado debe acudirse a las normas de Derecho transitorio del Derecho Civil de Catalunya, que se encuentran en la Compilación, pues la L 13/1990 no las proporciona para la cuestión litigiosa. La séptima establece la norma general de que las cuestiones de carácter intertemporal que surjan de la aplicación de la Ley estatal 40/1960, de 21 de julio y la Ley catalana 13/1984, de 20 de marzo, se resolverán aplicando el criterio que informa las disp. trans. CC. Si bien es cierto que el problema transitorio surge de otra Ley distinta consideramos que deben ser aplicados los criterios informadores del CC poniendo en relación la expresada disp. trans. 7^a, el art. 1 y la disp. final 4^a CDCC”.

²³ Véase la SAP de Llcida de 13 de marzo de 1995 (3^o); STSJC de 17 de octubre de 1994 (4^o FD).

inmediata de la ley nueva cuando declara un derecho por primera vez y tendente a la protección de las situaciones creadas bajo el imperio de la ley derogada: la aplicación *desde luego* (en definitiva, retroactiva) sólo se verifica si no perjudica otro derecho adquirido de igual origen. En esta circunstancia incurre ciertamente; el propietario del predio perjudicado por la constitución de la nueva servidumbre que no se opone a los actos ejecutados por el titular del predio que resultaría dominante (DT 3ª CC). El acto no sancionado por la ley antigua ni siquiera genera una expectativa, sino que al contrario, confiere la certeza de que no va tener consecuencias jurídicas perjudiciales para quien omite actuar. Por ello no puede convertirse sorpresivamente en la imposición de un derecho inesperado²⁴.

3. El art. 1939 CC es útil en dos vertientes: en la resolución de casos concretos²⁵ y en la formulación de los principios que conforman el Derecho transitorio. Y ello aunque, a diferencia de la DT 3ª CC, no encaja directamente en el contexto de una usucapión no iniciada, sino que, al contrario, contempla una usucapión comenzada y calificada como tal por la ley derogada que debe concluir de acuerdo con ella, con la salvedad introducida en la segunda parte del artículo, que admite el cómputo según la ley nueva cuando establece un plazo más corto. En efecto, de este supuesto de hecho también se infiere el principio según el cual los derechos o situaciones nacidos al amparo de una ley deben desenvolverse según esta misma, independientemente de las variaciones que sufra con posterioridad y salvo que la nueva regulación prevea un margen, más o menos amplio, de retroactividad. Ello es posible desde las dos perspectivas que ofrece el art. 1939. De su parte primera se desprende que, iniciada una prescripción bajo la ley derogada, debe agotarse de conformidad con ella²⁶. De la segunda deriva la afirmación de que el plazo previsto por la ley nueva (más corto en el art. 1939, 2ª parte) empieza a computarse con su entrada en vigor sin que sea posible sumarle el tiempo transcurrido con anterioridad²⁷.

²⁴ La SAP de Tarragona 16-6-93, indica en su 2º FD: "El segundo inciso de la regla 1ª disp. trans. CC establece que si un derecho apareciera declarado por primera vez en el Código tendrá efecto, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido, de igual origen. La posesión en concepto de titular de una servidumbre, que no podía adquirirse por usucapión (...) no tiene categoría de prescripción comenzada, pues dicha usucapión no se encontraba reconocida en la legalidad antigua, e incluso en el supuesto de que se forma errónea a nuestro juicio se pudiera entender lo contrario, la prescripción comenzada según la mejor doctrina no constituye un derecho adquirido sino una expectativa. Ciertamente al actor-apelante ostentaba según la legalidad anterior el derecho a que por prescripción adquisitiva no pudiera adquirirse el derecho real de servidumbre de luces y vistas, por lo que quedaría perjudicado en sus derechos adquiridos en el supuesto de que pudiera aplicarse en favor de los apelados legitimados pasivamente lo dispuesto en la mencionada regla"

²⁵ Así, la SAP de Lleida de 11 de noviembre de 1998.

²⁶ Véase la STSXG 16/1998, de 24 de septiembre (ponente Sr. Trillo Alonso; *La Ley de Galicia* nº 4777, pág. 14), 6º FD: "El art. 1939 CC considerado por la Jurisprudencia como Derecho transitorio común, contiene una norma especial con relación a la disp. trans. 1ª de dicho Texto legal, y es la de que la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, se rige por la ley vigente en el momento en que el fenómeno de la prescripción se comenzó a producir. De su inciso primero fácil es deducir que la ley nueva no se aplica a las prescripciones que se encontrasen en curso bajo el imperio de la legislación anterior". En cambio, la STSXG 15/1998 (ponente Sr. Saavedra Rodríguez; *La Ley de Galicia*, nº 4777, pág. 12) 5º FD entiende que el art. 1939 CC no es de aplicación directa al supuesto.

²⁷ Véase RODRÍGUEZ MORATA, F.A., Com. al art. 1939 CC, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, T.XXV, vol. I, Madrid, 1993, pág. 228. La STSJC de 17-10-94, indica en su FD 3º: "De tal norma se infiere que si la Ley nueva declara prescriptible un derecho que por la antigua no lo era, no puede computarse el tiempo de inactividad transcurrido bajo el imperio de la Ley antigua (argumento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1906). En definitiva, como ha dicho la doctrina, el art. 1939 del Código Civil conduce a sostener que quien desee prescribir por la Ley nueva no puede aprovecharse del tiempo transcurrido bajo la antigua normativa"; asimismo, la SAP de Tarragona de 16-6-93, FD 2º: "Del segundo inciso del mismo art. 1939 que resuelve el conflicto que puede suscitarse cuando se da comienzo a una prescripción según la antigua legalidad y a otra según la nueva (introduciendo una cierta dosis de retroactividad), se extrae el principio de que quien desee prescribir por la ley nueva no puede aprovecharse del tiempo transcurrido bajo la antigua".

4. El conflicto se resuelve de acuerdo con la Compilación, es decir, declarando imprescriptibles las servidumbres, inhabilidad del derecho que hace inútil el tiempo transcurrido e infructuosa la pretendida actividad posesoria. La pretensión de sumar el tiempo transcurrido pierde todo fundamento si la situación se califica y resuelve de conformidad con la ley antigua. Sólo es posible pues, iniciar una nueva usucapión a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/1990, que concluiría en el año 2020. En este caso, tanto el supuesto de hecho como sus efectos jurídicos se producen con sujeción a la ley nueva²⁸.

5. Pero para ello es necesario un acto posesorio, básicamente no tolerado. Es decir, los actos que bajo la antigua ley no podían ser considerados *ad usucapionem* deben convertirse en tales después de la entrada en vigor de la ley nueva. Así lo señala claramente la SAP de Girona de 15 de febrero de 1999 (2^o FD) que insiste en la necesidad de que los actos tolerados se conviertan en tal posesión, cuestión que condiciona el inicio del plazo de usucapión²⁹. En la usucapión de servidumbres de luces y vistas, servidumbres negativas, es preciso el acto obstativo del dueño del predio dominante que marque el inicio del ejercicio de un pretendido derecho de servidumbre. Este requisito no parece que se cumpliera, en su momento, en ninguno de los casos reflejados por la jurisprudencia que citamos, circunstancia que, por lo demás, no hubiera hecho variar la desestimación de la acción negatoria por no haber podido transcurrir el plazo necesario³⁰. El comienzo de la usucapión de la servidumbre de luces y vistas no debe situarse en la entrada en vigor de la Ley 13/1990, sino a partir de la realización del acto obstativo, momento en el cual la abstención del dueño del predio sirviente debe vincularse al ejercicio de un derecho ajeno³¹. Sólo que con la Ley 13/1990, el acto obstativo tiene el valor que les es propio, mientras que, ya hemos indicado que sobre la base de la Compilación, éste hubiera resultado irrelevante para calificar la actividad de uno y la inactividad del otro. En efecto, si la base de la prohibición del art. 283 CDCC es la posesión tolerada, parece que la norma tiene un contenido imperativo indicativa de una presunción de tolerancia *iuris et de iure*. La necesidad de abrir ventanas dejando entre

²⁸ En este sentido se pronuncia también SOLÉ RESINA, J., “*La usucapió de les servituds en el Dret català*”, en *Tribunal*, 1997-I, pág. 50. Véanse la STSJC 17-10-94, 4^o FD: “En resumen, la sentencia recurrida aplica correctamente los arts. 6 y 11 de la Llei 13/1990 cuando limita su eficacia a la entrada en vigor de la Ley, verdadero *dies a quo* de la pretendida suscapión, cuyo *dies ad quem* quedaría situado el año 2020”. Siguiendo los criterios sentados por el Tribunal Superior se pronuncian las SAP de Girona de 15 de febrero de 1999 (2^o FD), de Tarragona de 18 de febrero de 1998 (3er FD) o de Lleida de 26 de abril de 1999 (3er FD).

²⁹ Establece su 2^o FD: “(...)si con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley existen determinados actos sobre fundos ajenos por mera tolerancia del propietario, tras la misma, es preciso que dichos actos tolerados se conviertan en una posesión con todos los requisitos mencionados, pues si continúan siendo meros actos tolerados, es claro que nos e produce el inicio de la usucapión, por mucho que haya entrado en vigor la referida Ley, pudiendo el propietario en cualquier momento hacerlos cesar. Ello supone que la acción negatoria no empieza a prescribir sino cuando realmente se inicia la perturbación ilegítima, bien material, bien jurídica, por parte del titular del predio dominante, mediante la posesión en concepto de titular de la servidumbre, o cuando el titular del predio sirviente requiere al titular del otro predio a fin de que cese en los actos tolerados negándose a ello y continuando con dichos actos, pues es a partir de este momento cuando se produce la perturbación ilegítima a que se refiere el artículo 2.5 de la Ley 13/1990”.

³⁰ El 5^o FD de la STSJC 17-10-94 entiende, por este motivo y a mayor abundamiento, que no ha habido grandes cambios en el Derecho catalán en materia de servidumbres: “Abrir ventanas o tomar vistas directas sobre el fundo vecino es un acto prohibido por la Ley que si se mantiene en el tiempo es por mera tolerancia, pero sin generar derechos. Ahora bien, esta detentación precaria puede convertirse en cuasi-posesorio *ad usucapionem* cuando, verbigracia, se mantiene tras un acto obstativo del otro propietario pues, a partir de entonces, se posee en concepto de titular del derecho de servidumbre. Aplicando lo dicho al caso de autos, la transmutación de actuación tolerada en posesión computable para la usucapión no se produce por el mero cambio legislativo (...) sino desde que el acto obstativo del actor es rechazado por los demandados con el argumento de ser titulares de un derecho de servidumbre de vistas”.

³¹ La derogación del art.343 CDCC por la Ley 13/1990 no impide la aplicación de esta doctrina jurisprudencial tendente a apreciar el inicio del ejercicio de la servidumbre. El art.11.2 de el *Avantprojecte* propuesto por la *Comissió Jurídica Assessora* (op. Cit., pág. 139) reproduce dicho art. 343.1.

éstas y el fundo vecino la *andróna* a que se refiere el art. 40 LANSIRV es una norma de relaciones de vecindad que sólo es posible alterar con la constitución de una servidumbre, sin que, de vuelta con el art. 11 LANSIRV, se desprenda dato alguno a favor de la tolerancia. Otro aspecto a tener en cuenta, en este contexto, es la reiterada doctrina jurisprudencial que clasifica las servidumbre de luces y vistas en negativas y positivas en función de su ubicación, es decir, de si están abiertas en pared dominante o bien en pared sirviente o medianera, respectivamente (STS de 8 de octubre de 1988, 5º FD, *La Ley/AC* 186/1989). En la línea de las críticas vertidas sobre esta distinción³² y de acuerdo con la opinión que considera positivas las servidumbres de luces y vistas obtenidas mediante ventanas abiertas en pared medianera o propia que invade la *andróna* (cuyo respeto constituye una limitación de la propiedad), creemos que, para éstas, también debería tenerse como *dies a quo* la entrada en vigor de la Ley 13/1990. Teniendo en cuenta el esfuerzo del legislador catalán por sistematizar las relaciones de vecindad y el mantenimiento del principio según el cual las luces o vistas deben tenerse en primer lugar sobre fundo propio y a una distancia de, al menos, un metro del predio vecino, no habría dificultad para espiritualizar la invasión propia de toda servidumbre positiva y entender que ésta también se da cuando las ventanas se ubican en la pared del fundo dominante y sin respetar la mencionada *andróna*. De este modo, las servidumbres de luces y vistas positivas (todas, salvo las propiamente negativas, es decir, las que impidan tapar las luces o vistas en ventanas abiertas en edificio dominante que no perturba las distancias delimitadas por las relaciones de vecindad) serían inmediatamente usucapibles pues el conocimiento de su inicio por el titular del predio sirviente no precisa acto obstativo. La jurisprudencia reiterada que, prescindiendo de cuestiones doctrinales, clasifica las servidumbres negativas y positivas en función de la mencionada ubicación de las ventanas y huecos impide que comience la prescripción y se inicie el cómputo del plazo³³, difiriendo éste a la existencia del acto obstativo y limitando la virtualidad de la nueva ley a la existencia de acto posesorio.

6. El nuevo plazo de prescripción de la acción negatoria, de cinco años (art. 2.5 LANSIRV) debe aplicarse a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/1990 (en relación con la DT 4ª CC). Sin embargo, la retroactividad no debe alcanzar más allá, es decir, computarse a partir de hechos producidos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley³⁴.

2.2. Observaciones: retroactividad, irretroactividad y derecho transitorio en la constitución de las servidumbres por usucapión

a) **La usucapión como fenómeno unitario.** La usucapión ofrece la particularidad de designar el efecto jurídico de un hecho dilatado en el tiempo. Desde un punto de vista general, la aplicación retroactiva de una ley nueva (es decir, inmediata o *desde luego* de su entrada en vigor) abarca los efectos derivados de *derechos nacidos* al amparo de la ley derogada que se desenvuelven o se producen bajo la vigencia de ley nueva. Los nacidos a partir de su vigencia se rigen lógicamente por ésta, así como las expectativas, salvo lo dispuesto por el art. 1939 CC. La usucapión no es un derecho nacido sino un mero hecho y ello obliga a modificar la perspectiva. Es un hecho jurídico dila-

³² Véase ALBALDEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, III,2, Barcelona, 1994, págs. 113 a 115; LUNA SERRANO, A., *Elementos de Derecho civil* III,2, Barcelona 1991, págs. 215-216.

³³ Véase una exposición en GARCÍA GIL, F., *Las servidumbres en la jurisprudencia*, Madrid, 1998, pág. 24 y ss.

³⁴ Como dice la SAP de Girona de 15 de febrero de 1999 en su 2º FD: “nos encontraríamos ante un supuesto de restricción del derecho que con anterioridad tenía todo propietario en cualquier momento para negar la existencia de una servidumbre sobre su finca (...) Por lo tanto el plazo prescriptivo de la acción negatoria previsto en el artículo 2.5. debe contarse también a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley”.

tado en el tiempo cuyos efectos son inmediatos tras su completo transcurso. Se trata de una situación que debe examinarse en bloque: mientras no se cumple el plazo, y en palabras de DE CASTRO, “no hay derecho adquirido, hecho cumplido, ni situación definida”³⁵. De ahí que la ley que regule la usucapión debe abarcar todo su régimen y no admitir fragmentación. Siendo ésta la vigente al inicio de la posesión, debe regularla en su totalidad³⁶. Así pues, el hecho inicial que determina por entero su calificación y régimen, bien consiste en una prescripción comenzada (y entonces es una mera expectativa), bien es un hecho irrelevante por mucho que la nueva ley en vigor le otorgue relevancia jurídica (es decir, inhábil para la prescripción, como la servidumbre de luces y vistas en la Compilación catalana). Aplicar un plazo a un supuesto de hecho que no le corresponde supone una fragmentación inadecuada (a reserva de lo que prevé la segunda parte del art. 1939 CC). Y calificar de nuevo el hecho jurídico a la luz de la nueva legislación tiene una trascendencia superior a la mera aplicación inmediata de la ley nueva, que no abarcará únicamente los efectos producidos tras su entrada en vigor, sino que necesariamente impone una nueva lectura de lo anteriormente acaecido. Aplicar la ley nueva retroactivamente representa una ruptura con la calificación jurídica anterior, más próxima a la retroactividad en grado máximo que a sus otras modalidades atenuadas. Lo dicho redundaría en la idea de que el régimen de la prescripción deba ser el que inicialmente la reconoce (o bien le niega tal calificación). El dato principal, que condiciona la totalidad del régimen enjuiciado es, pues, el momento inicial del cómputo o, mejor dicho, el momento en que empieza a ejercitarse la actuación en concepto de titular del derecho de servidumbre³⁷.

b) Insuficiencia del criterio de la irretroactividad de la ley. Observamos que el art. 2.3 CC es un criterio recurrente en la jurisprudencia que ha tratado las cuestiones de derecho intertemporal, criterio que reencontramos en la preposición introductoria de las Disposiciones Transitorias del Código civil (“Las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo”). Sin embargo, la irretroactividad sólo nos indica que la ley nueva no es aplicable *desde luego* o inmediatamente a las situaciones surgidas al amparo de la ley derogada. Es decir, sólo nos indica que la Ley 13/1990 no es aplicable a las situaciones constitutivas de servidumbres de luces y vistas iniciadas con anterioridad. Pero carece de sentido positivo, es decir, no proporciona el Derecho que debe regularlas³⁸ y no parece exacto hacer derivar la aplicación de la ley derogada únicamente de reglas lógicas³⁹.

³⁵ DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 659.

³⁶ Véase DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., Comentario al art. 1939 CC, en *Comentario del Código Civil*, T.II, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 2094: “Se ha señalado que ello es expresión de un criterio de irretroactividad de la ley nueva, que se refiere a todo régimen de la prescripción y no sólo a los plazos (v. gr. determinación del momento de comienzo, del cómputo del tiempo, de las causas de interrupción, etc.)”.

³⁷ Véase RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, pág. 228.

³⁸ Véase Luis-María DIEZ-PICAZO, *La derogación de las leyes*, Madrid, 1990, pág. 204-205: “El art. 2.3 del CC no dice nada más que lo que dice, esto es, que, a menos que establezcan otra cosa, las leyes no poseen efecto retroactivo (...) es preciso añadir de inmediato que el mencionado art. 2.3 CC no ordena nada más. Ello quiere decir, en concreto, que la no presunción de retroactividad como norma de conflicto general es por sí sola insuficiente para construir un sistema de Derecho intertemporal”.

³⁹ La SAP de Lleida de 13 de marzo de 1995 indica que el Código Civil “contiene una norma general en el art. 2.3 que dice que las leyes no tendrán efecto retroactivo sino disponen lo contrario. Aplicando esta doctrina al caso que se cuestiona habremos de estimar que las normas de constitución de las servidumbres que establece la nueva ley no modifica la ley anterior, sino a partir del momento de entrada en vigor y por consiguiente si ahora se admite la adquisición de las servidumbres por usucapión de 30 años, este plazo habrá de contar no desde que se abrieron las ventanas o huecos, sino desde la vigencia de la nueva ley”. Sobre la base del art. 2.3 CC, véase también la, STS/XG 4/99, de 2 de marzo de 1999 (*Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1999-3, pág. 696).

c) **La ultraactividad de la ley derogada.** La irretroactividad de la ley tiene su reverso en la aplicación de la ley derogada aún después de su pérdida de vigencia⁴⁰. El fenómeno, recogido en los art. 9.3 CE, 2.3 CC y en la proposición introductoria de las Disposiciones Transitorias de Código civil, explica únicamente la aplicación de la nueva ley a las situaciones nacidas bajo su vigencia. Toda aplicación inmediata a los efectos o al ejercicio de derechos nacidos bajo la legalidad anterior conlleva, como es sabido, cierto grado de retroactividad, cuya gradación más usual es la retroactividad en grado medio o mínimo (DT 1ª, segunda parte). Así, el principio de irretroactividad se integra en el Derecho transitorio porque abre las puertas a la aplicación del derecho anterior (DT 1ª, primera parte, DT 2ª y arg. ex DT 4º CC). La *ultraactividad* de la ley o su aplicación posterior a la derogación, bien puede derivar de la ley derogatoria como del Derecho transitorio general. Cuando la nueva ley, a través de disposiciones transitorias *ad hoc*, vincula la legislación derogada a los efectos producidos con posterioridad, la situación se resuelve en realidad de conformidad con la nueva ley que llama, en los términos y matices que crea convenientes, a la antigua⁴¹. Debe aceptarse, no obstante, que ésta pueda tener un ámbito de aplicación que excede de su vigencia temporal y sin otra fuerza que su vigencia pretérita. Para ello es preciso fundamentar la aplicación de lo derogado en los principios generales que conforman el Derecho Transitorio o conjunto de normas derivadas del Ordenamiento propio y, en aplicación de la DT 7ª CDCC, de las Disposiciones transitorias del Código civil (DT 13ª CC)⁴².

El Código prevé expresamente cuatro situaciones vinculadas con el derecho intertemporal: derechos nacidos bajo la legislación anterior (DT 1ª, primera parte); derechos inexistentes y reconocidos por la ley nueva (DT 1ª, segunda parte)⁴³; expectativas surgidas al amparo de la ley antigua y suprimidas por la nueva (art. 1939, primera parte CC); o bien simplemente modificadas por ésta (art. 1939, segunda parte). La expectativa aparece contemplada en el art. 1939 CC aunque su valor trasciende su sede de prescripción⁴⁴. Las dos primeras –y específicamente la segunda– nos sitúan en los casos de derecho intertemporal en materia de servidumbres que mayoritariamente se han planteado ante los tribunales catalanes. La tercera encuentra reflejo en la restricción que supuso el Código civil en relación con las servidumbres comenzadas (usucapión ordinaria de las discontinuas o aparentes, siendo discutido que la inmemorial pueda encontrar solución de acuerdo con el art. 1939 CC). La última permite plantear la solución al problema suscitado por la usucapión comenzada de las servidumbres discontinuas –inmemorial– que la ley derogatoria 13/1990 somete al régimen general.

Las DT 1ª CC contiene una concesión a la retroactividad, en la medida que su parte segunda admite que, cuando un derecho es reconocido por primera vez, la ley nueva se aplica *desde luego* o inmediatamente “aunque el hecho que la origine se verificara bajo la

⁴⁰ Véase SUAREZ COLLIA, J.M., *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, Madrid, 1991, pág. 76-77.

⁴¹ Luis María DIEZ-PICAZO, op. cit., pág. 223-224, detecta una serie de supuestos de ultraactividad impropia que no son sino manifestaciones de retroactividad y efecto de la ley derogatoria, así “la remisión por parte de una ley en vigor a conceptos o normas de una ley derogada. También en esta hipótesis la fuerza de la ley derogada no es otra que la que posee la ley en vigor, que llama a esos conceptos o esas normas del pasado a fin de rellenar su propio contenido normativo, por lo que no puede hablarse de ultraactividad en sentido propio”. Previamente precisa (op. cit., pág. 220-221): “La verdadera ultraactividad se produce cuando, una vez que la ley ha sido efectivamente derogada, ésta continúa desplegando, ello no obstante, determinada eficacia durante un lapso de tiempo más o menos prolongado. La ultraactividad consiste, por tanto, en el fenómeno de que una ley derogada regule válidamente todavía algunas situaciones. La ultraactividad en sentido propio, así entendida, tan sólo se produce en los casos de ausencia de efectos retroactivos en la ley derogatoria”.

⁴² Sobre la noción de Derecho transitorio, véase DE CASTRO, op. cit., pág. 632-633.

⁴³ La conculcación de derechos nacidos y ejercitados supondría una retroactividad en grado máximo.

⁴⁴ STS de 16 de noviembre de 1988 (Ar. 8469).

legislación anterior⁴⁵. Sin embargo, la regla se invierte cuando perjudica derechos que derivan de la legislación anterior (“perjudican otro derecho adquirido, de igual origen”, DT 1^a *in fine*) en cuyo caso, se vuelve a la no retroactividad y a la aplicación del derecho derogado. Pero ésta no persigue amparar al pretendido titular del derecho de servidumbre (que no pudo iniciar acto posesorio alguno), sino al propietario de la finca que resultaría sirviente quien sí se ve perjudicado por el contenido sancionador de la nueva ley y que deriva de la constitución inesperada de un derecho sobre su propiedad (DT 3^a CC)⁴⁶. La propiedad plena del predio sirviente quedaría sorpresivamente afectada por la constitución de la servidumbre. La sanción de la omisión que resultaba inocua bajo la antigua regulación representa un perjuicio para quien se hallaba amparado por la antigua ley⁴⁷.

3. PRESCRIPCIÓN INMEMORIAL: LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN CONSTITUTIVO DE LA USUCAPIÓN COMENZADA BAJO LA LEY DEROGADA

La prescripción únicamente comenzada sería irrelevante si nos atenemos a la unidad precisa en la consideración de su régimen anteriormente reseñada (DT 1^a, segunda parte CC). Sin embargo, el art. 1939 CC prevé un régimen común excepcional en materia de prescripción⁴⁸. Como hemos apuntado, puede verse afectada de dos modos por la nueva ley nueva: porque desaparece la institución y la ley nueva supone una ruptura brusca en su reconocimiento jurídico, o porque ésta reduce el plazo o modifica algún otro extremo de su régimen. Lo primero ocurrió, como es sabido, con la entrada en vigor del Código civil que suprime la usucapión de las servidumbres discontinuas las cuales, según la Partida III.31.15 admitían la inmemorial⁴⁹. La opción entre prescindir de la acti-

⁴⁵ Indica DE CASTRO, op. cit. pág. 671: “La regla manifiesta la aspiración legislativa hacia una rápida implantación de las nuevas disposiciones”.

⁴⁶ SAP Tarragona 16-6-93, 2^o FD: “Ciertamente el actor-apelante ostentaba según la legalidad anterior el derecho a que por prescripción adquisitiva no pudiera adquirirse el derecho real de servidumbre de luces y vistas, por lo que quedaría perjudicado en sus derechos adquiridos en el supuesto de que pudiera aplicarse en favor de los apelados legitimados pasivamente lo dispuesto en la mencionada regla”, STSJC

⁴⁷ En relación con la STSXG 4/99, de 2 de marzo de 1999, señala RODRÍGUEZ MONTERO (en “Apostillas...”, cit., pág. 695) que “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”. Esta misma sentencia acota, en su 6^oFD y a mayor abundamiento, el sentido de la expresión “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 esta adquisición que ahora inútilmente se invoca respaldando un recurso que definitivamente ha de ser desestimado”.

⁴⁸ La más arriba reseñada STS de 16 de noviembre de 1988 refleja el carácter transitorio común del art. 1939 CC.

⁴⁹ La unanimidad que existe a la hora de declarar constituidas las consumadas antes de la entrada en vigor del Código desaparece cuando la prescripción estaba comenzada pero que aún no había concluido. La opinión contraria a la conclusión de la prescripción inmemorial no concluida en la entrada en vigor del Código se fundamenta en una interpretación sintáctica y lógica del art. 1939 CC, cuyo supuesto de hecho se reduciría a los casos existe una continuidad, es decir, cuando la servidumbre resulta usucapible según ambas leyes, introduciendo la segunda modificaciones en su régimen jurídico (véase ESPÍN CÁNOVAS, D., “Derecho transitorio sobre la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas en el Código civil español”, A.D.C., 1965, págs. 628-629). No así si la institución es reconocida *ex novo* (DT 1^a segunda parte CC, a matizar si contraviene derechos “de igual origen”) o bien si es suprimida, caso que nos ocupa y que debe resolverse con la aplicación de la nueva ley (ex DT 1^asegunda parte). Sin embargo también cabría entender que el art. 1939 CC empieza con un propósito general (prescripción comenzada, y sin duda la inmemorial lo es, si bien carece de un referente temporal inicial), para precisar después una excepción a la *ultra-actividad* de la ley derogada y que sólo puede producirse cuando se modifica parcialmente el régimen de la prescripción. Desde esta perspectiva, el régimen excepcional de las expectativas contempladas por el art. 1939 CC, abarcaría a toda usucapión comenzada, incluida la inmemorial.

vidad posesoria o regularla unitariamente de acuerdo con la ley derogada se resuelve en favor de lo último (art. 1939, primera parte). No hay ni derecho consolidado (DT 1ª CC, primera parte) ni situación irrelevante (DT 1ª, segunda parte y DT 3ª CC)⁵⁰.

En el Ordenamiento catalán se ha producido la segunda posibilidad que apunta el art. 1939 CC. En efecto, el art. 343.2 CDCC establecía con carácter general que las servidumbres discontinuas pueden adquirirse por prescripción inmemorial (“*Aquesta tindrà lloc quan l’actual generació, ni per ella mateixa ni per tradició de l’anterior, no hagi conegut un altre estat de coses*”), aunque la afirmación debe matizarse de acuerdo con el art. 283 CDCC, que excluía determinadas servidumbres discontinuas, como la de desguace descrita por la regla 5ª o la de paso urbana o rústica tal como las configura la regla 6ª del mismo. En cualquier caso, es evidente que el art. 11 LANSIRV, en conexión con la DT 7ª CDCC y el art. 1939 CC, proporciona la oportunidad de adquirir las servidumbres discontinuas usucapibles de acuerdo con la Compilación (arg. *ex art.* 283 CDCC) en el plazo más breve de treinta años si éste se cumple antes de que aquéllas pudieran entenderse constituidas por prescripción inmemorial. Es evidente que, en tal tesitura, quien ejerce el derecho puede aprovecharse de dicho plazo más corto y sostener la titularidad de la servidumbre en el mismo año 2020 anteriormente citado, siempre que lleve a cabo realmente un acto posesorio⁵¹. Esta afirmación debe matizarse cuando las servidumbres discontinuas se hubieran empezado a usucapir antes de la entrada en vigor de la Compilación de 1960. En efecto, resulta perfectamente admisible entender que la Compilación significó una ruptura con el Derecho anterior, pues el *Usatge Omnes causae* exigía prescripción trentenal para todo tipo de derecho real y su aplicación era preferente a la regla derivada del Derecho romana exigiendo la inmemorial⁵². De acuerdo con esta premisa, debería concluirse que la posesión (trentenal) de las servidumbres discontinuas usucapibles iniciada antes de 1960 pudo continuar de acuer-

⁵⁰ Según DE CASTRO (op. cit., pág. 659): “consecuencia lógica sería que aquella inactividad, que durante la vigencia de la antigua ley no llegó a consolidarse en la extinción o adquisición del derecho, quedase sin eficacia alguna. Para no producir este efecto, el legislador ha tenido que romper con los moldes teóricos, ensanchar el criterio terminológico, admitiendo un nuevo tipo de estado de hecho digno de respeto: el de ‘la prescripción comenzada’”.

⁵¹ En este sentido, la SAP de Lleida de 11 de noviembre de 1998, establece en su 3er FD: “Ello genera un problema de derecho intertemporal, que no es resuelto ni en la Ley 13/1990 ni en las disposiciones transitorias de la Compilación, por lo que procede acudir al Código civil (disposición transitoria 7ª de la Compilación) y, en concreto, a su artículo 1939, según el cual la usucapición comenzada bajo la legislación anterior deberá cumplir sus requisitos de tiempo, pero si en la nueva legislación el plazo prescriptivo fuese más breve y transcurriese desde su entrada en vigor todo el tiempo exigido para prescribir, surtirá efecto. Sin embargo, apenas han transcurrido siete años desde la entrada en vigor de la Ley 13/1990 de los treinta que ahora se exigen, ni tampoco desde 1948 puede entenderse que hayan transcurrido dos generaciones (...)”. Siendo, por otra parte tolerados los actos de paso de los propietarios de la finca pretendidamente dominante o de cualquier otra persona, resulta que tampoco hay “actos hábiles ad usucapionem”.

⁵² DE BROCA Y MONTAGUT, G., *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil y exposición de las instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*, vol. 2, Barcelona, 1918 (Edición Generalitat de Catalunya, 1987), pág. 93, nota 10: “Partiendo del supuesto de subsistir en Cataluña, a pesar del *Usaje Omnes causae*, las prescripciones que exigían un lapso de tiempo superior a 30 años y aceptada la errada interpretación que los glosadores dieron a lo dispuesto en el Digesto (...) los tratadistas catalanes entendieron ser necesaria una posesión inmemorial para adquirir por prescripción las servidumbres discontinuas”. PARA MARTÍN (com. a los art. 283 y 284 CDCC, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo, T.XXX, Madrid, 1987, pág. 129-130) refleja esta divergencia en la usucapición de las servidumbres discontinuas sobre la base de la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, de 21 de marzo de 1974 (*R.J.C.*, 1974, pág. 242): “La doctrina de esta sentencia, aun siendo discutible, tiene interés por la nitidez de la exposición de sus fundamentos. Y de ser admisible esta tesis, el actual artículo 343.2, sería prácticamente letra muerta hasta al menos bien entrado el año 2.000. Porque (...) se remontaría en su indeterminado inicio más allá del 21 de julio de 1960 y, aunque se desconozca el momento de inicio posesorio, estaría claro que habría sido con anterioridad a la Compilación, con lo que no sería necesario recurrir a la usucapición inmemorial, bastando el transcurso de treinta años desde un momento a donde alcance la memoria sobre la antedicha usucapición”.

do con el Derecho anterior puesto que la Compilación estableció un plazo más largo (art. 1939, primera parte CC). La constitución de las servidumbre cuya posesión comenzó poco después de su entrada en vigor tanto podrán sostenerse con base en la ley derogada como en la Ley 13/1990 pues es posible estimar que, sobre el año 2020, tanto vence el plazo trentenal como cabe probar la inmemorialidad (transcurso de 80 años)⁵³.

El art. 1939 CC, segunda parte, introduce una retroactividad matizada en la medida que perjudica al propietario a quien se impone un plazo más corto de prescripción. Esto ocurre cuando la nueva ley introduce un plazo de prescripción más breve que el previsto en la legalidad anterior, en cuyo caso la actividad posesoria realizada a partir de la entrada en vigor de aquélla es suficiente para provocar la adquisición del derecho, consecuencia que no se daría si la modificación fuera desfavorable para el usucapiente, en cuyo caso se aplicaría la primera parte del art. 1939 CC. Mientras que ésta protege la expectativa del propietario del predio que llegará a ser dominante y permite que concluya su actividad bajo el mismo régimen con que se inició, la segunda introduce una previsión generosa para con el propietario del predio dominante. En realidad la medida es sólo aparentemente retroactiva: si bien significa una aplicación *desde luego* de la nueva ley, equivale al inicio de una nueva usucapición al amparo de la ley derogatoria⁵⁴.

4. CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES POR SIGNO APARENTE Y DERECHO TRANSITORIO

4.1. La aplicación del art. 541 CC a las enajenaciones realizadas antes de la entrada en vigor de la Ley 13/1990

La Ley 13/1990 contiene en su art. 7 una disposición opuesta a la del art. 541 CC. En realidad, el art. 7 LANSIRV intenta poner fin a la controvertida aplicación en Cataluña del art. 541 CC. Frente a la hipótesis de acoger la constitución de servidumbre por signo aparente convergen, por la negativa, dos motivos. El primero se halla en la voluntad atajar la heterointegración de una pretendida laguna con el recurso al Derecho supletorio: se declara que la institución no existe en el Ordenamiento catalán, si bien, como se verá, la expresión del artículo plantea dudas de interpretación. El segundo motivo es de orden práctico, dada la enorme litigiosidad que llega a suscitar el art. 541 CC y que deriva de lo inesperado de sus resultados cuando, no habiéndose adquirido una finca *in situ*, el dueño del predio sirviente se ve sorpresivamente perjudicado por una servidumbre, aun en el caso que ni siquiera esté inscrita en el Registro de la Propiedad⁵⁵. De ahí que el art. 7 LANSIRV presente una connotación beligerante excluyendo un modo constitutivo que el art. 6 no contempla y favoreciendo la constitución expresa de la servidumbre cuando se da la amalgama de circunstancias causante

⁵³ El caso resuelto por la SAP de Lleida de 11 de noviembre de 1998, más arriba citada, hubiera admitido esta solución si los actos no hubieran sido tolerados. En efecto éstos se iniciaron sobre el año 1948, momento en que no estaba vigente la Compilación.

⁵⁴ Véase DIEZ PICAZO (com art. 1939 cit., pág. 2095): “el párrafo segundo no hace otra cosa que autorizar un nuevo comienzo de la prescripción bajo el imperio de la ley nueva, lo cual, por otra parte, es algo que estaría siempre en la mano del poseedor y del deudor, sin más que renunciar a la prescripción ya corrida o interrumpirla mediante un acto de su voluntad”.

⁵⁵ Véase la STS de 15 de marzo de 1993, 3er FD. No obstante, la casuística ofrece pros y contras acerca de la conveniencia de dar sanción jurídica a la existencia de un signo aparente entre dos fincas cuya propiedad se separa y ello explica la diversa acogida que pueda tener cualquier opción. Así, BRANCÓS NUÑEZ (“*Immissions, servituds i relacions de veïnatge*”, a *El futur del Dret patrimonial de Catalunya. Materials de les X Jornades de Dret català a Tossa*, València, 2000, pág. 338-339) se muestra favorable al mantenimiento de la destinación del pare de familia sobre la base de la apariencia y los principios de responsabilidad, confianza y buena fe.

de los conflictos pretéritos. Cuando dos fincas pertenecen a un mismo dueño y éste utiliza una de ellas en beneficio de la otra y crea un signo aparente de esta relación de servicio, la enajenación de una de ellas no conlleva la constitución de la servidumbre aunque nada se indique al respecto y se mantenga el signo. Así, se dice que el signo aparente no es título suficiente, aunque no se afirma que el título constitutivo deba ser expreso ni se excluye el título tácito. Bajo esta expresión, creemos que subyace una concepción legalista de la constitución por signo aparente pues el *título suficiente* se predica de la existencia misma del signo. En realidad, la Ley 13/1990 está pensando en los inconvenientes que puede representar a constitución automática del derecho cuando concurren los requisitos que establece (signo aparente, que medie entre dos fincas que pertenecen a un único propietario, transmisión de una de ellas –o de ambas–). Se excluye del art. 7 LANSIRV a la servidumbre constituida mediante título que, a falta de consolidación extintiva, perdura sobre las dos fincas del mismo dueño a menos que éste manifieste la voluntad de extinguirlas y de obtener su cancelación registral (art. 17 LANSIRV).

Ante esta tesitura, es evidente la cuestión de Derecho transitorio que plantean las enajenaciones de fincas anteriores a la entrada en vigor de la Ley 13/1990, cuando la demanda se plantea con posterioridad. Los Tribunales ya se han mostrado favorables a la aplicación transitoria del art. 541⁵⁶ y esta conclusión debería asentarse sobre el principio de conservación de los derechos nacidos bajo la ley antigua cuando la ley derogatoria suprime la institución (DT 1ª CC y DT 7ª CDCC). La mencionada SAP de Barcelona de 19 de abril de 1994, aún reconociendo que el art. 7 LANSIRV “sigue la tesis contraria a la del art. 541 CC”, se muestra favorable a la constitución de una servidumbre de paso por destino del padre de familia tras verificar que se cumplen todos y cada uno de los requisitos habitualmente exigidos: existencia de dos predios pertenecientes a un único propietario; estado de hecho del que resulte, por signos visibles y evidentes que uno de ellos presta al otro un servicio (bastando la conservación por el único propietario del establecido anteriormente); persistencia del signo en el momento de transmitirse una o ambas fincas a tercero; que la escritura no exprese la voluntad contraria a la pervivencia del derecho. Es posible que la separación de las fincas propiedad de un mismo dueño se haya producido hace tiempo e, incluso, haber sido ésta objeto de repetidas transmisiones. En este sentido, la SAP de Lleida de 15 de enero de 1998 se muestra favorable al mantenimiento de una ventana y de un alero para canalización de las aguas (pero ordena el cierre de otras que estima distintas de las originales). Para ello rechaza la aplicación del art. 7 LANSIRV pues “la transmisión que se hizo después de la segregación, en la que estaban abiertas las ventanas fue de fecha muy anterior a la nueva legislación” y se considera aplicable el art. 541 CC al amparo de la interpretación realizada por los tribunales de la legislación vigente (2º FD), considerando irrelevantes las sucesivas transmisiones pues los adquirentes ya recibieron una finca que tenía a su favor una servidumbre. En cambio, la SAP de Tarragona de 1 de julio de 1995 (AC 1995\1717, ponente D. F. Jareño Cortijo), en un caso que parece nacido tras la entrada de la Ley 13/1990, dicta sentencia aplicando el art. 7 LANSIRV “por lo que es obvio que el art. 541 del Código Civil no es aplicable en Cataluña y no cabe con base en él dar por constituida la servidumbre pretendida” (5º FD).

De todos modos, la aplicación retroactiva del art. 541 requiere tener en cuenta el carácter controvertido de su pretendida aplicación en Cataluña bajo la ley anterior, sobre la cual se han sostenido puntos de vista antagónicos, favorables (con carácter supletorio y sobre la base de una laguna de la Compilación) y contrarios a dicha apli-

⁵⁶ SAP de Barcelona de 19 de abril de 1994 (*La Ley*/AC a1754/1994; ponente Sra. Carriedo Mompón); SAP de Lleida de 15 de enero de 1998 (AC 1998\104; ponente Sr. Gil Martín).

cación (por entender que la institución era desconocida en Derecho catalán)⁵⁷. En consonancia, la jurisprudencia se ha mostrado fluctuante, aunque recientemente parece haberse decantado por la supletoriedad del art. 541 CC. En este contexto, resulta útil el breve examen de la situación que realiza la SAP de Barcelona de 19 de abril de 1994 (*La Ley/AC a1754/1994*), antes de resolver aplicando el mencionado artículo⁵⁸. Pero, dado que la aplicación transitoria del art. 541 CC requiere un pronunciamiento previo acerca de esta materia, merece la pena considerar la relevancia que éste puede tener en la apreciación de una constitución tácita de servidumbre, único significado que la institución puede adquirir en Cataluña⁵⁹. Es sabido que la constitución de servidumbres por destino del padre de familia no se halla claramente reflejada en el Derecho romano (que exigía título expreso, D.8.2.30) y que algún texto catalán se muestra contrario a ella⁶⁰. Por otra parte, la institución fue objeto de construcción por los autores del llamado Derecho común sobre la base del D.3.33.1⁶¹ y aplicada por CANCER⁶² y, quizá, presu- puesta por las mismas *Ordinacions*⁶³. Lo cierto es que la divergencia entre los textos romanos y la doctrina de los doctores y el carácter parcial de los textos catalanes no contribuyen a encontrar una solución diáfana a la hora de integrar la constitución de servidumbres mediante título tácito. En realidad, en este contexto, el art. 541 CC deviene una forma de voluntad presunta que se diferencia de la tácita en la medida que permite obviar la interpretación de los hechos concluyentes que sustentan el título voluntario. A

⁵⁷ BONET CORREA, J., "La inaplicabilidad de la constitución de servidumbres por signo aparente en Cataluña. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1976", en A.D.C., 1978, pág. 193; AMAT LLARI, E., Com. a la STS de 31 de enero de 1990, en C.C.J.C., n.º 22 (enero/marzo), págs. 294-295 y AMAT LLARI, E., "Aplicabilidad del artículo 541 del Código civil y otras cuestiones. Comentario a la TSJ Catalunya (civil) S 2/1990, de 5 feb.", en *La Llei* (T. 1991-1), págs. 56-57. Matizadamente, y a los efectos de prueba, los autores clásicos catalanes habían apelado en alguna ocasión al medio privilegiado que representa el art. 541, sobre la base del signo aparente, Véase PELLA Y FORGAS, *Tratado de las relaciones y servidumbres entre fincas. Examen especial de las Ordinaciones llamadas de Sanctacília*, Barcelona, 1969, págs. 122-123; DE BROCA Y MONTAGUT, *Historia...* cit., págs. 96-97.

⁵⁸ Establece en su FD 1º, después de realizar un seguimiento de la aplicación del art. 541 CC por los Tribunales catalanes y el Supremo (ponente Sra. Carrido Mompín): "En los últimos tiempos puede decirse que la aplicación del artículo 541 en Cataluña ha sido jurisprudencia mantenida con una cierta estabilidad, pudiéndose citar como exponentes la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1990, la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de febrero de 1992 y las de la Audiencia Provincial de 24 de mayo de 1989 (sección 11), 14 de noviembre del mismo año (sección 14), 16 de junio de 1992 (sección 11) y 27 de julio de 1993 (sección 16)". Véase también una completa reseña jurisprudencial en MATEO BORGE, I., "Notes sobre la supressió de la constitució de servituds per 'destinació del pare de família' i la seva possible relació amb la 'servitud de propietari'", a *El futur del Dret patrimonial de Catalunya. Materials de les X Jornades de Dret català a Tossa*, València, 2000, pág. 740-742.

⁵⁹ Puesto que el Ordenamiento catalán desconoce la constitución *ex lege* o automática y contempla únicamente el título y la prescripción. Sobre la existencia de un título *ex lege* en el Ordenamiento español sobre la base del art. 541 CC, véase GUILARTE GUTIÉRREZ, *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, Madrid, 1984, pág.471 y LUNA SERRANO, A. "Las servidumbres. Constitución, ejercicio, modificación", en *Elementos de Derecho civil*, III, vol.2, Barcelona, 1991, págs. 168-169.

⁶⁰ El art. 41 de las *Ordinacions de Sanctacília* requiere título expreso para la servidumbre de luces y vistas manifestada a través de ventanas o lucernaio, al establecer que en pared propia o común no se debe hacer ventana ni *lluerna* en dirección a la pared vecina, a menos que se convenga en la escritura.

⁶¹ BARTOLO, *In secundam infortiati partem commentaria*, Augustae Taurinorum, 1574, ad D.3.33.1, núm.1: "Si domus una sustineat actum servitutis habentis causam continuam & permanentem & alienitur: in dubio servitus videtur imposita (...) hic vero loquitur de domo sustinente onus servitutis habentes causam continuam: unde testator videtur imponere, quia habet causam perpetuam".

⁶² CANCER, *Variae Resolutiones iuris caesarei et pontificii*, Lugduni 1618. P.III, cap. IV, n.º5: "Et similiter cum emptor posterior alterius domus vidisset tempore emptionis, dictam servitutum & de ea nihil dixisset, videri tacite, inter eum & venditorem actum, tu dicta sua domus in dicto aquae ductus serviret alteri domui".

⁶³ El art. 59 de las *Ordinacions de Sanctacília* imponía al vendedor la carga de denunciar las servidumbres ocultas, pues de lo contrario, debería restituir al comprador el desvalor resultante de la existencia del derecho. De ahí se infiere que el comprador debía soportar las cargas aparentes sin posibilidad de reclamar por tal concepto. De todos modos, esta disposición sólo se predica claramente de las cargas existentes o constituidas.

nuestro juicio la autointegración histórica del Ordenamiento catalán (art. 1.2 CDCC) aplicada al título voluntario de servidumbre conduce a admitir el título tácito; no obstante no existe ninguna norma que establezca una presunción favorable a la servidumbre. Es decir, no es necesario acudir al art. 541 CC porque el Derecho catalán conoce el título tácito y, a partir de ahí, no resulta coherente buscar medios de prueba extraordinarios en otro Ordenamiento. Por ello, creemos que las cuestiones de Derecho transitorio debieran resolverse apreciando la existencia de un título voluntario y únicamente sobre la base de hechos concluyentes, aspecto dónde incide especialmente el signo aparente⁶⁴.

Sobre la base de esta afirmación, podemos afirmar que el cambio legislativo no ha introducido modificaciones radicales en esta materia. El legislador catalán ha querido suprimir toda duda acerca de la constitución *ex lege* o automática de la servidumbre y el instrumento privilegiado que constituye el art. 541 CC en toda alegación de un título tácito. De hecho, se fortifica la presunción de libertad de la propiedad y se favorece la constitución expresa del derecho. Pero no se ha eliminado el título tácito. Diremos que el signo aparente no constituye por *sí solo* título suficiente; ahora bien, cuando se acompaña de otras circunstancias concluyentes (pensemos en un arrendatario que ha vivido largo tiempo en la finca que finalmente adquiere) es posible la prueba de la voluntad tácita, desprovista, esto sí, del cierto automatismo con que se aplica el art. 541 CC⁶⁵.

Sin embargo, el título tácito no resulta viable en sede de servidumbre de propietario, en cuyo caso, o bien es expreso, o bien se constituye la servidumbre con la posterior separación de las fincas comunes⁶⁶. Cabría configurar el signo como un título tácito de servidumbre de propietario que el mismo art. 7 declara insuficiente y cuya *continuación* necesita una declaración complementaria en el acto de enajenación⁶⁷. Sin embargo, creemos que el art. 7 LANSIRV toma como punto de referencia el signo independientemente de que resulte o no de una voluntad tácita fallida de constituir una servidumbre de propietario y que el título constitutivo (art. 6 LANSIRV) debe ser expreso (o tácito solamente en caso de enajenación de una de las fincas)⁶⁸.

⁶⁴ Sobre el valor probatorio del art. 541 CC y la incidencia del carácter objetivo del signo aparente, véase LLÁCER MATAÇAS, M.R., *El título constitutivo de servidumbre en el artículo 541 del Código civil*, Barcelona, 1996, págs. 111 y 81, respectivamente.

⁶⁵ La STSJC de 5 de febrero de 1990 (*La Ley*/AC a40/1990; ponente Sr. Corbal Fernández) acoge, en su 3er FD, un título tácito, si bien apreciando que, en el supuesto enjuiciado, nunca se produjo la titularidad común de las fincas: "De cualquier modo, la voluntad puede expresarse de forma explícita (hablada, escrita o mímica), implícita (hechos concluyentes), e incluso tácita, cuando en una situación o circunstancias determinadas se mantiene el silencio "cum loqui, et debuit et potuit" (...); y en el caso de autos se dan unos hechos, un comportamiento activo y pasivo por parte de los Señores P.B. de significación tan evidente e inequívoca que, por si hubiera duca, revelan la más total adquiriescencia (...). Y en el caso son tantos los datos valorables (ocupación total del solar para la edificación; construcción en vista de un plano; venta de otro piso con iguales características al de autos; personamiento asiduo en la finca durante el período de realización de la obra comentando los detalles de la misma con el constructor; singular configuración del edificio, ausencia de protesta, queja, reclamación o manifestación contraria alguna durante la vida de don Serafín P.A. y doña Julia B.C., etc.) y tan significativos (imaginar lo contrario incidiría en el absurdo) que, aparte de merecer la consideración de actos propios, reforzando de modo definitivo la convicción judicial, excusan de la necesidad de discurrir en torno a la conocida doctrina jurisprudencial que predica una interpretación favorable al derecho de propiedad y restrictiva de la imposición de gravámenes, pues la misma sólo puede prevalecer en casos dudosos".

⁶⁶ BRANCÓS NUÑEZ (op. cit., pág. 339) se pregunta si, reconocida la constitución de servidumbres por el propietario único, es recomendable que el signo mantenido hasta el momento de la enajenación deba eliminarse justamente después.

⁶⁷ Véase MATEO BORGE, op. cit., pág. 755.

⁶⁸ La expresión "*continuación*" no debe vincularse con el título constitutivo del derecho. Su comprensión requiere una perspectiva histórica y carece de todo origen intencionado. Sobre este tema, mi estudio *El título constitutivo...* cit., págs. 125 y ss.

4.2. El alcance derogatorio del art. 7 LANSIRV

La aplicación del art. 541 CC en Cataluña aun presenta una perspectiva que debe vincularse con el alcance derogatorio del art. 7 LANSIRV. Minimizada si el artículo se juzga inaplicable, se agrava considerablemente si aboca a una vigencia parcial del art. 541. En efecto, sobre la base de precedentes legislativos favorables⁶⁹, se ha matizado la aplicación del art. 7 LANSIRV en determinadas formas de separación de las fincas que no cabe entender como un acto de transmisión. El mencionado artículo parece limitar su ámbito de aplicación a los actos de enajenación y, de ahí, cabe afirmar que rige aún en Cataluña la constitución de servidumbres *por destino del padre de familia* cuando la separación no se produce por la transmisión de una de las fincas (división de cosa común, partición hereditaria realizada por el causante o los coherederos⁷⁰). Vista la situación desde la perspectiva que niega la aplicación del art. 541 CC en Cataluña, se da la paradoja de que el art. 7 LANSIRV, en su afán esclarecedor, estaría implantando un modo constitutivo extraño (*ex lege* o voluntario presunto). Por otra parte, obliga a prever dos regímenes: uno contrario a la constitución de la servidumbre sobre la base del signo y otro, propio de la división, que admitiría la creación del derecho faltando su previsión. Creemos que la cuestión debe tratarse como un caso de constitución de la servidumbre coetánea a la separación las fincas (art. 6 LANSIRV) pues, a falta de más indicaciones, no procedente una interpretación contraria al principio de libertad de las fincas⁷¹. De ahí que la cuestión presente un verdadero punto conflictivo cuando los interesados no han podido intervenir en una división realizada por un tercero (así, la división del patrimonio hereditario). En este caso, la opción consiste en atribuir un ámbito de aplicación general al art. 7 LANSIRV, cosa que parece más acorde con el espíritu de la Ley 13/1990, o bien admitir que el art. 7 prevé un título legal, extraño al art. 6 LANSIRV.

⁶⁹ Véase el *supra* citado Dictamen 19/89 de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Catalunya, pág. 135-136, donde se propone un texto alternativo al art. 7 que consiste en añadir al primer párrafo lo siguiente: "S'exceptua del que es disposa en el paràgraf anterior el cas en què les dues o més finques s'adjudiquin a diferents persones a conseqüència de la divisió d'un patrimoni comú", o bé "...a conseqüència de la divisió feta pel causant en el seu testament", o bé "...a conseqüència de la divisió feta pels cohereus o comuners. En aquest cas l'interessat podrà demanar i obtenir l'atorgament de títol constituït de la servitud". Asimismo existe una base doctrinal histórica, así, DE BROCA Y MONTAGUT (op. cit., pág. 93) y el hecho que en la división prime la adquisición de las fincas por titulares distintos y en régimen de exclusividad, aunque el mecanismo consista en la concreción de una cuota (por una interpretación amplia de la *enajenación* en el art. 541 CC, véase BONET CORREA, *La constitución de servidumbres por signo aparente*, Madrid, 1970, pág. 95-96; asimismo, STS de 27 de octubre de 1974, 2^o CDO.

⁷⁰ véase PUIG FERRIOL, "Consideraciones generales en torno al derecho de servidumbre según la Ley catalana 13/1990. De 9 de julio, sobre acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad", *La Llei de Catalunya i Balears*, 1, 1992, pág. 788-789; asimismo en *Institucions del Dret civil de Catalunya*, vol.1, Valencia, 1998, pág. 293.

⁷¹ Pensando, en este contexto, en una constitución tácita, tendrían relevancia los actos concluyentes de los futuros propietarios exclusivos en orden a la posibilidad de conocer y a la voluntad de conservar el signo de servidumbre. Signo que podría ser aparente o no. Y en caso de que lo fuera, creemos que sería posible atender a las posibilidades reales de conocimiento del signo pues el mismo art. 7 LANSIRV marca un cambio de sensibilidad por lo que respecta a la relevancia de lo aparente.