

su contenido (regulador, de servicio público, fomento, policía, etc. y cualquiera que sea la materia sectorial a que esté referida.

La cuarta y última consideración es que, según deriva de todo lo anterior, circunscribir la política de igualdad en materia de contratación únicamente al instrumento o mecanismo jurídico de las condiciones de ejecución resulta, en principio, contrario a esa transversalidad que con tanta amplitud se define en la LO 3/2007 [LOI]; pues lo que dicha transversalidad demanda es que, dentro de ese ámbito de la contratación, la igualdad de hombres y mujeres pueda ser perseguida a través de todos los instrumentos jurídicos que la legislación de contratos regula.

SÉPTIMO.- Las anteriores consideraciones impiden dar una respuesta favorable al tercer motivo de casación y a la tesis que en él se pretende sostenerse de que la posibilidad de aplicar políticas de igualdad de hombres y mujeres sólo es posible en la fase de ejecución y a través del instrumento jurídico de las condiciones especiales de ejecución del contrato.

A ellas debe añadirse que la lectura conjunta de los artículos 33 y 34 de la LO 3/2007 [LOI] no permite, respecto del primero de ambos, la interpretación que sugiere el recurso por lo siguiente:

a) El artículo 33 tiene carácter básico, aplicable a todas las Administraciones públicas, mientras que el artículo 34 es sólo aplicable a los "Contratos de la Administración General del Estado".

b) El artículo 34, en su apartado 1, contempla la posibilidad de incluir, en los contratos de la Administración General del Estado, medidas de promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres como "condiciones de ejecución"; y en su apartado 2 dispone:

"Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior, siempre que estas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio".

c) La tesis del recurso comportaría admitir una contradicción entre ambos preceptos, pues el primero limitaría, para todas las Administraciones públicas, la posibilidad de aplicar las medidas de igualdad tan sólo a que las establecieran como medidas de ejecución del contrato; mientras que el segundo permitiría al Estado establecerlas también como criterio de preferencia para decidir la ejecución entre proposiciones iguales desde criterios objetivos.

d) Esa contradicción resulta inadmisibles y la forma de eludirla es interpretar ese artículo 32 de la LOI en estos términos: que la aplicación de medidas de igualdad como condición de ejecución es una de las posibilidades existentes para la implantación de tales medidas y no la única; y que cuando se opte por dicha posibilidad habrá de hacerse de acuerdo con lo que dispone la legislación de contratos del sector público en lo relativo a los requisitos para su establecimiento (como es su indicación en el anuncio de licitación) y al régimen de su incumplimiento.

e) Por otro lado, la aplicación de preferencias en la adjudicación para medidas de naturaleza social está prevista en otras normas de la legislación de contratos: lo estaba para las empresas que incluyeran en su plantilla trabajadores minusválidos en la disposición adicional octava del TR/LCAP; y la misma posibilidad se ha mantenido en la disposición adicional sexta de la Ley 30/2007-LCSP-.

OCTAVO.- Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar no haber lugar al recurso de casación y, en cuanto a las costas, imponerlas a la parte recurrente por no ser de apreciar circunstancias que justifiquen apartarse de la regla general del artículo 139.2 LJCA de 1998). (...) ■



Doctrina

Las servidumbres en Cataluña: algunos misterios

LA LEY 18989/2012

Las servidumbres en Cataluña: algunos misterios

Pablo RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA
RODRÍGUEZ-PALMERO Abogados

Este artículo analiza algunos de los aspectos más controvertidos que el Código Civil de Cataluña contiene —de modo distinto, e incluso opuesto, al Código Civil español— en la regulación de las servidumbres, a las que la generalidad de la doctrina otorga una calurosa bienvenida. Reconociendo los logros de tal regulación, no se comparte tal actitud: algunas anunciadas novedades resultan no ser tales, y otros aspectos se consideran discutibles o sencillamente inaceptables.

I. BREVE MENCIÓN A LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Con carácter previo a la exposición de algunos de los aspectos más controvertidos de la regulación de las servidumbres contenida en el libro V del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCC), consignaremos una breve referencia a sus antecedentes.

Tal labor resulta no únicamente interesante desde un punto de vista científico, sino necesaria para enfocar adecuadamente el régimen actual, aun admitiendo que el argumento histórico —entendido como la coherencia entre cierta regulación y sus antecedentes— presenta un valor limitado: como puede comprenderse, es posible que tal coherencia quede constatada y, al tiempo, se considere que determinada solución legislativa no resulta adecuada.

Pues bien, tradicionalmente, las servidumbres estuvieron reguladas en Cataluña por el Derecho romano. Si bien es cierto que con frecuencia se ha invocado la existencia de una normativa propia, las denominadas *Ordenacions de Sanctacília* (posteriormente incorporadas a las *Constitucions*), la mayoría de la doctrina advierte que la regulación ahí contenida se refería a limitaciones legales del dominio o relaciones de vecindad, no al derecho de servidumbre en sentido estricto (1). Tal confusión de categorías jurídicas persistió con posterioridad, del mismo modo que, como es sabido, con-

tagió también al Código Civil español («CC»): arts. 549 y siguientes.

Más adelante, las servidumbres aparecieron reguladas en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 21 de julio de 1960 (posteriormente recogida en el texto refundido de 20 de marzo de 1984, que ninguna alteración introdujo en esta materia). Sin embargo, dado que esta normativa reflejó la parte considerada vigente de las citadas *Ordenacions de Sanctacília*, arrastró la confusión de categorías antes denunciada.

Tal fenómeno obliga a consignar una somera referencia a la diferencia entre la servidumbre —de un lado— y la limitación legal del dominio —de otro lado—: mientras la primera es un derecho real en cosa ajena requerido de específica constitución (bien por negocio jurídico, bien por resolución judicial o administrativa), las limitaciones legales del dominio constituyen restricciones que, por directa imposición de la Ley —no requerida de un adicional acto de constitución—, afectan al contenido ordinario del derecho de propiedad. Se trata de una categoría jurídica extremadamente frecuente en la actualidad, en especial por influencia del Derecho Administrativo, que impone al propietario la carga de soportar cierta actividad, o la prohibición de llevar a cabo actuaciones para las que caso contrario estaría facultado.

A diferencia de las servidumbres, las limitaciones legales del dominio se desenvuelven al margen del Registro de la Propiedad, de forma que afectan a cual-

quier adquirente, aunque éste reúna las condiciones previstas en el art. 34 de la Ley Hipotecaria («LH»). Por ello, el art. 37 LH recoge, como ejemplo de acción que afecta a cualquier tercero, la resultante del ejercicio del retracto legal. Específicamente en relación a las limitaciones legales restrictivas del poder de disposición, debe recordarse el art. 26 LH, que dice: «las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas: 1.ª las establecidas por la Ley que, sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial, y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio».

Por lo demás, de la regulación contenida en la Compilación destaca la enumeración de una serie de servidumbres no susceptibles de usucapción, ni siquiera inmemorial, norma de la que derivaba que —con tales excepciones— las servidumbres sí eran susceptibles de usucapción. Tal régimen debía complementarse con el art. 343.2, que establecía que las servidumbres discontinuas podían adquirirse mediante usucapción inmemorial.

Tras el reconocimiento de la competencia de las Comunidades Autónomas para la conservación, modificación y desarrollo de sus derechos civiles (art. 149.1.8 CE), las servidumbres merecieron una regulación mucho más detallada en la Ley 13/1990, de la Acción Negatoria, Inmisiones, Servidumbres y Relaciones de Vecindad —en lo sucesivo, «Ley 13/1990»—.

De esta Ley resultan especialmente relevantes los siguientes aspectos:

i) Regulaba una figura tradicionalmente admitida en la tradición jurídica catalana: la denominada servidumbre de propietario, esto es, la constituida por una sola persona entre dos fincas de su titularidad, en discordancia con el principio *nemini res sua servit* y a diferencia de lo previsto en el art. 530.1 CC (precepto, a su vez, procedente del 637 CC francés): «la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño».

En coherencia con ello, se preveía la subsistencia de la servidumbre cuando ambas fincas —dominante y sirviente—, originariamente titularidad de diferentes personas, deviniesen propiedad de una sola (a diferencia de lo prevenido en el art. 546.1 CC).

ii) Contrariamente a lo previsto en el art. 541 CC, se decía que la existencia de signo aparente de servidumbre entre dos fincas pertenecientes a la misma persona no sería título para crear aquel dere-

cho real al momento de la transmisión de una de ellas, excepto que el propietario lo manifestase de forma expresa.

iii) Se establecía el principio general de que todas las servidumbres podían ser adquiridas mediante usucapción, a través de la posesión pública, pacífica e ininterrumpida durante treinta años.

Más tarde —probablemente, con demasiada rapidez—, la materia fue regulada por la Ley 22/2001, de regulación de los Derechos de Superficie, de Servidumbre y de Adquisición Voluntaria o Preferente («Ley 22/2001»).

En relación con las materias objeto de este artículo, se preveía:

i) El mantenimiento de la admisión de la servidumbre de propietario, así como de la regla por la que, caso de que el propietario transmitiese una de las fincas entre las que existiese signo aparente de servidumbre, este derecho solo se constituiría en caso que así fuera expresamente declarado.

ii) Cambiando radicalmente la norma anterior, se impuso que ninguna servidumbre podía ser adquirida mediante usucapción.

La regulación actual de las servidumbres aparece contenida en el libro V CCC (Ley 5/2006, de 10 de mayo); concretamente, en el art. 566.1 a 566.13.

Desde luego, el objetivo de este trabajo no es llevar a cabo una exposición sistemática de tal regulación. De modo bien distinto, centraremos nuestra atención en tres aspectos de aquélla, que consideramos especialmente interesantes y regulados (justificadamente o no) de modo opuesto al CC; tales aspectos son: la admisión de la servidumbre de propietario, la general negación de la constitución de la servidumbre por destino del padre de familia, y la imposibilidad de adquirir las servidumbres mediante usucapción.

Adelantando la conclusión que nos merece cada una de esas figuras, podemos hablar de una falsa novedad (el efecto propio de la servidumbre de propietario estaba ya reconocido en el ámbito del CC), otra que presenta un fundamento discutible (del reconocimiento de la servidumbre de propietario no se deriva inexorablemente la negación de la constitución tácita del art. 541 CC), y una última en cuyo soporte se invocan razones sencillamente inaceptables.

II. LA ADMISIÓN DE LA SERVIDUMBRE DE PROPIETARIO

Como se ha adelantado, el CCC admite la generalmente conocida como

servidumbre de propietario, que es la impuesta por quien simultáneamente reúne la condición de propietario de la finca dominante y de la sirviente. Dice el art. 566.3.1 CCC: «el propietario o propietaria de más de una finca puede constituir entre éstas las servidumbres que considere convenientes».

La divergencia del precepto con el art. 530 CC pudiera dar pie a pensar que nos hallamos ante una figura desencadenante de enormes diferencias con el CC. No es así: como destaca la totalidad de la doctrina, mientras las dos fincas permanezcan en el patrimonio del constituyente de la servidumbre, ésta se halla meramente latente, y carece de efectividad. Mejor dicho: durante ese periodo de tiempo, las facultades derivadas de la servidumbre quedan absorbidas por el derecho de propiedad que esa misma persona mantiene sobre ambos predios; de este modo, si, por ejemplo, el dueño de una finca sin acceso a la vía pública atraviesa otra de su propiedad, no lo hace legitimado por el derecho de servidumbre, sino con base en el (más amplio, y absorbente de aquél) derecho de propiedad.

PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS afirman que la posibilidad de establecer servidumbres de propietario implica una modernización del Derecho catalán, pues ofrece soluciones adecuadas en casos de parcelaciones, urbanizaciones y, especialmente, respecto de la propiedad horizontal: en relación con ésta, porque permite que, cuando la totalidad del inmueble pertenece al promotor, este agente pueda ya establecer las servidumbres que permitan el correcto funcionamiento del complejo cuando exista pluralidad de propietarios (2).

Así entendida, la figura guarda íntima relación con la servidumbre sobre finca o utilidades futuras: el hecho de que la servidumbre de propietario se halle latente mientras no aparezca otro propietario determina que tal aparición opere como *conditio iuris* para la efectividad del derecho, efecto idéntico al que tiene lugar en la servidumbre constituida sobre un bien aún inexistente; dice el art. 566.2.3 CCC (de modo semejante al art. 1029 CC italiano): «las servidumbres cuyo contenido consista en una utilidad futura, entre las cuales se incluyen las referidas a la construcción o derribo de inmuebles, se considerarán constituidas bajo condición».

No obstante, debe advertirse que en modo alguno nos hallamos ante una figura innovadora ni modernizadora, pues lo cierto es que los efectos propios de la servidumbre de propietario se encontraban ya pacíficamente reconocidos con anterioridad en el ámbito del CC. Concretamente, en el seno de la

prehorizontalidad, en el que se permitía que el propietario único de un conjunto inmobiliario previese las servidumbres que tuviera por convenientes, entendiéndose que aquéllas únicamente adquirirían efectividad (precisamente mediante el mecanismo de la condición suspensiva) al momento en que surgiese un segundo propietario. Así lo reconoció la famosa Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de octubre de 1980 (LA LEY 173/1980), que, planteándose como obstáculos la prohibición de la servidumbre de propietario y el art. 541 CC —posteriormente analizado—, resolvió el supuesto como sigue: «QUINTO.- Que el primer obstáculo que podría oponerse a la servidumbre que se pretende inscribir sería el derivado del principio romano *nulli res sua servit* que aparece recogido en el art. 530 del Código Civil al exigir que pertenezcan a distinto dueño las fincas dominante y sirviente, por lo que al no haber más que un solo propietario faltaría el requisito fundamental requerido en este precepto legal, pero este obstáculo resulta salvado al constituirse las servidumbres discutidas bajo la condición suspensiva de que nazcan cuando un tercero adquiere alguna de las fincas registrales que van a ir surgiendo de la principal, por permitir su inscripción los arts. 9.2 de la Ley y 51.6 de su Reglamento. SEXTO.- Que el segundo obstáculo nacido del contenido del art. 541 CC hace referencia a la falta de signo físico aparente entre las fincas, dada la inexistencia de las edificaciones que además no están ni siquiera proyectadas, y en efecto esto es así y más adelante se examinará, pero aparte de que al igual que en el supuesto del considerando anterior se han establecido las indicadas servidumbres bajo la condición suspensiva de que se realice la correspondiente construcción, hay que señalar que este precepto (...) no excluye la posibilidad de su ampliación a otros casos, y que, en consecuencia, al igual que sucedió con la tradición real, que fue progresivamente espiritualizada y así el art. 1462 CC establece que la escritura pública equivale a la entrega, pueda ahora dadas las nuevas situaciones planteadas por el urbanismo entender que también puede ese signo aparente crearse en forma documental en la propia escritura pública, y a través de su inscripción en los libros registrales darlo a conocer a terceros, quienes al adquirir todo o parte del inmueble o inmuebles dan lugar a que se cumpla la condición que originará el nacimiento de la mencionada servidumbre».

De hecho, la resolución se hacía ya eco de la conveniencia de que estas servidumbres accediesen al Registro de la Propiedad, a través de la figura de la condición suspensiva, para otorgar protección a

OPINIÓN

El presente artículo analiza algunas de las cuestiones más discutibles de la actual regulación catalana de las servidumbres, y critica aquellos aspectos considerados irrazonables o, al menos, no suficientemente razonados.

La histórica abundancia de regímenes legislativos de las servidumbres (entre la *Compilación* y el *Código Civil catalán* han mediado dos leyes adicionales), resulta en ocasiones esclarecedor y en ocasiones perturbador para la comprensión de la actual regulación. En efecto: mientras en ocasiones la existencia de antecedentes de cierta solución legislativa otorga coherencia a las especialidades del Derecho catalán, en otras los súbitos cambios en el rumbo del legislador resultan desconcertantes, en especial cuando se producen sin facilitar la menor explicación sobre las razones que han sido sopesadas para ello.

El autor reconoce que parte de sus críticas pueden tener origen en el previo conocimiento del *Código Civil español*, del que, aun inconscientemente, se parte al abordar el estudio del Derecho catalán. No obstante, tal eventual vicio (sin duda compartido con la práctica totalidad de la comunidad jurídica) no justifica otro a menudo detectado en la doctrina catalana: la frecuente ausencia de toda crítica a las soluciones legislativas adoptadas, pareciendo en ocasiones limitarse a acumular argumentos para justificar la bondad de aquéllas —en primer lugar—, y sus ventajas en relación con el *Código Civil español*, a menudo presentado como superado —en segundo lugar—.

Tratando de ofrecer una visión más crítica de la regulación de las servidumbres en Cataluña, son objeto de análisis tres aspectos que se consideran especialmente interesantes: la admisión de la servidumbre de propietario, la general negación de la constitución de servidumbre por destino del padre de familia, y la prohibición de usucapir cualquier tipo de servidumbre.

los adquirentes. Puede leerse, al final del fundamento de Derecho primero: «(...) y de ahí que deban tener acceso a los libros registrales, pues con ello se logra la protección de los futuros adquirentes de apartamentos, pisos o locales, al no poderse variar sin su consentimiento la situación jurídica creada a través de la regulación hecha, así como el conocimiento por los terceros del régimen a que se sujetará la proyectada edificación y de lo que ha de constituir el estatuto jurídico del complejo inmobiliario a realizar».

De modo semejante se pronunció, poco después, la Resolución del órgano directivo de 5 de noviembre de 1982 (LA LEY 351/1982), especialmente reveladora de la necesidad de conceder a los adquirentes la mencionada protección registral: «SEGUNDO.- Que la difusión que ha adquirido la compra de viviendas o locales en propiedad no ya solo en edificios construidos, sino en gran medida también cuando éstos se encuentran todavía en construcción o incluso meramente proyectados, origina una intrincada red de relaciones jurídicas dada la complejidad de los elementos que intervienen, que empieza ya a manifestarse en la fase que la doctrina conoce con la denominación de prehorizontalidad (...), que trata de resolver aquellas cuestiones que la práctica jurídica ha planteado con el fin de alcanzar soluciones que garanticen el cumplimiento de las obligaciones pactadas a través de los medios adecuados. TERCERO.- Que esta situación de prehorizontalidad que aparece centrada esencialmente en el solar como realidad tangible y en el edificio en construcción o simplemente en proyecto conlleva un gran interés para los adquirentes de departamentos o locales, futuros cotitulares del edificio en cuanto que en esta fase se determina el propio objeto adquirido con sus características físicas y límites, los derechos sobre el mismo así como el régimen estatutario que regulará la futura comunidad, o la fijación de la cuota de participación que corresponda a cada piso o local e igualmente —dato sumamente importante— la responsabilidad hipotecaria ya distribuida por cada finca independiente de las que van a existir en el edificio en caso de haberse constituido garantía real por los créditos percibidos para la construcción, y todas estas circunstancias —aparte de otras no señaladas— permanecerán sin la suficiente publicidad, con los riesgos que ello comporta, si no pudieren tener acceso al Registro de la Propiedad, que es la institución adecuada para darles a conocer a los terceros, lo que lógicamente ha de tener lugar, si no existe norma legal que lo impida, a través del título constitutivo del régimen de propiedad horizontal. CUARTO.- Que sin entrar en el examen del supuesto de constitución de régimen de propiedad horizontal en edificio proyectado, por exceder del

contenido de este recurso, es indudable que el art. 8 de la Ley Hipotecaria en su mismo número 4 establece como regla general el acceso a los libros registrales de los títulos constitutivos de propiedad horizontal en los casos en que la construcción del edificio esté no solo concluida, sino por lo menos comenzada, con lo que nuestra Ley trata de atender las exigencias indicadas en el considerando anterior y atemperarse a lo que constituye el objeto primordial del Registro de la Propiedad de salvaguardar los derechos de los terceros. QUINTO.- Que la incógnita que podría presentarse con respecto a la determinación del momento en que se entienda que la construcción ha comenzado, aparece despejada en los propios términos gramaticales empleados por la Ley, y al contener la escritura calificada la declaración de que en el solar ha comenzado la construcción del edificio no se observa obstáculo que impida el acceso al Registro del título constitutivo, así como que una vez inscrito este título, puedan inscribirse como fincas independientes los pisos o locales del edificio conforme a lo ordenado en el núm. 5 del mismo art. 8 de la Ley Hipotecaria».

De acuerdo con lo expuesto, la importancia que quiere concederse a la posibilidad recogida en el CCC debe, al menos, relativizarse: atendido que la servidumbre de propietario se halla meramente latente mientras las fincas permanezcan en el patrimonio de aquél, la figura había sido ya admitida, con la finalidad de otorgar publicidad registral en beneficio de los terceros adquirentes.

Finalmente, debe mencionarse que los autores diferencian dos tipos de servidumbre de propietario: la originaria, que se produce cuando, al momento de la constitución de aquélla, las fincas dominante y sirviente pertenecen a la misma persona (caso en el que nos hemos centrado hasta el momento), y la sobrevenida, que se produce cuando, perteneciendo las fincas a diferentes personas, más adelante pasan a ser titularidad de una sola (3). Respecto de este segundo caso, dice el art. 566.3.3 CCC: «la servidumbre no se extingue por el solo hecho de que llegue a reunirse en una sola persona la propiedad de las fincas dominante y sirviente, pero el único titular de ambas fincas puede extinguirla y obtener su cancelación en el Registro de la Propiedad, sin perjuicio de terceras personas».

III. EL NACIMIENTO DE LA SERVIDUMBRE POR DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA

A modo introductorio, debe advertirse de la relación entre la servidumbre de

propietario y la posibilidad analizada en este apartado: la constitución por destino del padre de familia determina que la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, pertenecientes a la misma persona, provoque el nacimiento de aquel derecho una vez desaparezca la titularidad única, mientras que la servidumbre de propietario permite que una persona establezca servidumbres entre dos fincas de su propiedad, la cual se mantendrá latente mientras no aparezca un segundo propietario.

Pues bien, aceptando expresamente el CCC la servidumbre de propietario, rechaza la constitución tácita por destino del padre de familia. Dice el art. 566.3.2 CCC: «la servidumbre sobre una finca propia publicada únicamente por la existencia de un signo aparente, si se enajena la finca dominante o la sirviente, solo subsiste si se establece expresamente en el acto de enajenación». Por tanto, el Derecho catalán se muestra también aquí opuesto al CC, cuyo art. 541 afirma: «la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará si se enajenare una como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura». En el mismo sentido, los arts. 692 a 694 del Código francés y el 1062 del Código italiano.

En primer lugar, debe denunciarse el error gramatical en que incurren ambos preceptos acerca del momento del nacimiento de la servidumbre: hablando el CCC de subsistencia, y el CC de continuación, dan a entender que aquélla existía con anterioridad a la transmisión, cuando ello no es así. No habiéndose constituido expresamente servidumbre de propietario (en el ámbito del Derecho catalán), y no admitiéndose siquiera dicha figura (en el marco del CC), es obvio que la servidumbre solo nace, en su caso, cuando se produce la enajenación. Así lo denuncian ya, en el ámbito del CC, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: «no es que la servidumbre continúe, sino que se crea *ex novo* con base en la situación preexistente entre las dos fincas establecidas por el propietario» (4).

Dicho ello, nos centraremos en el origen y fundamento de la norma del CCC, algo que requiere una referencia a la evolución histórica del Derecho catalán.

La posibilidad de que la servidumbre se cree, existiendo signo aparente y sin necesidad de declaración de voluntad,

por la transmisión de una de las fincas de la misma persona, se remonta al *Digesto*, que disponía que cuando el *paterfamilias* dejaba los bienes a sus descendientes, mencionando que debían recibirlos en el estado que tenían cuando él estaba en vida, de haber establecido una relación de vasallaje entre dos fincas debía interpretarse que nacía una servidumbre.

Por tanto, inicialmente esta posibilidad era excepcional, y limitada al ámbito familiar. No obstante, con el paso del tiempo obtuvo también aplicación a otros supuestos, así como en los casos de disposición *inter vivos*.

El debate relativo a la vigencia en Cataluña del art. 541 CC se extendió durante décadas. Con anterioridad a la Compilación, la doctrina estaba dividida al respecto. Por su parte, los Tribunales, que inicialmente aplicaron con regularidad aquel precepto (especialmente clara resultó la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1990, que ratificó su vigencia), más adelante fueron optando por la tesis opuesta: militan en favor de la inaplicabilidad, entre otras, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de febrero de 2000 (LA LEY 29981/2000), 18 y 22 de septiembre y 2 de octubre de 2003 (LA LEY 143918/2003, 145131/2003 y 154364/2003, respectivamente) y 13 de octubre de 2005 (LA LEY 198374/2005).

Especialmente descriptiva es la citada sentencia de 2 de octubre de 2003, en cuyo análisis merece la pena, por tanto, detenerse. Comienza resumiendo, en su fundamento de Derecho cuarto, la evolución y estado del debate, en los siguientes términos: «al amparo del recurso las partes han centrado su discusión, como se decía, en la aplicación en Cataluña del art. 541 CC (...). El tema venía siendo controvertido de antaño, sin que existiera una unánime —siquiera mayoritaria— línea doctrinal o jurisprudencial clara en favor de alguna de las posiciones. Tampoco esta Sala había tenido ocasión de pronunciarse al respecto, pues, como se expresaba en nuestra sentencia de 3 de febrero de 2000: «esta Sala no ha llegado a posicionarse en forma contundente, marginando el tema las sentencias que se citan, de 5 de febrero de 1990 y de 9 de noviembre de 1992». Si nuestra doctrina no era unánime, tampoco lo era la jurisprudencia: «El Tribunal Supremo, de antiguo, había aplicado con reiteración el precepto en Cataluña (sentencias de 31 de marzo de 1902, 20 de mayo de 1911 y 28 de diciembre de 1914), hasta llegar a la sentencia de 10 de diciembre de 1976 que, indirectamente, mediante confirmación de la de instancia, optó por la inaplicabilidad

del precepto, lo que igualmente hizo, esta vez directamente, la sentencia de 15 de marzo de 1977 dictada por la Sala Primera de la extinta Audiencia Territorial. Finalmente, ya más cerca de nuestros días, ha resuelto la cuestión en sentido afirmativo la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1990 "(sentencia citada de 3 de febrero de 2000)".».

A continuación, la sentencia centra la cuestión resaltando la necesidad de preguntarse (i) si el Derecho catalán presentaba o no una verdadera laguna en esta materia, y (ii) si la aplicación del art. 541 CC era conforme a los principios generales del ordenamiento catalán. Así enfocado el debate, la sentencia argumenta que, si bien la redacción originaria del art. 1.2 de la Compilación podía dar pie a pensar que existía una verdadera laguna legal, a integrar por el CC («para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica catalana, encarnada en las antiguas leyes, las costumbres y la doctrina de la que derivan»), la disposición final 3.ª introducida por el texto refundido de 19 de julio de 1984 («conforme a lo que dispone el art. 1 de esta Compilación, sin perjuicio de las normas de directa aplicación general, en lo que no prevén las disposiciones del Derecho Civil de Cataluña rigen supletoriamente los preceptos del Código Civil y de las otras leyes estatales de carácter civil, en la medida en que no se opongan a aquellas disposiciones o a los otros principios generales que informan el ordenamiento jurídico catalán») permitió entender que, antes de acudir al CC, el Derecho catalán debía integrarse con su tradición y principios generales.

Pues bien, un pormenorizado estudio de la evolución histórica sobre el régimen de constitución de las servidumbres permite a la sentencia concluir que la ausencia de una previsión similar a la contenida en el art. 541 CC fue voluntariamente querida en Derecho catalán, de modo que no nos hallábamos ante una laguna susceptible de provocar la aplicación del CC. Dice la sentencia: «en conclusión, habrá de analizarse ahora si la institución de las servidumbres por destino del padre de familia responde a la tradición jurídica catalana o, por el contrario, ésta la desconoce y voluntariamente no ha sido regulada en la Compilación. Consultados los textos romanos y los comentarios de los romanistas puede llegarse a unas conclusiones serias: el Derecho romano clásico conocía varios modos de adquisición de las servidumbres: 1.- Modos voluntarios, negocios *inter vivos* (*mancipatio* e *in iure cessio*, admitiendo ambos la *deductio*, en los fundos *in solo italico*; y los *pactionibus atque stipula-*

tionibus in los fundos in provinciali soli) y negocios *mortis causa* (testamento). 2.- Modos judiciales, mediante la *adjudicatio*. 3.- Modos temporales, mediante el ejercicio de la prescripción, tanto adquisitiva ordinaria como inmemorial. Pues bien, solo en el Derecho justinianeo se encuentran textos aislados que hablan de una constitución tácita de servidumbres, lo que sucede cuando el propietario de dos fundos destina, con signos visibles, uno de ellos al servicio del otro, entendiéndose entonces constituida la servidumbre por el hecho de dejar de pertenecer ambos predios al mismo propietario. Los glosadores y la doctrina actual son contestes al afirmar que el Derecho justinianeo parece admitir, en casos esporádicos más que en línea general, este modo de constituir las servidumbres que los modernos llamamos por destino del padre de familia (...). La unanimidad se da también cuando se apunta a Bartolo como el que fijó definitivamente los principios generales de esta forma tácita de constituir las servidumbres. El Derecho catalán acepta y asume, en general, los principios clásicos romanos, pero con su lógica adaptación, sobre todo en materia de servidumbres urbanas, por la distinta concepción de las edificaciones en Roma y Cataluña. En lo relativo a los modos de adquirir las servidumbres, el sentir romano se completa con la doctrina del *Usatge Omnes Causae, Ordinacions de Santacilia* (...) y el *Recognoverunt Proceres*. Pero la institución que ahora se analiza no pasa por estos textos, sino que se incorpora directamente a los Códigos de orientación napoleónica (entre ellos el español) por mor de su aparición en las Costumbres de París y de Orleans. En efecto, ni en el Proyecto de Apéndice de Durán i Bas, ni en el Proyecto de 1930, ni en el Proyecto de Compilación ni en esta misma se halla referencia alguna a la institución. Antes bien, como se decía en la repetida sentencia anterior de esta Sala, no se adivina en el proceso de elaboración de la Compilación una idea similar a la del Código Civil, dado que el Derecho catalán tiene una normativa completa y diferenciada en materia de servidumbres que se rige por principios opuestos a la constitución tácita o presunta de aquéllas».

En consecuencia, la sentencia concluye que con anterioridad a la Ley 13/1990 (que puso expresamente fin al debate, pues consagró la inadmisibilidad de la constitución por destino del padre de familia) no cabía admitir en Cataluña este modo de creación de la servidumbre, que además considera contrario a la seguridad jurídica y a la presunción de libertad del derecho de propiedad. Puede leerse: «no cabe más que repetir ya lo que la anterior —y citada repetidamente— sentencia concluía:

que constituiría una incoherencia de nuestro sistema legislativo admitir en el lapso temporal anterior a la Llei de 1990 la servidumbre por destino del padre de familia, ya que no es justificable que en el único periodo en que no existe regulación expresa se optase por una solución que no se infiere de los antecedentes históricos ni se ajusta a la regulación escrita posterior. Solución, ya para terminar, que en absoluto se compadece con el dinamismo inmobiliario actual, que deriva en soluciones injustas y discriminatorias (obedientes solo a una antigua configuración de la propiedad en mano única) y en el anquilosamiento de un derecho que, en principio, se presume libre».

He aquí expuesta, brevemente, la evolución sobre esta materia. No obstante, del estado actual de la doctrina llama poderosamente la atención la escasísima atención que presta a algo bien distinto: la valoración de la bondad o no de la solución legislativa adoptada sobre esta materia.

Únicamente PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS se asoman a la cuestión, vinculando el debate sobre la vigencia del art. 541 CC a la admisión de la servidumbre de propietario, en el siguiente modo: mientras ésta no estuvo expresamente reconocida en el Derecho catalán, tenía sentido el debate sobre la aplicación de la norma del CC; no obstante, una vez expresamente consagrada la servidumbre de propietario —primero, en el art. 7 de la Ley 13/1990; más tarde, en el art. 8 de la Ley 22/2001—, aquella controversia perdió su razón de ser (5).

Si bien los autores no desarrollan su argumento, parecen querer significar que, aceptada la servidumbre de propietario, que permite que una misma persona establezca servidumbres (presenten o no signo aparente) entre fincas de su propiedad, presenta una importancia menor la posibilidad de entender que tal derecho real, que pudiera juzgarse imposible mientras existiera un solo propietario, pudiera nacer al momento de la transmisión. Parece pues entenderse que, libre el propietario único de crear las servidumbres que tenga por conveniente —mediante constitución expresa—, deviene innecesario «corregir» la imposibilidad de establecer servidumbres sobre fincas propias entendiéndose que aquéllas nacen al aparecer un segundo propietario —constitución tácita—.

No obstante, la combinación legislativa constituida por la admisión de la servidumbre de propietario y el rechazo a la constitución por destino del padre de familia obliga a revelar la siguiente paradoja: mediante la primera categoría, el Derecho Catalán otorga máxima

facilidad para que la servidumbre nazca (aun latente) antes de aparecer un segundo propietario; no obstante, hace extremadamente difícil que, cuando no ha sido expresamente constituida —lo que puede suceder con frecuencia—, pueda nacer al transmitirse una de las fincas, pues esto solo sucederá cuando el transmitente así lo manifieste. Dicho de otro modo, no se comprende —especialmente, por cuanto no se facilita la más mínima explicación al respecto— que el CCC otorgue tanta facilidad para crear servidumbres por un propietario único y que, sin embargo, haga tan difícil la constitución cuando, sin mediar aquella constitución, concurre la misma realidad objetiva: una relación de vasallaje entre dos fincas. Parece que el legislador catalán entiende que esta segunda posibilidad resulta contradictoria con la primera, cuando no existe ninguna razón de peso para no considerarla complementaria.

De otro lado, deben consignarse ciertas observaciones respecto de la interpretación y aplicación del art. 566.3.2 CCC:

a) En relación con el concepto de signo aparente, PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS entienden que debe entenderse equivalente al de servidumbre aparente, concepto para cuya determinación puede acudir al art. 283.8 *a contrario* de la Compilación, que consideraba servidumbre no aparente aquella no fácilmente visible desde el interior de la finca (6).

De acuerdo con la generalidad de la doctrina, también existe signo aparente cuando la servidumbre consta en el Registro de la Propiedad. No obstante, como acertadamente advierten algunos autores —por ejemplo, GINER GARGALLO y CLAVELL HERNÁNDEZ (7)—, en esa hipótesis la servidumbre nacerá por una causa que opera al margen de la norma analizada: por aplicación de los arts. 32 y 34 de la Ley Hipotecaria.

b) Respecto de la declaración de voluntad necesaria para que la servidumbre subsista (*rectius*: se constituya), si bien el precepto requiere que sea expresa, PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS afirman que el mismo efecto debe producirse cuando, callando el disponente, el adquirente conoce la existencia del signo aparente, de acuerdo con el principio de la buena fe (8).

c) Un supuesto especial es aquel en que la transmisión consta en documento privado posteriormente elevado a público, pues puede originar dudas acerca del momento en que debe producirse la declaración de constitución de la servidumbre.

La doctrina es prácticamente unánime al manifestar que debe estarse al mo-

mento del otorgamiento del documento privado, pues la posterior elevación a público no implica una nueva declaración de voluntad.

d) Por último, el tenor del precepto (que habla de *enajenación*) crea dudas sobre su aplicabilidad a actos de naturaleza discutida: muy particularmente, a las divisiones de comunidades o a las particiones hereditarias, tradicionalmente considerados actos de determinación o especificación por parte de un sector de la doctrina.

Sin embargo, la mayoría de los autores —por ejemplo, DEL POZO CARRASCO-SA (9), y GINER GARGALLO y CLAVELL HERNÁNDEZ (10)— prescinde de la naturaleza del acto, y admite la aplicación de la figura a tales hipótesis.

Asimismo, parecen aquí aplicables otras vías por las que, según estudió con detalle BONET CORREA (11), el Tribunal Supremo fue paulatinamente aumentando el ámbito del art. 541 CC: por ejemplo, considerándolo aplicable a los casos en que: (i) nos hallamos ante una sola finca, y el signo aparente concurre entre diferentes partes de aquella, o (ii) el signo aparente no ha sido establecido por el transmitente, sino por anteriores propietarios.

IV. LA IMPOSIBILIDAD DE USUCAPIR LAS SERVIDUMBRES

Afirma el art. 566.2.4 CCC, de un modo que no puede ser más categórico: «ninguna servidumbre puede adquirirse por usucapión».

Al igual que en el apartado anterior, se impone una referencia a la evolución del Derecho catalán, para tratar de localizar el origen y fundamento de la norma transcrita.

El Derecho romano admitió una amplia usucapión de las servidumbres.

Respecto del régimen contenido en la Compilación, tradicionalmente se entendió que establecía un sistema mixto: al enumerar ciertas servidumbres no susceptibles de usucapión, ni siquiera inmemorial (art. 283), reconocía la posibilidad de adquirir de ese modo el resto de servidumbres. No obstante, debe recordarse que actualmente la mayoría de la doctrina entiende que las situaciones contempladas en aquel precepto no constituían servidumbres en sentido estricto, sino limitaciones legales del dominio o relaciones de vecindad. De esta tesis se deduce que la Compilación entendía que la totalidad de las servidumbres quedaban abarcadas por la regla general de posibilidad

de usucapión, con la singularidad prevista en el art. 343.2 (las servidumbres discontinuas solo podían adquirirse por usucapión inmemorial).

Tal postura respecto de la naturaleza de los supuestos relacionados en el art. 283 de la Compilación ha sido reflejada en algunas resoluciones judiciales; dice, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de febrero de 1990 (LA LEY 1697-JF/0000): «es obvio que este precepto no ha sido infringido en el caso de autos, por cuanto el mismo no hace referencia a ninguna servidumbre *stricto sensu* o limitación, sino a lo que en la doctrina moderna se denominan límites, pues en tanto éstos integran el régimen normal u ordinario de la propiedad, las limitaciones o servidumbres lo modifican o derogan».

Posteriormente, la Ley 13/1990 anunció: «la adquisición de las servidumbres por usucapión tendrá lugar mediante la posesión, pública, pacífica e ininterrumpida, en concepto de titular del derecho de servidumbre, por un periodo de treinta años» (art. 11). Evidentemente, la importancia de esta norma depende de la interpretación que se otorgue al régimen previsto en la Compilación: de considerarse mixto —algunas servidumbres eran susceptibles de usucapión; otras no—, introducía un importante cambio legislativo, huérfano de la menor explicación; de partirse del entendimiento de que de la norma anterior se derivaba la posibilidad de usucapir todas las servidumbres —tesis que aquí se defiende—, se concedía simple continuidad a aquel régimen.

Finalmente, la Ley 22/2001 estableció: «ninguna servidumbre puede adquirirse *per usucapión*» (art. 7.4). A pesar de que en este momento sí se produjo, indiscutiblemente, un cambio copernicano en la materia, no encontramos pista alguna que nos permita escrutar el motivo que la justificó. La exposición de motivos de la Ley se limitó a manifestar, de un modo que no puede ser más lacónico: «como novedad, ninguna servidumbre se puede adquirir por usucapión. Queda eliminada, pues, la usucapión como mecanismo de adquisición de las servidumbres».

A modo de recopilación, la evolución de esta materia ha sido, por tanto, la siguiente:

a) De entenderse que las figuras contempladas en el art. 283 de la Compilación eran auténticas servidumbres: (i) un sistema mixto, por el que algunas eran susceptibles de usucapión, y otras no (Compilación) (ii) un cambio legislativo consistente en admitir la usucapión de la totalidad de las servidumbres (Ley

13/1990) (iii) una nueva y radical corrección legislativa, por la que se vedó la posibilidad de usucapir servidumbre alguna (Ley 22/2001), y (iv) el mantenimiento de tal régimen en el CCC.

b) Caso de considerarse, no obstante, que los supuestos del art. 283 de la Compilación eran, en puridad, limitaciones legales del dominio o relaciones de vecindad, la evolución legislativa sería: (i) la general admisión de que las servidumbres podían adquirirse mediante usucapión (Compilación) (ii) el mantenimiento de la misma regla (Ley 13/1990) (iii) la súbita prohibición de usucapir cualquier servidumbre (Ley 22/2001), y (iv) la continuidad de tal régimen en el CCC.

Tan errática evolución legislativa ha sido reflejada en numerosas resoluciones judiciales; dice, por ejemplo, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de enero de 2007 (LA LEY 84731/2007, que incluso añade una mención al régimen anterior a la Compilación): «(...) puede hablarse de cuatro etapas en la regulación civil catalana sobre la posibilidad de usucapir la servidumbre urbana de paso: 1.- la anterior a la Compilación, en que la servidumbre no puede adquirirse por usucapión, en aplicación de lo dispuesto en la *Ordinacions de Sanctacilia*, nombre usual de las *Consuetuts de la ciutat de Barcelona sobre servituts de las casas e honors*, conjunto de setenta disposiciones relativas a policía urbana y servidumbres de este carácter y rústicas, formada por el erudito Sanctacilia en el siglo XIV, con un ámbito de vigencia reducido a la propia Barcelona, aunque se extendió luego consuetudinariamente a toda Cataluña, excepto Tortosa, siendo incluidas en las Recopilaciones generales de este territorio (t. II, l. IV de la 3.ª impresa en 1704); 2.- la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, aprobada por Ley 40/1960, de 21 de julio, que en su art. 283 enumera una serie de servidumbres, algunas de las cuales hoy se incluyen en las relaciones de vecindad, que no pueden adquirirse por usucapión, ni tan siquiera inmemorial, concretamente en su núm. 7 la urbana de paso por hueco de pared que lo proporcione sobre la vía pública o pasaje particular y de una casa a otra por medio de puentes, arcos, entablados u otros medios aptos; 3.- la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la Acción Negatoria, las Inmisiones, las Servidumbres, y las Relaciones de Vecindad, que deroga expresamente el art. 283 de la Compilación, y que en sus arts. 6 y 11 permite la adquisición de la servidumbres por usucapión mediante la posesión pública, pacífica, e ininterrumpida, en concepto de titular, por un periodo de treinta años; y 4.- la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de Regulación de los Derechos de Super-

ficie, de Servidumbre, y de Adquisición Voluntaria o Preferente, que en su art. 7.4 vuelve al sistema anterior, conforme a la tradición jurídica catalana, y declara que ninguna servidumbre puede adquirirse por usucapión».

Pues bien, se impone localizar el especial fundamento de la norma impeditiva de usucapión de las servidumbres, por cuanto constituye una excepción a la regla general de usucapibilidad de los derechos reales posesorios.

Las posturas mantenidas por la doctrina son ciertamente sorprendentes: no tanto por no localizarse un fundamento razonable de la norma, sino, muy principalmente, por no detectarse siquiera la más leve valoración crítica de aquélla. Parece que, considerando correcta la solución legislativa adoptada, los autores se limitan a aportar diversas y variadas razones para justificarla, pluralidad de explicaciones que, lejos de fortalecer la sensatez de la norma, la diluyen: como veremos a continuación, aisladamente consideradas, ninguna de ellas resiste la más elemental de las críticas.

Algunos autores han justificado la norma en la necesidad de eliminar dudas en el tráfico jurídico, argumento al que añaden que aquélla es respetuosa con el derecho de propiedad y evita las dificultades de prueba existentes en las controversias relativas a la usucapión de estos derechos reales.

De forma semejante, DEL POZO CARRASCOSA manifiesta que, siendo la seguridad jurídica el fundamento de la usucapión, cuando esta institución entra en relación con las servidumbres produce el efecto contrario: crea incertezas y dificultades, lo que justifica esta excepción a la posibilidad de usucapir (12).

La misma opinión manifiestan GINER GARGALLO y CLAVELL HERNÁNDEZ, a la que añaden la dificultad de diferenciar entre auténtica posesión y actos simplemente tolerados, inhábiles para dar lugar a la usucapión (13).

Por último, PUIG BLANES y SOSPEDRA NAVAS añaden que la norma es coherente con la tradición jurídica catalana, pues únicamente la Ley 13/1990 admitió la general usucapibilidad de las servidumbres (14).

Como se ha anticipado, ni una sola crítica se localiza, hasta el punto de parecer que los autores ni siquiera se planteen que la solución legislativa no sea la más adecuada de las imaginables.

No obstante (al margen de una mal entendida seguridad jurídica: vedada una posibilidad, desaparece cualquier controversia con ella relacionada), a mi juicio ninguno de los argumentos expuestos justifica el precepto comentado. En esencia, porque, si el fundamento de la usucapión es la protección de la seguridad jurídica, de modo que el disfrute de cierto derecho real conlleva el reconocimiento de tal situación por el Derecho, tal fundamento se mantiene perfectamente vigente en relación con las servidumbres.

Cosa distinta es que la apreciación de los requisitos necesarios para la consumación de la usucapión sea dificultosa. No obstante, tal dificultad —por cierto, no exclusiva de la servidumbre, sino común a todos los derechos reales en cosa ajena— no puede ser solucionada por el legislador negando de raíz la posibilidad de usucapir. De modo bien distinto, debe corresponder a los Tribunales resolver, en cada caso particular, sobre la existencia o no de los requisitos necesarios para la usucapión; y, si esta prueba resulta dificultosa, previsiblemente dará lugar a abundantes sentencias desestimatorias en la apreciación de tal modo de adquirir la propiedad. Pero la dificultad de apreciar cierto fenómeno jurídico en ningún caso puede legitimar la negativa de la posibilidad misma. Es más: precisamente lo que se califica como dificultoso (la prueba de la usucapión) debiera constituir el instrumento más útil para resolver la mayoría de los casos que sobre esta materia pudieran plantearse.

Por tanto, la cuestión afecta, en realidad, al régimen general de la usucapión, no a las especialidades que ésta pueda presentar en relación con las servidumbres. Y es que, al manifestarse que la prueba de la usucapión de las servidumbres resulta en extremo compleja, no se está sino revelando la dificultad de constatar la concurrencia de una posesión pública, pacífica e ininterrumpida.

Por lo demás, algunas de las opiniones mencionadas en defensa de la imposibilidad de usucapir las servidumbres merecen comentario específico:

1) La que afirma que la solución adoptada por el CCC es más respetuosa con el derecho de propiedad: de acuerdo con semejante lógica, la imposibilidad de usucapir cualquier derecho real sería todavía más respetuoso con aquel derecho, algo al parecer considerado beneficioso para la paz social.

2) También requiere mención la postura de DEL POZO CARRASCOSA, quien, para defender la innecesidad de la *traditio* en la constitución de la servidumbre, aduce que este derecho real no tiene carácter posesorio.

No obstante, en lugar de reiterar tal alegato para justificar la imposibilidad de usucapión (la posesión es presupuesto de la usucapión), el autor vierte aquí argumentos nitidamente diferenciados, algo que causa evidente sorpresa.

3) También especial crítica merece la manifestación de que la solución legislativa es coherente con la tradición catalana, pues no es cierto que únicamente la Ley 13/1990 estableciese la regla general de posibilidad de usucapión.

Como hemos visto, también lo hizo la Compilación, considerando que los supuestos cuya usucapión se negaba no constituían verdaderas servidumbres.

Por tanto, la evolución del Derecho catalán sobre esta materia solo puede calificarse de errática, hasta el punto

de parecer que la solución actual principalmente pretende poner fin a las dudas creadas por el propio legislador, o responde a la voluntad de alejarse del complejo régimen previsto en los arts. 537 a 540 CC (si bien su inicial lectura parece limitar la usucapión a las servidumbres continuas y aparentes, la cuestión no es en absoluto pacífica).

Por último, debe mencionarse que la diversidad de regímenes habidos sobre la materia ha creado importantes problemas de Derecho Transitorio. En la actualidad, DEL POZO CARRASCOSA afirma que el problema ha dejado de existir, dado que, por prolongado que haya sido el tiempo en que una persona haya poseído, incluso bajo regímenes permisivos de la usucapión, ésta no podrá consumarse, de acuerdo con la disposición transitoria 16.^a del libro V CCC: «las servidumbres constituidas antes de la entrada en vigor del presente libro se rigen por las normas del mismo a partir de su entrada en vigor» (15).

Llevando a cabo una interpretación diferente de la citada disposición (que considera referida a las servidumbres ya creadas, no a las que se hallen en proceso de usucapión) PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS diferencian como sigue (16):

— Si la usucapión estaba consumada antes de la entrada en vigor de la Ley 22/2001, se aplicará el Derecho anterior.

— Si, en ese mismo momento, se estaba todavía ejerciendo una posesión *ad usucapionem*, la servidumbre ya no podrá adquirirse.

— Caso de haberse iniciado, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/1990, la posesión de una servidumbre que, de acuerdo con la Compilación, no podía adquirirse por usucapión, parece que no debería computarse ese periodo anterior al reconocimiento de la posibilidad de usucapir. ■

NOTAS

(1) José PELLA y FORGAS, «Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 482, enero-febrero 1971.

(2) Lluís PUIG FERRIOL y Encarna ROCA TRÍAS, «Institucions del Dret Civil de Catalunya», volumen IV, «Drets reals», Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 654.

(3) Iván MATEO BORGE, «La servidumbre de propietario», Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000.

(4) Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», volumen III,

«Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral», Editorial Tecnos, Madrid, 1977, pág. 439.

(5) Lluís PUIG FERRIOL y Encarna ROCA TRÍAS, *ob. cit.*, pág. 657.

(6) Lluís PUIG FERRIOL y Encarna ROCA TRÍAS, *ob. cit.*, pág. 658.

(7) Antonio GINER GARGALLO y Vicente CLAVELL HERNÁNDEZ, «Derechos reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña», Editorial Bosch, Barcelona, 2008.

(8) Lluís PUIG FERRIOL y Encarna ROCA TRÍAS, *ob. cit.*, pág. 659.

(9) Pedro DEL POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY y Esteve BOSCH CAPDEVILA, «Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales», Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, págs. 375 y 376.

(10) Antonio GINER GARGALLO y Vicente CLAVELL HERNÁNDEZ, *GINER i CLAVELL*, *ob. cit.*, pág. 1.563.

(11) Antonio BONET CORREA, «La adquisición tácita de servidumbre por signo aparente. Examen de la jurisprudencia 1970-1983», *Anuario de Derecho Civil*, 1984, pág. 1.187.

(12) Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY y Esteve BOSCH CAPDEVILA, *ob. cit.*, pág. 373.

(13) Antonio GINER GARGALLO y Vicente CLAVELL HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 1.559.

(14) Francisco DE PAULA PUIG BLANES y Francisco José SOSPEDRA NAVAS, «Comentarios al Código Civil de Cataluña», tomo II, Editorial Civitas, Madrid, 2011, pág. 914.

(15) Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY y Esteve BOSCH CAPDEVILA, *ob. cit.*, pág. 374.

(16) Lluís PUIG FERRIOL y Encarna ROCA TRÍAS, *ob. cit.*, págs. 661 y 662.