

REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA USUCAPIÓN COMO FORMA DE CONSTITUCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES DE PASO EN LA VIGENTE LEY 4/1995, DE 24 DE MAYO, DE DEREITO CIVIL DE GALICIA¹

RAMÓN P. RODRÍGUEZ MONTERO
Universidade da Coruña

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

¹ Comunicación presentada al V Congreso Iberoamericano y II Internacional de Derecho Romano, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Argentina «Santa María de los Buenos Aires», los días 18 a 21 de agosto de 1999.

Ramón P. Rodríguez Montero

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

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

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

La circunstancia de que Galicia se encontrase entre las Comunidades históricas del Estado español que contaban con un derecho civil foral o especial propio con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución², ha permitido que la propia Comunidad Autónoma gallega, en el marco de las competencias que constitucionalmente le son reconocidas, haya asumido con carácter exclusivo y excluyente en el art. 27.4 de su Estatuto de Autonomía la «conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho Civil Gallego» a través de su propio Parlamento autonómico.

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

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

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

cía (LDCG), con la finalidad de adaptar el texto de la antigua Compilación de 2 de diciembre de 1963 —calificada por la doctrina como una «norma estatal, desfasada y apéndice»³— a la nueva realidad jurídica instaurada por la Constitución española de 1978.

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

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

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

Precisamente en relación a esta segunda posibilidad legislativa reconocida constitucionalmente en el ámbito civil autonómico, que se concreta en el término «desarrollo del derecho propio preexistente a la Constitución», se han planteado y todavía se plantean importantes problemas interpretativos, en particular por lo que se refiere al específico alcance que se deba de dar en cuanto a su significado a dicho controvertido término, sobre todo, en aquellos supuestos en los que la Comunidad Autónoma de que se trate, amparándose en dicha potestad legislativa civil, introduzca instituciones o preceptos que, sin

³ Cfr. BELLO JANEIRO, «La Ley 4/1995...» *op. cit.*, pp. 47 y ss.; LORENZO MERINO, *Ley de Derecho Civil de Galicia* (Prólogo), 1995, pp. 15 y ss., y 41.

Ramón P. Rodríguez Montero

contar con un precedente inmediato recogido en la Compilación correspondiente, puedan invadir las competencias exclusivas del Estado en materia de derecho civil.

Según un sector de la doctrina⁴, la referida posibilidad legislativa, reconocida por el art. 149/1.8 de la Constitución española de 1978 en el ámbito civil autonómico, encontraría su límite en las normas de aplicación general y directa contenidas en el referido precepto constitucional *in fine*, sin que ello implique necesariamente —apoyándose en la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional con ocasión del planteamiento de determinados recursos de inconstitucionalidad en sus sentencias 121/1992, de 28 de septiembre, 182/1992, de 16 de noviembre, 88/1993, de 12 de marzo y 156/1993, de 6 de mayo— la obligación por parte de los Parlamentos autonómicos de tener que ceñirse, en el ejercicio de su capacidad legislativa civil reconocida constitucionalmente, exclusivamente a las instituciones históricas o consuetudinarias recogidas en sus antiguas Compilaciones de Derecho Civil foral o especial, argumentándose al respecto que, «si bien las Compilaciones han de ser el punto de partida sin que el desarrollo de los llamados históricamente derechos forales pueda suponer su extensión a instituciones ajenas, sí es posible el complemento de la regulación de instituciones propias forales, lo que podrá implicar la aplicación del régimen foral a instituciones conexas con las privativas cuando los principios forales y la realidad social del territorio foral impongan una disciplina particular»⁵.

Con independencia de esta posible interpretación doctrinal y ciñendonos al concreto ámbito normativo autonómico gallego en materia de Derecho Civil, en la vigente Ley 4/1995, que, por lo demás, todavía no ha sido recurrida por el Gobierno central bajo alegación de constitucionalidad⁶, se contiene el capítulo II del Título III, en el que, en dos

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

⁵ REBOLLEDO VARELA, «Los derechos reales en la Ley 4/1995...», *op. cit.*, p. 126.

⁶ A diferencia de lo que ha ocurrido con la también Ley autonómica 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho Civil Especial de Galicia. Como indica REBOLLEDO VARELA («Los derechos reales en la Ley 4/1995...», *op. cit.*, pp. 126 y nt. 176), y ésta es una matización importante, la circunstancia señalada no impide que, conforme a lo dispuesto en el art. 35 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, cualquier juez o tribunal gallego pueda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación a determinadas normas o instituciones recogidas en la Ley 4/1995, que presenten un carácter conflictivo desde el punto de vista competencial, por invasión de las competencias exclusivas del Estado en materia de Derecho Civil y exceso del Parlamento Gallego en el ejercicio de sus competencias en la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil propio.

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

secciones, con carácter totalmente novedoso —al no existir al respecto precedente inmediato expreso en la *Compilación de 2 de diciembre de 1963*⁷—, como ya se ha indicado, se establece la regulación de la servidumbre de paso y de las serventías.

Tal regulación normativa, que se recoge en los arts. 25 a 32 de la Ley 4/1995, «se legitima», según señala el sector mayoritario de la doctrina gallega, «en la necesidad social de poner fin a la conflictividad causada por la proliferación de tal gravamen y la falta de los correspondientes títulos constitutivos»⁸.

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

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

⁷ Dicha circunstancia —inexistencia de precedente compilado—, en opinión de REBOLLEDO VARELA («Los derechos reales en la Ley 4/1995...», *op. cit.*, pp. 126 y ss.), no es óbice para entender que tal regulación en materia de servidumbres y serventías se situaría en el marco constitucional, y ello, según éste autor, tanto en base a la interpretación referida anteriormente al hilo de la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Constitucional, como «asimismo sin perjuicio de la evidencia de la existencia de un derecho consuetudinario propio en materia de servidumbre de paso (no referido a su constitución) y serventías, admitido por los Tribunales de Galicia y el propio Tribunal Supremo, título competencial más que suficiente según la sentencia del Tribunal Constitucional 182/1992, de 16 de noviembre».

⁸ LORENZO MERINO, «El Derecho Civil de Galicia...», *op. cit.*, pp. 43 y ss.; *Id.*, *Ley de Derecho Civil de Galicia* (Prólogo), *op. cit.*, p. 27.

Ramón P. Rodríguez Montero

El correspondiente análisis de esos factores en los que la introducción de la usucapión encuentra su causa justificativa, nos proporcionará elementos de juicio suficientes para determinar el grado de idoneidad de la nueva figura, tal y como ha sido introducida por el legislador gallego, constatando al respecto el particular efecto que ha producido en el ámbito jurídico-civil gallego la inconcebible falta de toma en consideración por parte del citado legislador, al redactar la vigente LDCG, del en su momento previsible e importante problema de derecho intertemporal conectado directamente con el reconocimiento de la usucapión: la determinación de la posibilidad de aplicar la novedosa forma de constitución reconocida en el ámbito gallego (prescripción adquisitiva) con carácter irretroactivo o retroactivo, es decir, disponiendo que únicamente aprovecharían a los efectos de la adquisición de las servidumbres de paso por prescripción las situaciones posesorias, que lógicamente cumplieren los demás requisitos establecidos por la Ley, a partir de la entrada en vigor del citado Cuerpo normativo, o bien, que, también podrían ser alegadas y reconocidas con plenos efectos aquellas otras situaciones posesorias que, cumpliendo los requisitos establecidos en el art. 25 de la Ley, se hubiesen venido ejercitando con anterioridad en el tiempo a la mencionada entrada en vigor de la reiterada Ley.

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

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

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

II. LOS FACTORES SOCIALES Y JURÍDICOS QUE PROVOCARON LA INTRODUCCIÓN DE LA USUCAPIÓN COMO MODO O FORMA DE CONSTITUCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES DE PASO. HISTORIA DE UN PROBLEMA

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

Tradicionalmente —y esto es algo que todavía ocurre en la actualidad— se vienen destacando entre las peculiaridades que presenta la propiedad de la tierra en Galicia, su carácter esencialmente agrario y minifundista⁹.

Según el antropólogo FERNÁNDEZ DE ROTA¹⁰, dentro del ámbito rural gallego, la «casa», entendida como unidad de explotación agropecuaria familiar, ocupa un papel fundamental, puesto que aparece como necesario punto de referencia para el estudio del sistema agrario en Galicia. Se presenta como la célula básica de la organización económica y social.

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

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

En este sentido, de forma particularmente gráfica, se ha indicado que «en la campiña los patrimonios son de extensión muy reducida, pues la campiña es un mosaico de pequeñas piezas, de diminutas parcelas que apenas bastan para sustentar a una familia»¹¹.

⁹ Entre las referencias antiguas, *vid.*, por ejemplo, GARCÍA RAMOS, *Arqueología jurídico-consuetudinaria-económica de la Región gallega*, 1912 (existe una reimpresión facsimilar de la obra editada por el Consello da Cultura Galega, s.f., integrada en la colección «Textos e Documentos de Antropoloxía Cultural de Galicia»), p. 95.; DE FUENMAYOR CHAMPIN, «Derecho Civil de Galicia», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, 1985, pp. 243 y ss. Más recientemente, REBOLLEDO VARIELA, «La servidumbre de paso. El artículo 540 del Código Civil: interpretación e importancia en Galicia», en *La Ley*, núm. 1392, 1986, p. 1.

¹⁰ FERNÁNDEZ DE ROTA, *Antropología de un viejo paisaje gallego*, 1984, pp. 24 y ss. En relación al tema relativo al espacio doméstico, *vid.* especialmente pp. 37 y ss.

¹¹ La descripción corresponde a DE FUENMAYOR CHAMPIN, *op. cit.*, p. 243.

Ramón P. Rodríguez Montero

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

En bastantes zonas de Galicia se dibuja un contorto y minucioso mundo espacial en el que, por lo que se refiere a las tierras de cultivo y prados, la mayoría de los predios presentan una forma rectangular con una proporción media largo-ancha bastante considerable, que se repiten sobre plano por secciones, siendo factible encontrar distribuidas muchas de esas parcelas seguidas, unas a continuación de otras, con la misma orientación y parecida o similar longitud y anchura, y cuya superficie, también por lo general, viene siendo superior al ferrado ¹².

La razón de ser de este excesivo fraccionamiento ocasionado en los patrimonios agrícolas se encontraría en los sucesivos repartos hereditarios del patrimonio familiar que se vinieron realizando a lo largo del tiempo, aduciéndose como una de las posibles explicaciones del fenómeno expuesto la costumbre —quizá sugerida por la equivocada interpretación que daban al art. 1061 CC los «peritos prácticos», encargados ordinariamente de hacer las particiones hereditarias a través del establecimiento de los denominados en tecnicismo vulgar «cupos»— extendida entre las gentes del campo de que todos los hijos participasen en todas las distintas clases de bienes que integraban la masa hereditaria y, en especial, que percibiesen tierras de todos los distintos tipos de cultivo, suficientes para su alimentación y la del ganado, siendo necesario para ello proceder a la fragmentación de las distintas parcelas ¹³.

Paradójicamente, el aludido problema de la microfragmentación parcelaria que se produce en el territorio gallego, para el que se han venido sugiriendo desde antiguo distintas soluciones, todavía persiste en la actualidad, puesto que, si bien es cierto que, como se indica, en los últimos años, desde la asunción por la Comunidad Autónoma Gallega de competencias en la materia y la promulgación de la Ley 10/1985, de 14 de agosto, de Concentración Parcelaria para Galicia, y el Decreto 9/1988, de 7 de abril, por el que se

¹² Tomamos la referencia de FERNÁNDEZ DE ROTA, *op. cit.*, pp. 26 y ss., y 40 y ss. Aun cuando este autor (*op. cit.*, p. 11) concreta su estudio al municipio de Monfero y las parroquias de Doraña y Grandal, pertenecientes al municipio de Vilarnaior, todas encuadradas en la provincia de A Coruña, entendemos que las características señaladas respecto a la forma, proporción y distribución de las parcelas se presentan con carácter general en gran parte del territorio gallego. Por lo que respecta a la medida agraria de superficie utilizada en Galicia, denominada ferrado, su capacidad y ponderación no serían unitarias, sino que variarían dependiendo de cada lugar. *Vid.* GARCÍA RAMOS, *op. cit.*, pp. 113 y ss.

¹³ Esta es la explicación que da DE FUENMAYOR CHAMPIN, *op. cit.*, p. 243, con referencias anecdóticas, antropológicas y literarias. En opinión de FERNÁNDEZ DE ROTA, *op. cit.*, pp. 37 y ss., la realidad del fenómeno descrito, parece ser más compleja.

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

regula la concentración parcelaria de carácter privado, se ha iniciado tímida y lentamente un proceso de reforma agraria procediendo a reordenar la propiedad rústica, tal proceso de reordenación o concentración parcelaria, por razones de diversa índole, todavía no se ha extendido a todo el territorio gallego con igual eficacia.

Tomando precisamente como punto de referencia las peculiaridades de la división y tenencia de la propiedad de la tierra que se han descrito, así como la falta de soluciones satisfactorias al problema expuesto, de un tiempo a esta parte, un autorizado sector de la doctrina gallega ha venido destacando con especial profusión y énfasis la particular importancia que, tanto desde un punto de vista histórico como también en la actualidad, presentaba y presenta la servidumbre de paso en Galicia, considerando que la misma, en cuanto derecho real, en la práctica, se había convertido tradicionalmente en una institución básica para el adecuado aprovechamiento de una propiedad agraria y minifundista, en la que servirse por una finca o fincas colindantes era algo que, se añadía, se presentaba como cotidiano y, hasta incluso, podía decirse que normal, para concluir afirmando a tenor de lo indicado que en Galicia casi se podría mantener que, en esta materia, venía rigiendo el principio totalmente opuesto al tradicional o clásico, por el que se entiende que la propiedad, mientras no se demuestre lo contrario, se presume libre de cargas, principio éste calificado por los autores adscritos al citado sector doctrinal como tremendamente perturbador, en muchas ocasiones, en su aplicación a la particular situación que se daba en la Comunidad Gallega¹⁴.

La servidumbre de paso se presentaría para los defensores de esta tesis, por tanto, como una realidad incuestionable en la práctica, así como fuente de innumerables conflictos, tanto por la actitud personal de las partes implicadas en los mismos, como por la aplicación —hasta la entrada en vigor de la reciente Ley 4/1995— de una normativa jurídica contenida en el Código Civil —en especial, los arts. 537, 539 y 540—, que, en modo alguno, se compaginaba, se decía, con la supuesta realidad gallega, fundamentalmente en cuanto a la constitución del derecho real y a su adaptación, en caso de que ya existiese, a las transformaciones sufridas en el predio dominante a consecuencia de las modificaciones introducidas en el mismo para lograr una más adecuada y racional explotación, en consonancia con los nuevos medios de transporte¹⁵.

Dicha «realidad práctica incuestionable», que se concretaría en la que se ha dado en denominar «evidente existencia de un derecho consuetudinario propio en materia de servidumbres de paso (no referido a su constitución) y serventías»¹⁶, fue la que propició, ante la carencia de regulación de las especialidades de la servidumbre de paso en la Com-

¹⁴ Vid. REBOLLEDO VARELA, «La servidumbre de paso. El artículo 540 del Código Civil...», *op. cit.*, p. 1; Id., «Los derechos reales en la Ley 4/1995...», *op. cit.*, p. 123.

¹⁵ REBOLLEDO VARELA, «La servidumbre de paso. El artículo 540 del Código Civil...», *op. cit.*, p. 1; Id., «Los derechos reales en la Ley 4/1995...», *op. cit.*, p. 124.

¹⁶ REBOLLEDO VARELA, «Los derechos reales en la Ley 4/1995...», *op. cit.*, pp. 126 y ss.

Ramón P. Rodríguez Montero

pilación de 1963¹⁷, la intervención del legislador gallego, que, haciéndose eco, según se dice, de un sentir generalizado en el ámbito jurídico gallego, procedió a la promulgación de la vigente Ley 4/1995, en la que, como ya se ha indicado, se introduce, al igual que se hizo en otras Comunidades Autónomas del Estado Español, ante las deficiencias o falta de adecuación del Código Civil, una normativa propia en la materia, resaltando como una de las principales novedades de la misma, el reconocimiento —con una finalidad correctora de los problemas transcritos— de la usucapión como posible modo o forma de constitución de dicho derecho real.

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

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

2. Propiedad de la tierra y servidumbres en Galicia

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

En el sentido señalado, por ejemplo, García Ramos, en el capítulo XV de su ya clásica «Arqueología jurídico-consuetudinaria-económica de la Región gallega»¹⁸, cita en-

¹⁷ En la Exposición de Motivos de la misma, únicamente se señalaba en relación a las parcelas lo siguiente: «El aumento de la población, de un lado, y las Leyes desamortizadoras, de otro, han producido en Galicia la división y subdivisión sucesiva de las fincas. Dentro del antiguo cercado del «agra» o «vilar», existen ahora multitud de parcelas que pertenecen a distintos propietarios. Su pequeña extensión y el quedar la mayoría de ellas enclavadas sin salida a camino público imponen que su cultivo sea uniforme y que se rija en el mismo un orden tradicional de rotación. Este género de cultivo uniforme, que en cierto modo se ha venido a anticipar a las concentraciones parcelarias, se impone para el mejor aprovechamiento del suelo y como consecuencia de la escasa extensión de las parcelas». Por otra parte, en la mencionada Compilación se contenían bajo el epígrafe titulado «El agro, agra o vilar», los arts. 91 y 92, en los que sólo se regulaban algunas cuestiones relativas al muro circundante del agra.

¹⁸ El capítulo aparece titulado «Limitaciones de la propiedad. Servidumbres rústicas: El sendero. Servidumbre innominada. La de «agro». La de arado y buey». *Vid. op. cit.*, pp. 95 y ss.

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

tre otras las siguientes: el sendero o «sendeiro» —«porción o faja de terreno, de extensión de una cuarta y media de ancho, que generalmente bordea las parcelas cultivadas, por la que todos los dueños de las situadas en el «agra» o «agro» tienen derecho a transitar a pie uno detrás de otro, con o sin carga»—, la servidumbre de paso de ganados —en la que se contiene la obligación por parte de la persona que va custodiándolos de reponer la «cancela» o el muro de piedra postizo que cierra la entrada de la finca por la que se pasa, dejándolo, una vez utilizado el servicio, en el estado en que se encontraba inicialmente—, las denominadas de «pie de rey», «gavia» y «anda boy» —que califica como comunes en la región, y que no define—, la servidumbre de «agro» —también calificada por el autor como «común o general», «que actúa sobre el predio o parcela de terreno que se halla situado a la entrada de la cancela o carril del agro, formado por fincas correspondientes a diferentes propietarios, y en la que la finca primera tiene que sufrir el paso de carros, arados y rastrillos para las que estén situadas detrás»—, y la servidumbre de «arado y buey» —«particular», «especial» o «comarcana», cuya utilización es constatable en el Partido judicial de La Estrada, «consistente en que el dueño de una parcela enclavada en el agro, si la quiere cerrar, tiene que dejar en favor del colindante un espacio de terreno para que pueda arar el suyo con libertad en los bueyes, sin que por el hecho del cierre se vea privado de cultivar ni la más pequeña porción de tierra»—, que tendría un «contenido más económico que jurídico», y que, según García Ramos, «carecería de todo amparo dentro de la ley».

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

Por otra parte, también resulta significativo que dichas figuras aparezcan referidas en su práctica totalidad a las parcelas enclavadas a una superficie muy concreta: el «agra»¹⁹.

De estas dos matizaciones creemos que se puede extraer una primera conclusión importante utilizando la referencia antigua que nos ofrece García Ramos: la *necesidad* compartida, casi se podría decir que comprendida y sentida en común por los distintos propietarios de las pequeñas fincas, especial y fundamentalmente situadas en el «agra», podría haber sido la que hipotéticamente, con carácter general y a consecuencia de la es-

¹⁹ Superficie rústica continua, generalmente destinada a labradío, dividida en parcelas pertenecientes a distintos propietarios («leiras») que son labradas a la «misma mano», y que está cercada con un muro o «valado» en el que se abren las «cancelas» necesarias para entrar y salir de dichas fincas. «cancelas» de las que parten uno o varios caminos o vías interiores que son consustanciales al «agro» y por los que los titulares de las «leiras» integradas en el mismo ejercitan el paso conforme a las correspondientes necesidades del cultivo y recolección de las cosechas. En relación al sistema de organización parcelaria en el interior del «agra», con un gráfico explicativo, *vid.* FERNÁNDEZ DE ROTA, *op. cit.*, pp. 45 y ss.

Ramón P. Rodríguez Montero

trecha interdependencia existente entre los terrenos, habría provocado la espontánea aparición de esos servicios de paso en la práctica y la que, a la vez, justificaría y explicaría su mantenimiento y escrupuloso respeto²⁰ por parte de los titulares afectados.

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

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

Centrándonos en el ámbito de la propiedad, interesa destacar que se ha indicado con gran exactitud, y esta es una afirmación que suscribimos, que el espacio de la «casa», entendida en el más amplio significado del término, viene presidido por un ideal autárquico²¹.

Desde una concepción moral, en la que se subrayaba al máximo el respeto al derecho a la propiedad heredada de padres y abuelos o adquirida, pensando en la descendencia como elemento clave de la sagrada continuidad doméstica, el sueño utópico de gran parte del campesinado gallego se concretaría en la parcela ideal: una gran y única parcela cerrada que tuviese en su interior la casa-vivienda; un sueño que el campesino gallego, ante la imposibilidad de poder cumplirlo en la mayoría de los casos, a consecuencia del gran mosaico de parcelas existente, trata de reproducir al menos en su centro vital, intentando que la casa-vivienda, con sus patios y dependencias, la huerta, y, en ocasiones, algunas de las parcelas que formasen parte de la misma, quedasen sin fisuras

²⁰ Según GARCÍA RAMOS (*op. cit.*, pp. 95 y ss.), los labradores y propietarios observarían la circunstancia de «tener expeditos y fáciles los senderos, probablemente por la rigurosidad con que, ya desde el Fuero Juzgo, en su ley 24, título IV, libro VIII, se castigaban las interrupciones de estas servidumbres».

²¹ FERNÁNDEZ DE ROJA, *op. cit.*, p. 37.

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

internas, cerradas por un buen «valado», evocando un pequeño universo privado, defendido de cualquier posible intromisión²².

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

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

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

En relación con el concepto de «cerrado», llama particularmente la atención la gran variedad de sistemas divisorios con que desde antiguo se vienen delimitando o señalizando las parcelas, materializados en los aludidos «valados», y otras formas como las «chantas», los «cómáros», los «regos», o los «marcos», elementos éstos que en numerosas ocasiones se completarían con una serie de aditamentos adicionales apropiados, dependiendo de cada caso particular. Esta amplia variedad de sistemas divisorios, reflejaría de manera gráfica y elocuente, como se ha indicado, una tensión dialéctica entre el máximo aprovechamiento espacial posible de las propiedades —en su gran mayoría, de reducida extensión— y la defensa de las mismas en sus justos límites²³.

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

²² FERNÁNDEZ DE ROTA, *op. cit.*, pp. 48 y ss.

²³ Para una descripción pormenorizada de los elementos utilizados en la variedad de sistemas divisorios aquí descritos sucintamente, *vid.* FERNÁNDEZ DE ROTA, pp. 43 y ss.

Ramón P. Rodríguez Montero

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

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

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

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

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

Cuando los límites señalados se vulnerasen y se atentase contra el carácter cuasi-sagrado de la propiedad, cuando no se respetasen los servicios para las fincas, tal y como aparecían establecidos y regulados en la práctica comunitaria, excediéndose, por ejemplo, en la utilización del agua señalada para los predios, extrayéndola fuera del correspondiente turno establecido, o se alterase unilateralmente el ejercicio del paso, o bien, a consecuencia del mismo se irrogasen perjuicios en la finca que lo debiese tolerar —descuido en el control del ganado con perjuicio para la cosecha ajena, por ejemplo—, o, incluso, cuando se realizase una apropiación particular de algunas partes de espacios públicos, como por ejemplo, de determinados caminos; en definitiva, cuando se deteriorase o alterase la normal convivencia, es decir, las relaciones de vecindad espontáneamente establecidas y aceptadas por los miembros de la comunidad, sería cuando se produciría el conflicto. Una vez avanzado éste, por ejemplo, se rompería un muro, se levantaría un

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

«valado» para interrumpir el paso del vecino por la finca propia, se desviarían las aguas pluviales, los afectados se tumbarían atravesados en el camino para impedir el paso del carro considerado invasor y, en numerosas ocasiones, se llegaría a la afrenta verbal y a la violencia física, formalizándose judicialmente la contienda; sería entonces cuando intervendría el Juez o Tribunal correspondiente, con la finalidad de ofrecer una solución a través del ordenamiento jurídico común a un problema que se había planteado en ese ámbito social tan concreto. Esta circunstancia —resolución a través del derecho (en definitiva, de un cuerpo —normativo— ajeno) de un problema surgido en un ámbito comunitario concreto, regido por unas reglas determinadas (usos, costumbres enmarcables en el ámbito de las relaciones de vecindad en la materia que nos ocupa), que han sido establecidas por los propios individuos de esa comunidad al margen de cualquier regulación jurídica, y cuyo cumplimiento y respeto se asentaría exclusivamente, en principio, en la convicción interna comunitaria— explica y hasta incluso justifica que la solución obtenida al resolver el conflicto, aplicando el derecho de que se disponía —en concreto, el contenido en el Código Civil, único aplicable— no pudiese ser perfecta; por otra parte, a nuestro juicio, también exime de cualquier posible crítica razonable a ese ordenamiento por lo que se refiere a la conexión de su contenido en la materia que nos ocupa con la aparición de posibles situaciones de conflicto en el concreto y particular ámbito gallego hasta aquí expuesto²⁴.

3. El denominado «problema» de las servidumbres de paso en Galicia: síntesis histórica de su planteamiento en la doctrina gallega y análisis crítico del mismo

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

²⁴ Para una crítica exarcebada al art. 539 del Código Civil desde una perspectiva «ético-jurídica», *vid.*, por ejemplo, ALONSO ZATO, «Las servidumbres de paso ante la prescripción inmemorial (Propuesta de que en la Compilación gallega se regule este título adquisitivo)», en *Foro Gallego*, 1971, pp. 402 y ss. Cfr., también, entre otros, en términos críticos con la regulación del Código Civil: VARELA RODRÍGUEZ, «Las servidumbres de paso adquiridas por prescripción inmemorial», en *Libro del I Congreso de Derecho Gallego*, *op. cit.*, p. 434.; LÓPEZ GRAÑA, «La servidumbre de paso *do agro*», en *Libro del I Congreso Gallego*, *op. cit.*, p. 454.; DÍAZ FUENTES, *Dereito Civil de Galicia. Comentarios a Lei 4/1995*, 1997, p. 106.

Ramón P. Rodríguez Montero

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

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

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

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

Precisamente, cuando se considerase subjetivamente que se habían traspasado sin razón los límites marcados, invadiéndose la ya de por sí escasa propiedad particular de que se disponía, o cuando no se respetasen adecuadamente los contenidos de los usos-prácticas consuetudinarias establecidos en el seno de la propia comunidad, produciéndose un exceso o una extralimitación en el ejercicio de las facultades consuetudinariamente consentidas, se produciría el conflicto de intereses, frecuentemente acompañado de reacciones violentas y viscerales. Así, del mero hecho se pasaría entonces, a consecuencia del conflicto, al derecho; de una situación meramente fáctica, asentada en principio única y exclusivamente en su reconocimiento y regulación social, se pasaría, con la ruptura de las relaciones de buena vecindad, a la solicitud de reconocimiento y regulación jurídica de cada una de esas particulares y concretas situaciones de hecho en conflicto, produciéndose en caso de que tales demandas prosperasen su «juridificación» o entrada en el mundo del derecho, ahora por lo general como servidumbres propiamente dichas.

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

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

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

Así, tomando en consideración el lado activo de la relación, por ejemplo, la justificación de la necesidad del paso para la realización de tareas agrícolas, a través del recurso al art. 564 del Código Civil²⁵, o, en su caso, la constatación testifical de no existir memoria de una situación fáctica de paso prolongada en el tiempo, con los requisitos señalados al efecto, mediante el recurso a través de las Disposiciones Transitorias del citado Código Civil a la prescripción inmemorial, reconocida en el derecho anterior (Siete Partidas), solventarían, cuando prosperasen, de una forma cuanto menos relativamente aceptable, la falta de reconocimiento espontáneo de tales servicios, y los juridificaría, transformándolos de meras situaciones de hecho, en auténticas servidumbres de paso, es decir, propiamente en derechos reales.

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

En este sentido, tanto la circunstancia de que el recurso a la prescripción inmemorial se planteara en el ordenamiento jurídico común español no como una posibilidad general sino excepcional —cabe recordar al respecto que los codificadores europeos y, entre ellos, el español, pretendieron desterrarla del articulado de sus Códigos Civiles—, a la que cabría acudir no ya directamente —en el caso español, en atención al escrupuloso respeto observado por el legislador nacional hacia los derechos nacidos y hacia otra se-

²⁵ Respecto a la problemática que se plantea en relación a estos supuestos de constitución de las denominadas servidumbres forzosas de paso a favor de fincas enclavadas, *cfr.*, ampliamente, con referencias bibliográficas y jurisprudenciales, REBOLEDO VARELA, «Los derechos reales en la Ley 4/1995...», *op. cit.*, pp. 143 y ss.

Ramón P. Rodríguez Montero

rie de situaciones que aún no habían llegado a la categoría de tales en el momento de la entrada en vigor del Código Civil, como sería el caso de la prescripción iniciada, pero todavía no consumada— sino por vía indirecta, conforme a las leyes anteriores al propio Código Civil —Siete Partidas, Ley XXV, Título XXXI, Partida III, aplicable a tenor de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera de aquel cuerpo normativo—, así como el hecho de la posibilidad de utilización limitada con carácter general de la citada institución (prescripción) en relación a un determinado grupo de antiguos servicios de paso —«servidumbres de paso» que ya hubieran sido adquiridas conforme a las leyes anteriores al Código Civil, y «servidumbres de paso» que vinieran ejercitándose con anterioridad al Código Civil, que cumpliesen determinados requisitos y de las que no fuese posible recordar su origen ni tampoco un estado contrario; no reconocida para las «servidumbres de paso» que hubiesen empezado a ejercitarse después de 1889 (año de entrada en vigor del Código Civil)— y, en especial, la consiguiente pérdida de idoneidad progresiva de la figura desde un punto de vista práctico, a consecuencia de la dificultad probatoria —acrecentada según se iba avanzando cada vez más en el tiempo— derivada de la exigencia establecida con cierto rigor por los Tribunales de Justicia en materia de prueba testifical en relación a los antiguos servicios de paso señalados —prueba que sería utilizable cuando no se dispusiese de otros medios probatorios reconocidos como aptos por el ordenamiento, lo cual sería bastante habitual, y que se concretaba en tener que recurrir con la finalidad de poder acreditar la existencia de la «servidumbre de paso» desde tiempo inmemorial al testimonio de personas «idóneas», cuyo requisito de edad se iría ampliando cuanto más se fuese alejando la fecha de entrada en vigor del Código Civil— provocaron la aludida reacción en un sector de la doctrina gallega posterior, principalmente situado en el ámbito de la abogacía, planteándose la cuestión como un problema, cada vez más dramático, que se podría sintetizar en una pregunta que, como veremos más adelante, paradójicamente se vuelve a repetir en nuestros días más o menos en parecidos términos: ¿Qué es lo que ocurrirá con tantas servidumbres como cruzan el agro gallego el día que sus poseedores no puedan demostrar su título, ni probar su ejercicio anterior a la vigencia del Código Civil?²⁶

Sólo a partir de entonces y a consecuencia de la problemática aludida fue cuando con mayor o menor intensidad y con mayor o menor fundamento se empezó a criticar por un sector de la doctrina gallega la normativa recogida en el Código Civil²⁷ —lo que, como

²⁶ Esta pregunta la formulaba —y contestaba— CASTRO PÉREZ, en un interesante trabajo, titulado «Adquisición por usucapión de las servidumbres de paso», publicado en la Revista jurídica Foro Gallego, 1954, pp. 441 y ss., y pp. 527 y ss., sintetizando la petición de un sector de juristas gallegos del ámbito de la abogacía, que en el momento en que escribía el autor, también venían demandando el reconocimiento de determinados servicios de paso ejercitados *de facto* a lo largo del tiempo a través de las líneas. *Vid.*, en concreto, *op. cit.*, pp. 540 y ss.

²⁷ Entre los autores que adoptaban en aquel tiempo una postura crítica en relación a la normativa establecida en materia de servidumbres de paso en el Código Civil, *vid.* ALONSO ZATO, VARELA RODRÍGUEZ y

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

ya se indicó, hasta entonces no se había hecho, quizá porque el ahora «problema», de claro carácter procesal, realmente no se había planteado—, intentando encontrar posibles soluciones al respecto, tanto por la vía jurisprudencial —solicitando una mayor sensibilidad por parte de los Tribunales de Justicia al valorar las situaciones planteadas en dicha materia, especialmente en cuanto a la prueba de testigos y a la exigencia de título—, como por vía legislativa —proponiendo, por ejemplo, la introducción en la Compilación gallega de 1963 de la prescripción inmemorial, como posible forma de adquisición de las servidumbres no aparentes o discontinuas, de manera similar a la que se había hecho en otras Compilaciones forales de diversas Comunidades Autónomas, como por ejemplo las de Aragón y Cataluña—.

También a partir de entonces, en algún caso, se intentó presentar de forma genérica y sin ningún apoyo concreto la inmemorialidad posesoria, entendida como título de adquisición de las servidumbres prediales, como una de las costumbres más respetadas dentro del ámbito gallego²⁸, lo cual, como ha sido puesto de manifiesto, tanto jurisprudencialmente²⁹, como doctrinalmente³⁰, no se corresponde en absoluto con la realidad.

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

Unos tipos iniciales que, en referencia a las «costumbres e instituciones notorias no incluidas en la Compilación (de 1963)», con mayor precisión, nos vuelve a recordar otro de los grandes jurisconsultos gallegos, Martínez Risco, en un artículo aparecido en el año

LÓPEZ GRAÑA, *op. cit.*, en nota 24 de este trabajo. En sentido contrario, *cf.* CASTRO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 441 y ss., y especialmente pp. 540 y ss.

²⁸ Así lo indicaba expresamente ALONSO ZATO, *op. cit.*, p. 412.

²⁹ *Vid.* al respecto, por ejemplo, la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJG con fecha 25 de enero de 1995, a la que hacíamos referencia en nuestros trabajos titulados «Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres y serventías en la vigente Ley de Derecho Civil de Galicia», recogido en Foro Galego, núm. 189, 1996, p. 59, nota 5, y «La regulación de las servidumbres y serventías en la Ley 4/1995 de Derecho Civil Gallego: un análisis crítico y comparativo con la legislación civil de otras Comunidades Autónomas», publicado en Revista Xurídica Galega, núm. 14, 1996, p. 45, nota 14.

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

Ramón P. Rodríguez Montero

1967³¹, con las siguientes palabras: «no recoge la Compilación ninguna de las figuras de servidumbre predial que, impuestas principalmente por la distribución minifundista de la propiedad, tomaron carta de naturaleza y se practican en la región gallega con el carácter de forzosas. Mencionaremos las más salientes: la servidumbre «alternativa de vía» y la servidumbre de «tornaboi» o «viraboi».

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

Con independencia de todas estas precisiones —inexistencia de una pretendida costumbre, supuestamente respetada en el ámbito gallego, entendiendo la inmemorialidad posesoria como título de adquisición de las servidumbres prediales; existencia de figuras muy concretas en el ámbito de los usos o costumbres agrarias gallegas, fundamentalmente referidas a la superficie del «agra»; encuadre sistemático de dichas figuras más en el ámbito de las relaciones de vecindad que en el de las servidumbres consideradas en sentido estricto—, de nuevo vuelve a llamar la atención en esta sucinta historia, que aquí se recoge en sus rasgos fundamentales, del denominado «problema» de las servidumbres de paso en Galicia, el planteamiento adoptado en torno al mismo por la doctrina gallega con motivo de la celebración en el año 1972 del I Congreso de Derecho Gallego³², en el que, una vez más, se volvía a aludir a la necesidad de regular en la futura Compilación revisada la adquisición por prescripción de las servidumbres de paso —de nuevo en términos generales, sin referencia concreta a antiguos tipos o figuras—, desde la supuesta existencia de una ya indicada —y ahora prácticamente «sacralizada»— y realmente inexistente costumbre inmemorial, introduciendo en el debate nuevos términos: ¿reconoci-

³¹ MARTÍNEZ-RISCO Y MACÍAS, «Lagunas institucionales en la Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia», en *Foro Gallego*, núm. 135-136, 1967, pp. 301 y ss., especialmente pp. 317 y ss.

³² El objetivo principal del citado Congreso se centró en la posible revisión de la Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia prevista para 1973, así como en recoger la realidad socio-económica del país gallego, rectificando lo que procediese y tendiendo a la inclusión de la costumbre y la tradición jurídica que debiese estar en aquella. Así, en el art. 3 del Reglamento del citado Congreso se señalaba como finalidad del mismo: «El estudio y, consecuentemente, proponer las soluciones del caso a la problemática actual de la vida jurídica gallega y en especial de las instituciones propias del Derecho Civil Especial de Galicia, con ocasión de acercarse el momento de la revisión decenal de la vigente Compilación.» Para todo lo relativo al mencionado Congreso, *vid. Libro del I Congreso de Derecho Gallego*, promovido por los Ilustres Colegios de Abogados de Galicia y la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, editado por la Comisión Ejecutiva del I Congreso de Derecho Gallego, 1974.

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

miento de la adquisición por usucapión durante el plazo de inmemorialidad sin límite?, es decir, la tradicional prescripción inmemorial; ¿reconocimiento de la adquisición por usucapión durante el plazo de dos generaciones?, es decir, prescripción adquisitiva de las servidumbres prediales de paso, en términos similares a la regulación realizada en las antiguas Compilaciones aragonesa y Foral de Cataluña; o, ¿reconocimiento de la adquisición por prescripción durante el plazo de veinte o treinta años, sin necesidad de buena fe y justo título y con los requisitos en relación a la posesión de pública, pacífica e ininterrumpida?, es decir, usucapión extraordinaria.

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

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

Esta falta de concreción o incertidumbre conduce a formularse necesariamente una pregunta fundamental —extensible a los otros procedimientos de prescripción solicitados también en relación a la servidumbre de paso aludida con carácter general—, que, como indicábamos en otro trabajo ³³, hasta el momento presente, todavía no ha sido resuelta: ¿en qué términos pretendían los proponentes de la introducción de la prescripción adquisitiva en relación a la servidumbre de paso que se reconociese y regulase la misma?; al formularse la propuesta, ¿se estaba pensando en la aplicación de la usucapión como modo de adquisición para todos los supuestos de paso, o sólo para algunos casos muy concretos y determinados?

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

La referencia que se tomaba entonces con la finalidad de justificar la introducción de la usucapión —y que nos parece que también se había tomado anteriormente y que se

³³ «Inhibición legislativa y determinación jurisprudencial del derecho: ¿aplicación retroactiva o irretroactiva del artículo 25 de la Ley de Derecho Civil de Galicia en materia de constitución de servidumbres de paso por usucapión? (Comentario a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 15/1998 y 16/1998, de 24 de septiembre)», en *La Ley* (Galicia), suplemento al núm. 4777, 1999, pp. 4 y ss.

Ramón P. Rodríguez Montero

volvería a tomar más adelante; en este último caso, si no con carácter exclusivo, sí presumiblemente de forma fundamental— fueron las denominadas «*fincas enclavadas* (el subrayado es nuestro), para cuyo aprovechamiento se vino realizando el paso desde tiempo inmemorial a través de otras parcelas próximas o colindantes con camino público»³⁴.

De esta matización parece poder extraerse la conclusión de que la solicitud de reconocimiento de la prescripción adquisitiva, que posteriormente aparecería recogida en el art. 25 de la vigente LDCG, habría surgido fundamentalmente en relación a un específico tipo de servicios de acceso o paso: los ejercitados de *facto* y a lo largo del tiempo, de forma pública, pacífica e ininterrumpida, por los propietarios o titulares de las fincas enclavadas —originadas como ya se indicó a consecuencia del excesivo reparto de la tierra: distribución minifundista de la propiedad rural—, que para su aprovechamiento necesitarían servirse a los efectos del mencionado paso a través de otras fincas próximas o colindantes con camino público.

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

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

El transcurso de dicho plazo posesorio actuaría, se decía por los defensores del reconocimiento de la usucapión, como un elemento presuntivo de que el dueño del predio sirviente habría consentido la servidumbre, al no haber realizado durante dicho plazo perentorio «actos obstativos para impedir el paso, y por la relativa actividad del dueño del predio dominante, que durante tanto tiempo lo vino ejerciendo con *evidente signo apa-*

³⁴ Así lo manifestaba expresamente la Ponencia de la Sección IV —denominada «Castro Bolaño»— del I Congreso de Derecho Gallego. *Vid.* «Libro del I Congreso de Derecho Gallego», *op. cit.*, pp. 523 y ss.

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

rente, indubitado y ostensible (el subrayado es nuestro) y con la condición de que tal posesión fuese pública, pacífica e ininterrumpida»³⁵.

La circunstancia de que expresamente se aluda al «signo aparente evidente, indubitado y ostensible» parece conducir a la categoría de las denominadas servidumbres aparentes, contrapuestas, como es sabido, a las no aparentes³⁶; no está de más recordar al respecto que las servidumbres de paso son encuadradas en la categoría de las discontinuas —y así se reconoce de forma expresa por la doctrina gallega—, pudiendo, asimismo, ser calificadas como aparentes o no aparentes, según las características que presenten.

Dicha circunstancia, vuelve a plantear de nuevo otra duda, que se concretaría en la siguiente cuestión: ¿Por qué si los proponentes de la introducción de la usucapión extraordinaria como posible forma de adquisición de las servidumbres de paso utilizaban expresamente en su argumentación como dato fundamental el ejercicio de la servidumbre por parte del titular del fundo dominante con «signo aparente, evidente, indubitado y ostensible» a los efectos de justificar que el transcurso del tiempo posesorio establecido servía para obtener el derecho real como tal, no hicieron constar, o incluyeron de forma expresa —precisamente por la importancia que parecían atribuirle— esa característica de la apariencia como un requisito más y cualificado entre los exigidos en la propuesta de regulación que efectuaron de la citada figura?³⁷.

En cualquier caso, en aquellos momentos —nos referimos al tiempo en que se redactaban las conclusiones que, no sin cierto debate³⁸, fueron adoptadas como definitivas en el seno del I Congreso de Derecho Gallego (año 1972)—, ya no solamente se solicitaba a los efectos de poder resolver el «problema» planteado, referido *supra*, el reconocimiento y regulación normativa de la prescripción inmemorial para las situaciones posesorias más antiguas, entendida como aquella de la cual los más viejos del lugar no tuvieran memoria de su inicio —debiendo justificar, «en caso de oposición», se decía, «la *necesidad racional y actual del gravamen* (el subrayado es nuestro)»³⁹, lo que, de nuevo, vuelve a sorprender si se piensa en términos técnico-jurídicos, tanto en la institución de la prescripción, como en la de las servidumbres, y vuelve a sugerir, una vez más, la imagen de la finca enclavada y, con ella, la del paso forzoso o necesario—, sino tam-

³⁵ *Op. cit.*, p. 524.

³⁶ En relación a la «apariencia» como posible criterio aplicable en materia de servidumbres, *vid.* recientemente TUR FAUNDEZ, *Los particulares efectos de la «apariencia» en el ámbito de las servidumbres*, 1999.

³⁷ Tal circunstancia no se presentaría como una novedad, puesto que en otras Compilaciones del estado español, como por ejemplo es el caso de la Aragonesa o de la Navarra, como es sabido, se tiene en cuenta la distinción establecida entre servidumbres aparentes y servidumbres no aparentes, tomándola como referente a efectos de la adquisición del derecho real por prescripción. Sobre esta cuestión volveremos *infra*.

³⁸ A través de la lectura de las Actas en las que se recogen los mencionados debates, resulta posible extraer la conclusión de que el tema objeto de análisis no estuvo exento de una cierta polémica entre los congresistas asistentes. *Vid.* al respecto «Libro del I Congreso de Derecho Gallego», *op. cit.*, pp. 538 y ss.

³⁹ *Vid.* «Libro del I Congreso de Derecho Gallego», *op. cit.*, pp. 684 y 717 y ss.

Ramón P. Rodríguez Montero

bién la de la denominada usucapión extraordinaria, referida, según parece, a las situaciones posesorias actuales, en los términos y con las características anteriormente expuestas.

De esta manera, en aquellos momentos, se descartaba definitivamente la posesión inmemorial entendida en sentido tradicional o clásico —es decir, la no referida a un plazo temporal concreto y definido— como posible remedio para poder paliar los que se calificaban como «efectos totalmente distorsionantes con la realidad de Galicia»⁴⁰, y ello, precisamente, por haberse consolidado firmemente en los Tribunales de Justicia, tras una serie de interpretaciones dubitativas el criterio de que la prescripción no sólo había de estar iniciada, sino también consumada a la entrada en vigor del Código Civil⁴¹, lo que incrementaba, haciendo materialmente imposible, la ya de por sí cada vez más difícil acreditación testifical exigida al efecto.

Avanzando en el tiempo, otro de los especialistas que se ocuparon de la cuestión, Rebolledo Varela, suscribiendo la solicitud de reforma de la Compilación de 1963 —todavía pendiente cuando escribía el autor—, que había sido formulada durante la celebración del I Congreso de Derecho Gallego en los términos transcritos anteriormente, aportaría con posterioridad —tras manifestar su escepticismo ante una pronta toma en consideración de la reforma solicitada— una solución al «problema» planteado, ciertamente original, buscada desde la propia legalidad entonces vigente, a través de la interpretación de los arts. 539 y 540 del Código Civil, y que giraría fundamentalmente en torno a la que dicho autor consideraba, con total acierto, como «clave del problema de la constitución de las servidumbres de paso en Galicia»: «la prueba procesal de la constitución de la servidumbre de paso voluntaria»⁴².

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

⁴⁰ La frase corresponde a REBOLLEDO VARELA, «La servidumbre de paso. El artículo 540 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 1 y 2.

⁴¹ Para esta cuestión, remitimos a la referencia que hacíamos en torno a la misma en nuestro estudio titulado «La regulación de las servidumbres y serventías en la Ley 4/1995...», *op. cit.*, pp. 54 y ss.

⁴² REBOLLEDO VARELA, «La servidumbre de paso. El artículo 540 del Código Civil...», *op. cit.*, p. 2. El autor reiteraría las ideas manifestadas en este trabajo en otros posteriores: «A nova regulación da servidume de paso e serventías, do cómaro, do ribazo e do arró e ou retracto de graciosa na Lei 4/1995, do 24 de maio, de Dereito Civil de Galicia», en *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de maio)*, s.f., pero 1996, p. 194 y nota 32, y, con mayor amplitud, «Los derechos reales en la Ley 4/1995...», *op. cit.*, pp. 214 y ss.

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

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

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

Retomando las elocuentes palabras de CASTRO PÉREZ⁴³, que también se había ocupado en su momento del «problema» planteado, cabe recordar al respecto que, en principio y con carácter general, hay que partir de la circunstancia de que al Juez no le compete otro cometido más que cumplir fielmente la ley, sin que le sea dado por sí y ante sí modificarla, so pretexto de aclarar una oscuridad cuando la misma no exista, como ocurría en el ámbito civil común, cuyo régimen jurídico en materia de adquisición de servidumbres de paso, aplicable también hasta entonces en Galicia, resultaba claro y terminante, con independencia de la discutibilidad de su estructura y contenido en algunos aspectos; las leyes, como manifestaciones de la voluntad popular, no pueden ni deben ser sustituidas por la voluntad unilateral de los jueces, manifestada a través de sus sentencias, dirigidas en muchas ocasiones, y máxime en temas tan controvertidos como el de la propiedad y los derechos reales limitados, por motivaciones inconscientes de educación, de clase, o de partido.

⁴³ *Op. cit.*, pp. 540 y ss.

Ramón P. Rodríguez Montero

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

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

Leyendo las referencias recogidas en la materia que nos ocupa en los Trabajos aportados en el año 1991 como propuestas legislativas por algunos miembros de una extinguida Comisión Parlamentaria no permanente, así como por el Consello da Cultura Galega⁴⁴, respectivamente, que sirvieron en gran medida de base para la confección de la vigente Ley 4/1995 de Derecho Civil de Galicia, se puede producir la cuanto menos curiosa impresión de que, aun a pesar del notable tiempo transcurrido desde que por primera vez se empezó a plantear por un sector de la doctrina gallega el «problema» que estamos tratando, hasta aquella fecha, la situación fáctica que había dado lugar a dicho problema no había sufrido transformación o cambio alguno; todo parecía seguir igual⁴⁵.

Llegados a este punto, cabe preguntarse, una vez más, por aquellas antiguas figuras de servicios de paso, encuadrables fundamentalmente en la superficie del «agra», ahora desaparecida, desconocida o ignorada en muchos lugares de Galicia—; cabe preguntarse por el abandono progresivo, cada vez más patente, de la agricultura y por el traslado de la población rural joven a las capitales; cabe preguntarse por el posible destino que de un tiempo a esta parte se viene dando a las fincas rústicas, destinadas ya no tanto a finalidades exclusivamente agrícolas, como en algunos casos demuestra su patente y en ocasiones patético abandono, y, en otros, su dedicación a menesteres distintos del agrario (urbanísticos, lúdicos, industriales, etc.), quizá económicamente más rentables que la pequeña agricultura; cabe preguntarse, en definitiva, por la existencia de aquellas antiguas

⁴⁴ Los aludidos Trabajos, que en opinión de REBOLLEDO VARELA, «A reforma da Compilación de 1963 e o futuro do Dereito Civil de Galicia», en *Revista Xurídica Galega*, núm. 2, 1992, pp. 387 y ss., y Prólogo a su edición de la Compilación Galega, en *Compilaciones y Leyes de los derechos civiles forales o especiales*, 1993, son «difícilmente conciliables», se encuentran recogidos en *Foro Galego*, núm. 184, 1992, pp. 13 a 37 y 39 a 59, respectivamente. Sobre el Trabajo de la extinguida Comisión Parlamentaria no permanente, su evolución y conclusión, *vid.* LORENZO MERINO, «Un Derecho Civil para Galicia. La Propuesta legislativa de Compilación de 22 de marzo de 1991», en *La Ley*, núm. 2995, p. 1; *Id.*, «El Derecho Civil de Galicia...», *op. cit.*, p. 7 y ss. *Vid.*, también, una crítica al texto presentado por el Consello da Cultura Galega, así como a la Proposición de Ley de 27 de abril de 1993, en SANDE GARCÍA, «O dereito civil de Galicia: Unha actuación imposible á luz da historia», en *La modernización del Derecho Civil*, 1994, pp. 147 y ss.

⁴⁵ Respecto a los ejes básicos sobre los que se asientan las transformaciones fundamentales sufridas en el mundo rural gallego en los últimos cuarenta años, *vid.* FERNÁNDEZ DE ROTA-IRIMIA, *Los protagonistas de la economía básica. (La vanguardia ganadera y la casa en el este de la provincia de A Coruña)*, 1999, especialmente, pp. 235 y ss.

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

costumbres o usos, concretadas en los viejos servicios y accesos de paso, surgidos en un tiempo pasado por necesidades agrícolas, con unas características muy concretas y determinadas, cuyo reconocimiento se venía solicitando de forma insistente: ¿seguían existiendo y teniendo esos accesos de paso, presentados una vez más en términos generales (servidumbres de paso) la intensidad y el vigor que antiguamente habían tenido en una cada vez más escasa conciencia comunitaria rural?; ¿se podía seguir hablando propiamente todavía en el presente, con un carácter tan general como se venía haciendo, de la existencia de unos usos o costumbres antiguos, originados para cubrir unas necesidades muy concretas aparecidas en un contexto concreto, con la finalidad de poder justificar en un tiempo y realidad distintos la introducción de una figura totalmente novedosa con la que en ese momento posterior se pretendía resolver un «problema» claramente procesal, que, según se decía, se venía arrastrando desde antiguo, y persistía en el tiempo?

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

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

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

Probablemente por ello, aun a pesar de su total desconexión con la tradicional realidad consuetudinaria gallega, se optó por introducir y regular en el art. 25 de la vigente LDCG, de una forma muy amplia, totalmente novedosa, y con carácter exclusivo —entre los diversos tipos posibles mencionados de prescripción adquisitiva que se habían sugerido—, la usucapión extraordinaria como posible forma de adquisición de las servidumbres de paso, rompiendo definitivamente en esta materia con la regulación

Ramón P. Rodríguez Montero

establecida en el sistema del ordenamiento jurídico-civil común, que había sido el aplicable hasta entonces en Galicia, y, en el que, como es sabido, se viene distinguiendo, por una parte, entre las servidumbres continuas y aparentes, para las que se admite su adquisición por usucapión, y, por otra, las no aparentes y discontinuas, entre las que se encontraría la de paso, para las que no se admite tal modo adquisitivo⁴⁶.

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

Así, por ejemplo, en la Compilación del Derecho Civil de Aragón, en los artículos 147 y 148, se admite y regula la prescripción adquisitiva de las servidumbres prescindiendo, como se indicaba en el Preámbulo de la Ley 15/1967, de 8 de abril, que modificaba en esta materia la normativa anterior, contenida en el Apéndice del Código Civil, de las discriminaciones clásicas entre «servidumbres positivas o negativas» y «continuas o discontinuas», para sentar unas reglas «más precisas», en base a la distinción entre «servidumbres aparentes o no aparentes». Partiendo de estos criterios, en el art. 147 del actual Texto normativo aragonés, se establece para todas las servidumbres aparentes la posibilidad de que sean adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y de veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe; mientras que en el art. 148, se señalan los mismos plazos posesorios para las servidumbres no aparentes susceptibles de posesión, exigiéndose, además, en este caso, buena fe y justo título para poder consumar la usucapión, amén de mantener para esta clase de servidumbres la presunción de prescripción adquisitiva por prescripción inmemorial⁴⁷.

Tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria establecida para los bienes inmuebles también encuentran reconocimiento como modos de adquisición de las servidumbres en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 356 y s.), distinguiéndose en la Ley 397 a efectos del momento de inicio del cómputo temporal posesorio entre servidumbres positivas, servidumbres negativas aparentes, y servidumbres negativas no aparentes, para las que se toma, respectivamente, como punto de referencia inicial el primer acto de ejercicio en las positivas, la aparición de los signos de servidumbre en las negativas aparentes, y la prohibición formal del acto que la servidumbre

⁴⁶ Respecto a la problemática que se plantea en torno a la adquisición de la servidumbre de paso en el Código Civil, *vid.* REBOLLEDO VARELA, «Los derechos reales en la Ley 4/1995...», *op. cit.*, pp. 132 y ss. Cfr., además, para una aproximación a las cuestiones que plantea el tema de la constitución de servidumbres por usucapión en el sistema del Código Civil, así como por lo que se refiere a la crítica a los argumentos que se suelen alegar tradicionalmente por la doctrina para justificar la regla de la imprescriptibilidad de las servidumbres discontinuas y no aparentes, contenida en mencionado Cuerpo normativo, una breve referencia bibliográfica en nuestro trabajo «La regulación de las servidumbres y serventías...», *op. cit.*, p. 49, nota 23.

⁴⁷ Sobre las diferencias en esta materia entre el Apéndice del Código Civil y la Compilación aragonesa, *vid.* sucintamente ARECHIEDERRA ARANZADI, *Propiedad y constitución de servidumbres*, 1993, pp. 117 y ss.

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

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

En Cataluña ⁴⁸, sin recurrir a las distinciones que se establecen entre las servidumbres como se hace en las Compilaciones anteriormente citadas, se prevé con carácter general en el art. 6 de la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad (LANISRV) la posibilidad de adquirir servidumbres por usucapión, exigiéndose en el art. 11 del mencionado Texto legal la «posesión pública, pacífica e ininterrumpida en concepto de titular del derecho de servidumbre por un período de treinta años», sin necesidad de título, ni buena fe, como se prescribe en el art. 342 de la Compilación catalana.

Finalmente, también en el art. 128 de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco se prevé, en este caso, junto al título y sin más especificaciones, la «prescripción de veinte años» como modo de adquisición de la servidumbre de paso. El legislador del País Vasco justifica la redacción del citado precepto en base a la necesidad de recoger de nuevo la adquisición de las servidumbres de paso (alargando ahora el antiguo plazo foral de quince años, al de veinte propio del Código Civil), ante la omisión en la Compilación de Título dedicado en el Fuero de las prescripciones, omisión ésta que provocó a partir de 1959 el planteamiento de numerosos litigios en los que se denegaba la servidumbre sobre derechos de paso muy antiguos, precisamente a consecuencia de la imprescriptibilidad establecida para las servidumbres de paso prevista en el art. 539 del Código Civil ⁴⁹.

III. LA FALTA DE PREVISIÓN LEGISLATIVA EN RELACIÓN A LA POSIBLE APLICACIÓN RETROACTIVA O IRRETROACTIVA DE LA USUCAPIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES DE PASO

1. Planteamiento del problema a consecuencia de la inhibición legislativa

Como ya se ha indicado, el legislador gallego establece en el segundo inciso del art. 25 LDCG la posibilidad de que los particulares puedan adquirir por prescripción las ser-

⁴⁸ Sobre el régimen de constitución de servidumbres por prescripción recogido en la compilación catalana y su contraste con el contenido en el Código Civil, cfr. ARECHEDERRA ARANZADI, *op. cit.*, pp. 121 y ss.

⁴⁹ Respecto a las cuestiones relativas a las servidumbres de paso en el Derecho Civil Vasco, *vid.* CELAYA VIDELA, *Curso de Derecho Civil Vasco*, 1998, pp. 161 y ss.

Ramón P. Rodríguez Montero

vidumbres de paso, junto a otros posibles modos o formas de constitución reconocidos en la misma norma: ley, «dedicación del dueño del predio sirviente» y negocio jurídico bilateral⁵⁰.

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

Nada se especifica, por tanto, en cuanto a que tal posesión lo debe de ser, siempre y por supuesto, en concepto de titular del derecho⁵¹, puesto que, como es sabido y se viene declarando de forma reiterada por Juzgados y Tribunales, los actos posesorios ejercitados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño o titular de la finca sirviente de que se trate, no sirven a efectos de usucapión⁵².

En cuanto al plazo prescriptivo, los redactores de la Ley 4/1995, optaron por establecer con carácter único el de veinte años, al igual que el legislador vasco, tomando en definitiva el propio del Código Civil español, señalado en el art. 537 para las servidumbres continuas y aparentes⁵³.

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

En relación a la mencionada frase ya nos manifestamos en otros artículos⁵⁴, señalando que la misma nos parecía innecesaria por su obviedad. Dicha indicación, tal y

⁵⁰ En relación a los mismos, remitimos a nuestros trabajos «Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres...», *op. cit.*, pp. 57 y ss.; y «La regulación de las servidumbres y serventías...», *op. cit.*, pp. 40 y ss. Cfr., además, ampliamente, REBOLLEDO VARELA, «Los derechos reales en la Ley 4/1995...», *op. cit.*, pp. 143 y ss., y bibliografía allí citada.

⁵¹ Como acertadamente se matiza, por ejemplo, en el art.11 de la actual Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad (LANISRV) y en el art. 1941 del CC.

⁵² Cfr., a título de ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo, de fechas 20 de octubre de 1980 y 16 de noviembre de 1981. Para el requisito de la usucapión en concepto de titular del derecho que se usucape, *vid.* ALBALADEJO, *Derecho Civil III. Derecho de bienes* (vol. I), 7.ª ed., 1991, pp. 180 y ss.

⁵³ Sin embargo, como ya se ha indicado *supra*, no se contempla la prescripción de largo tiempo o inmemorial, que sí aparece prevista en la Compilación del Derecho Civil de Aragón, y en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. En opinión de REBOLLEDO VARELA, «Los derechos reales en la Ley 4/1995...», *op. cit.*, pp. 199 y ss., «aunque no incluida en el art. 25 ha de entenderse vigente esta forma de adquisición, de gran trascendencia teórica si se mantiene la irretroactividad de la Ley 4/1995 aunque en la realidad de los litigios en los que se alega su aplicación ha perdido gran parte de su antigua importancia y devenido casi inoperante».

⁵⁴ «Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres...», *cit.*, p. 62; «La regulación de las servidumbres y serventías...», *cit.*, p. 51; «Inhibición legislativa y determinación jurisprudencial del derecho...», *cit.*, pp. 2 y ss.

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

como aparece formulada en el art. 25 LDCG no haría más que confirmar algo, por lo demás, ya conocido y pacífico en la doctrina y jurisprudencia, en concreto, el encuadre sistemático de la servidumbre de paso en la categoría de las denominadas servidumbres positivas, para las que, como es sabido, por consistir en un hacer por parte del titular del fundo dominante, se establece a efectos de prescripción adquisitiva el inicio del cómputo del tiempo de posesión desde el momento en que esa situación (paso) comenzase a ejercitarse, frente a las denominadas servidumbres negativas, en las que la mencionada referencia temporal se computa desde el «acto obstativo» realizado por el propietario del fundo sobre el que se pretende imponer el servicio⁵⁵.

En nuestra opinión, la aludida frase es evidente que cobraría pleno sentido y resultaría clarificadora cuando, como por ejemplo ocurre en el art. 538 del Código Civil, o en la Ley 397 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra⁵⁶, se alude contraponiendo distintos grupos o categorías de servidumbres cuyas características estructurales condicionan para las mismas un régimen jurídico diferente en cuanto a la determinación del *dies a quo* a efectos posesorios: distinción entre servidumbres positivas y negativas en el art. 538 del Código Civil; distinción entre servidumbres positivas y negativas, y dentro de estas últimas, a su vez, entre negativas aparentes y no aparentes en la Ley 397 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.

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

⁵⁵ Así lo han entendido, entre otros, y ésta es una opinión que compartimos: REBOLLEDO VARELA, «A nova regulación da servidume de paso...», *op. cit.*, p. 190; Is., «Artículo 25 Ley de Derecho Civil de Galicia: el problema del derecho transitorio», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo 37, vol. I, 1997, p. 265; DÍAZ MARTÍNEZ, «Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996, Audiencia Provincial de Orense», en *Revista Xurídica Galega*, núm. 12, 1996, pp. 341 y ss. En sentido contrario, cfr. MOURE MARÍÑO, «Lei 4/1995, do 24 de maio de Dereito Civil de Galicia. Comentario o Título III: Dereitos reais», en *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de maio)*, s.f., pero 1996, pp. 163 y ss. Para una crítica a la posición doctrinal defendida por este autor, *vid.* DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 340; y REBOLLEDO VARELA, «Artículo 25 Ley de Derecho Civil de Galicia...», *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵⁶ Art. 538 Código Civil: «Para adquirir por prescripción las servidumbres a que se refiere el artículo anterior (servidumbres continuas y aparentes), el tiempo de posesión se contará: en las positivas, desde el día en que el dueño del predio dominante, o el que haya aprovechado la servidumbre, hubiera empezado a ejercerla sobre el predio sirviente; y en las negativas, desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre.»

Ley 397 de la Compilación Navarra: «Las servidumbres se adquieren por la prescripción ordinaria de bienes inmuebles, o por la extraordinaria. El tiempo empezará a contar, en las servidumbres positivas, desde el primer acto de su ejercicio; en las negativas aparentes, desde la aparición de los signos de servidumbre, y en las negativas no aparentes, desde la prohibición formal del acto que la servidumbre impediría realizar.»

Ramón P. Rodríguez Montero

tonces para esa servidumbre en cuanto a la determinación del *dies a quo* a efectos posesorios (tomando entonces como referencia temporal a los efectos del inicio del cómputo del tiempo de posesión establecido para adquirir por prescripción dicha servidumbre de paso, no ya el momento desde el que el paso comenzó a ejercitarse, sino el momento en que se produjo el «acto obstativo» realizado por el propietario del fundo sobre el que se pretende imponer ese servicio)⁵⁷, como no sucede en el art. 25 de la LDCG, la introducción en la Ley de la matización indicada pierde cualquier sentido y resulta totalmente innecesaria por su obviedad; es más, tal matización —que se ha pretendido justificar tanto doctrinalmente⁵⁸ como jurisprudencialmente⁵⁹ recurriendo al ordenamiento jurídico civil común, y más en concreto, al art. 538 del Código Civil, con cuya redacción en materia de servidumbres positivas se ha pretendido establecer un paralelismo entre este artículo y el 25 de la LDCG—, paradójicamente ha actuado como un elemento de confusión, prestándose a equívocos desde un punto de vista interpretativo, y ello, precisamente, porque en el mencionado Cuerpo normativo gallego no se explicita nada respecto a la posible aplicación con carácter retroactivo o irretroactivo de lo dispuesto en el precitado art. 25 de la Ley 4/1995.

Efectivamente, a la previsión legislativa, entendida en el sentido de reconocer claramente la usucapión como posible forma de constitución de las servidumbres de paso no acompañó, sin embargo, la resolución de otro importante problema directamente conectado con el reconocimiento de la institución, cuyo planteamiento en el futuro necesariamente se produciría, como intuyó y puso de manifiesto la doctrina⁶⁰ y confirmó el desarrollo posterior de los acontecimientos: el relativo a la determinación de la posibilidad de aplicar la novedosa forma de constitución reconocida en el ámbito gallego (prescripción adquisitiva) con carácter irretroactivo o retroactivo, es decir, disponiendo que úni-

⁵⁷ En términos parecidos a los aquí expuestos nos parece que se puede inscribir la ingeniosa solución ofrecida *de lege ferenda* por CASTRO PÉREZ en el artículo al que nos referimos *supra*, con la finalidad de resolver el problema del reconocimiento de los antiguos servicios de paso, cuando señala que, lo ideal sería introducir una norma flexible y precisa que permitiese al dueño actuar cuando estimara gravoso el paso, sin reducir el margen de su posible tolerancia, proponiendo para ello «someter a las servidumbres de paso aparentes al régimen ordinario de la prescripción de veinte años, pero contando tal plazo no desde el día en que comienza a ejercitarse éste, sino como establece el art. 538 del Código para las servidumbres negativas, a partir de un acto obstativo del propietario de la finca que soporta el paso». *Vid.* «Adquisición por usucapión de las servidumbres de paso», *op. cit.*, p. 543.

⁵⁸ En este sentido, por ejemplo, *vid.* DIAZ MARTÍNEZ, «Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996...», *op. cit.*, p. 341; y recientemente RUBOLLEDO VARELA, «Los derechos reales en la Ley 4/1995...», *op. cit.*, p. 207.

⁵⁹ *Vid.* al respecto las sentencias del TSJG 15/98 y 16/98, a las que nos referiremos *supra*. Este criterio, como tendremos ocasión de señalar más adelante, se alterará en la sentencia 4/1999, en la que ya no se pretenderá justificar en los términos indicados la frase recogida en el inciso final del art. 25 LDCG, procediéndose a calificarla abiertamente como una obviedad.

⁶⁰ *Cf.* la referencia bibliográfica que aportábamos en la nota 2 de nuestro artículo «Inhibición legislativa y determinación jurisprudencial del derecho...», *op. cit.*, p. 6.

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapción como forma de constitución de las servidumbres...

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

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

La resolución legislativa del entonces en ciernes problema de la intertemporalidad en materia de prescripción adquisitiva de las servidumbres de paso se podría haber efectuado, como ya avanzamos en otro escrito⁶¹, por la vía que parecía más simple, lógica y segura: la introducción en la Ley de una disposición transitoria específica —motivada, tanto por la especificidad y dificultad de la cuestión planteada, cuya problemática en el ámbito del ordenamiento común era sobradamente conocida, como por la novedad que suponía dicho reconocimiento de la prescripción adquisitiva en relación a las servidumbres de paso en el ordenamiento gallego, en el que hasta entonces había sido ignorada— en la que se previese la retroactividad o irretroactividad.

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

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

En la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, así como en la Compilación del Derecho Civil de Aragón, la cuestión se solventa a través de una doble vía. Por una

⁶¹ *Vid.* «La regulación de las servidumbres y serventías en la Ley 4/1995...», *op. cit.*, p. 52.

Ramón P. Rodríguez Montero

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

Frente a lo señalado para otras Comunidades Autónomas, los redactores de la LDCG, únicamente se limitaron a introducir en dicho Cuerpo normativo una crítica Disposición Transitoria cuarta, a modo de «cajón de sastre», con la loable finalidad de poder resolver —sin excesivas garantías, como veremos más adelante— todos aquellos problemas de derecho intertemporal que, como el señalado, no se encontrasen específicamente solucionados en ninguna de las otras tres Disposiciones Transitorias anteriores, referidas a cuestiones concretas, relativas a los contratos de arrendamientos rústicos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, a los arrendamientos rústicos históricos y a las aparcerías⁶².

⁶² Disposición Transitoria cuarta LDCG: «Los demás problemas de derecho intertemporal que se susciten a causa de la entrada en vigor de esta Ley se resolverán de conformidad con los principios que informan las disposiciones transitorias del Código Civil.»

Dicha Disposición transitoria reproduce literalmente la que se corresponde con la primera 4 de la Proposición de Ley sobre el Derecho Civil de Galicia, que, a su vez, transcribía la que con el ordinal cuarto se contenía en el Trabajo presentado por algunos miembros de la extinta Comisión Parlamentaria no permanente de Derecho Civil de Galicia. Es de señalar que la redacción de la citada Disposición Transitoria cuarta de la vigente LDCG, varía con respecto a la de la Disposición Transitoria quinta de la anterior Ley 7/1987 de la Compilación de Derecho Civil de Galicia, en la que la remisión a los efectos de resolución de los «demás problemas de derecho intertemporal» que se suscitasen se hacía no ya, como actualmente se prevé, a

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapción como forma de constitución de las servidumbres...

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

En este sentido, la capacidad litigiosa de los particulares gallegos resultó a todas luces desbordante. Así, por ejemplo, al margen del concreto problema a que nos estamos refiriendo, pero también en materia de derecho intertemporal y con carácter general, asombrosamente, en no pocas ocasiones, primero llegó a cuestionarse la posible aplicación retroactiva de los preceptos contenidos en la LDCG a pleitos incoados con fecha anterior a la entrada en vigor de la misma (6 de septiembre de 1995)⁶³.

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

Hasta cierto punto puede resultar extraño que, durante el *iter* temporal que discurre desde el momento en que se iniciaron los primeros pleitos tramitados con este contenido ante los diversos Juzgados de Primera Instancia, pasando por el conocimiento en apelación de los mismos a través de las respectivas Audiencias, hasta llegar al momento en que fueron dictadas en casación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia las dos primeras sentencias 15/1998 y 16/1998, con fecha de 24 de septiembre, ninguno de los diversos grupos políticos gallegos con representación en el Parlamento de Galicia interviniese tomando la iniciativa con la finalidad de instar a la resolución del mencionado problema, en un momento en el que el mismo ya se encontraba planteado de forma efectiva ante los Tribunales de Justicia, esperando a que fuesen los propios órganos jurisdiccionales los que procediesen a su resolución. En esta ocasión, tampoco se acudió al mecanismo previsto en la Disposición Adicional segunda de la Ley 4/1995, en la que literalmente se prescribe que «cada cinco años, como máximo (desde el momento de la entrada en vigor de la Ley, se entiende), sin perjuicio de la iniciativa parlamentaria correspondiente, la Mesa del Parlamento de Galicia designará una Ponencia, integrada por miembros de los diversos grupos parlamentarios de la Cámara, a fin de elaborar un informe comprensivo de las dificultades y dudas que se adviertan en la aplicación de los preceptos de la presente Ley y de aquellas normas que se estimen ne-

«los principios que informan las disposiciones transitorias del Código Civil», sino directamente a las disposiciones transitorias del citado cuerpo normativo. En relación a la Disposición Transitoria cuarta de la LDCG, *vid.* COLINA GARFA, «Disposición Transitoria cuarta de la LDCG», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo 37, vol II, 1997, pp. 1417 y ss., y en especial, por lo que se refiere a la aplicación de esta norma, pp. 1435 y ss.

⁶³ Para esta cuestión remitimos a lo señalado en «Inhibición legislativa y determinación jurisprudencial del derecho...», *op. cit.*, p. 2 y nota 6.

Ramón P. Rodríguez Montero

cesarias para la conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho Civil propio de Galicia»⁶⁴.

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

2. La resolución jurisprudencial del problema a través de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) 15/98, 16/98 y 4/99

Con fecha de 24 de septiembre de 1998, fueron dictadas en casación por la Sala de Civil y Penal del TSJG, dos históricas sentencias en las que por primera vez el Alto Tribunal analizaba y resolvía la cuestión que nos ocupa, pronunciándose por la aplicación irretroactiva de lo dispuesto en el art. 25 LDCG en materia de constitución de servidumbres de paso por prescripción adquisitiva.

Ambas sentencias encuentran su cauce en sendos recursos de casación —15/98 y 16/98— interpuestos ante el TSJG al amparo de lo dispuesto en el apartado 1.º del art. 2 de la Ley 11/1993, de 15 de julio, del Parlamento gallego, reguladora del recurso de casación en materia de Derecho Civil Especial de Galicia, que se asientan en un único motivo, en el que se denuncia infracción por aplicación indebida del art. 25 de la LDCG, por entender los recurrentes que tal precepto normativo, frente a los términos en que se recogen los pronunciamientos de los respectivos Juzgados —siguiendo la línea jurisprudencial unitaria seguida por todas las demás Audiencias Provinciales de Galicia⁶⁵, en el sentido de entender que no se puede estimar la aplicación irretroactiva de la Ley sin que haya una declaración explícita al respecto por parte del legislador—, contendría un pronunciamiento expreso de retroactividad, debiéndose por tal circunstancia y en consecuencia haber computado entre los requisitos legalmente establecidos por el citado art. 25 a los efectos de adquisición de la servidumbre de paso por usucapión también el tiempo de posesión del paso ejercitado con anterioridad a la entrada en vigor de la mencionada LDCG.

⁶⁴ A tal posibilidad hicimos referencia en «Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres y serventías...», *op. cit.*, p. 72.

⁶⁵ Incluida la Audiencia Provincial de Ourense, que inicialmente había sostenido el criterio contrario (retroactividad) en su sentencia de 19 de marzo de 1996 (Ponente Sr. Cristín Pérez), en la que, además, se afirmaba la posibilidad de aplicar retroactivamente la LDCG a la cuestión debatida en el pleito e incoada antes de su entrada en vigor. Para esta sentencia, *vid.* DÍAZ MARTÍNEZ, «Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996...», *op. cit.*, pp. 337 y ss. La mencionada Audiencia Provincial modificó dicho criterio con posterioridad por sentencia dictada con fecha de 10 de marzo de 1997.

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

A tal conclusión llegan los recurrentes invocando en ambos recursos una interpretación gramatical del precepto, argumentando al respecto que en la frase final del artículo, en la que respecto al plazo de tiempo posesorio a efectos de usucapión de las servidumbres se indica que «comenzará a contarse desde el momento en que hubiese empezado a ejercitarse», se contendría un pronunciamiento expreso a favor de la retroactividad, una norma de derecho transitorio, refiriendo aquella frase de forma extensiva a partir de la alusión que en relación a un tiempo pasado se contiene en su última parte —«[...] desde el momento en que empezase a ejercitarse»— a posibles situaciones posesorias ocurridas no sólo desde, sino también con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

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

Desde esta óptica predeterminada la Sala, tras rechazar la suficiencia del elemento gramatical o literal para sustentar la tesis de los recurrentes a favor de la retroactividad, procede seguidamente, según se indica en la sentencia 16/98, a interpretar lo dispuesto en el art. 25 LDCG, acudiendo a los demás elementos interpretativos que proporciona el art. 3.1 del Código Civil, inclinándose —con una interpretación restrictiva en defensa de la seguridad jurídica— en sus dos sentencias, a nuestro juicio acertadamente en su resultado final, a favor de la irretroactividad.

Después de efectuar el correspondiente análisis del art. 25 LDCG, la Sala de lo Civil y Penal, concluye en su sentencia 16/98 que «no resulta posible admitir el carácter retroactivo de la citada norma» (*sic*), y que «no se puede hacer una interpretación inequívoca del precepto que conduzca a una aplicación retroactiva de la norma» (*sic*), en su sentencia 15/98, procediendo entonces a examinar la cuestión planteada —cuando en realidad tal cuestión ya parece quedar definitivamente resuelta— en la sentencia 15/98 desde los principios que informan las Disposiciones Transitorias del Código Civil a los que remite la ya mencionada Disposición Transitoria cuarta de la LDCG a falta de Disposición Transitoria específica tanto en la Ley como en el Código, considerando inaplicable directamente el art. 1939 del Código Civil; y en la sentencia 16/98, desde la óptica del art. 1939 del Código Civil y de la Disposición Transitoria primera (inciso segundo) del citado Cuerpo normativo —también aplicada con finalidad interpretativa en la sentencia 15/98—, normas éstas a las que se refieren los recurrentes en su escrito de formalización de su recurso de casación, con fundamento en la ya mencionada Disposición Transitoria cuarta de la LDCG, obteniéndose en ambas sentencias la misma solución: irretroactividad de lo dispuesto en el inciso final del art. 25 LDCG.

Tal disparidad de criterios utilizados por la Sala en sus dos primeras sentencias dictadas en casación con la misma fecha —15/98 y 16/98— en cuanto a la aplicación de los

Ramón P. Rodríguez Montero

mencionados principios informadores de las Disposiciones Transitorias del Código Civil con la finalidad de poder resolver el problema debatido, así como el *iter* interpretativo seguido en ambas resoluciones, que en su momento calificábamos como enrevesado y laberíntico, a nuestro juicio, vuelven a poner de manifiesto las especiales complicaciones con que, en el caso en cuestión, se encontraron los Magistrados del Alto Tribunal para poder resolver con un razonamiento coherente y lógico, desde el propio ordenamiento gallego, el dilema planteado y no resuelto previamente, como hubiese sido lo deseable, a consecuencia de la inhibición del propio legislador gallego⁶⁶.

Con posterioridad a las dos primeras resoluciones casacionales referidas, la Sala de lo Civil y Penal del TSJG volvería a pronunciarse sobre dicha cuestión, en otra sentencia posterior —la tercera cronológicamente en el tiempo—, dictada con fecha de 2 de marzo de 1999, conociendo y resolviendo el recurso de casación n.º 4/99.

En nuestra opinión, en la mencionada sentencia 4/99 —a la que dedicamos nuestra atención por considerarla de especial importancia en la materia que nos ocupa—, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. Presidente del Alto Tribunal, D. José Ramón Vázquez Sandes, se procede a clarificar definitivamente el problema, resolviendo las posibles dudas que racionalmente sugería la lectura detenida de las dos anteriores resoluciones dictadas por la misma Sala —15/98 y 16/98—, no sin cierta dificultad, a consecuencia de los motivos indicados *supra*.

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

La Sala procede a examinar en primer lugar el segundo de los motivos alegados por la recurrente, que resuelve en sentido desestimatorio por entender que dicha parte se limita a circunscribir su recurso con carácter genérico a unas normas que son programáticas o informadoras de todas y cada una de las que integran el ordenamiento jurídico-civil gallego, y no ya, como debería, a normas sustantivas definidoras de derechos, según viene declarando reiteradamente el Tribunal Supremo, especificando entre dichas normas, en el supuesto particular de que se trata, los usos y costumbres que se consideran vulnerados.

⁶⁶ En relación a la interpretación del art. 25 LDCG, efectuada en las dos sentencias indicadas por la Sala, así como la determinación realizada por el Tribunal de los principios informadores de las Disposiciones Transitorias del Código Civil, y otras precisiones relativas a la seguridad jurídica e irretroactividad que se contienen en ambas resoluciones casacionales, remitimos más ampliamente a nuestro artículo «Inhibición legislativa y determinación jurisprudencial del derecho...», *op. cit.*, pp. 3 y ss.

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

Por otra parte, el Alto Tribunal resalta el contrasentido que supone invocar genéricamente unos usos y costumbres sin realizar ninguna determinación más respecto a los mismos, y pretender incardinarlos con el mecanismo de la retroactividad de la norma —refiriéndose, aunque no se indique al polémico inciso segundo del art. 25 LDCG—, respecto de la que se subraya —precisión ésta que consideramos fundamental en la materia que nos ocupa— que por sí misma está hablando de nuevo establecimiento en virtud de la competencia legislativa que constitucional y estatutariamente corresponde al Parlamento de Galicia.

No se trataría, por tanto, del reconocimiento legislativo de una supuesta antigua y arraigada práctica consuetudinaria gallega, según ha venido defendiendo un sector de juristas gallegos, y ello porque, como precisa una vez más la propia Sala de forma clara y terminante —evocando su sentencia ya referida *supra*, dictada con fecha de 25 de enero de 1995—, «nunca en esta tierra, hasta la Ley 4/1995, se adquirió por prescripción de veinte años la servidumbre de paso, siendo su régimen (anterior a dicho Cuerpo normativo) el de las Partidas y, después, el del Código Civil sin base consuetudinaria propia», motivo por el cual, «huelga aquí toda referencia al origen consuetudinario del Derecho Civil Gallego» (Fundamento Jurídico Segundo).

Particular interés para el tema que nos ocupa presentan las atinadas consideraciones que el Alto Tribunal realiza en torno al primero de los motivos en que el recurrente fundamenta su recurso, que, a los efectos de su examen, la Sala desglosa en dos cuestiones: por una parte, la invocación que en sentido tajante realiza la recurrente en relación al ejercicio posesorio como productor en el tiempo de la respectiva servidumbre; por otra, la de la, en opinión de la mencionada parte, retroactividad de la LDCG en su art. 25.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones señaladas, la Sala de lo Civil y Penal del TSJG procede a recordar los diversos elementos que necesariamente —sin que se puedan presumir, ni considerar que se dan directamente por supuestos por el mero hecho de ser alegados— deben conformar el hecho posesorio con la finalidad de que aquél pueda resultar apto a los efectos de producir, junto con su permanencia durante el tiempo establecido por la Ley —veinte años—, la adquisición del derecho de servidumbre, destacando especialmente entre los mismos la intencionalidad del acto posesorio y la utilidad o beneficio que debe reportar el ejercicio.

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

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

Ramón P. Rodríguez Montero

En primer lugar, reiterando que el legislador del Derecho Civil de Galicia ha introducido en el ámbito gallego un nuevo modo de adquirir la servidumbre de paso —«sin ninguna explicación» en relación a su aplicación retroactiva o irretroactiva— que el Código Civil proscibía en su art. 539, salvando a través de su Disposición Transitoria Primera la prescripción inmemorial que la legislación anterior a él permitía, considera que la tan debatida parte final del art. 25 LDCG, «es una obviedad por referirse a la esencia de este modo de adquirir que el art. 1960 del Código Civil clarifica indirectamente».

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

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

Nuevamente se puede constatar, por tanto, una variación en relación al criterio seguido por el Tribunal en esta sentencia 4/99 frente al utilizado en sus dos resoluciones anteriores en la materia, siendo el *iter* interpretativo ahora adoptado mucho más sencillo y claro: Disposición Transitoria cuarta de la LDCG, que remitiría a los principios informadores de las Disposiciones Transitorias del Código Civil, y, dentro de estos, a la enunciativa de las mismas y Primera que las encabeza, para llegar, finalmente, a la aplicación de lo dispuesto en el art. 2.3 del citado Código Civil⁶⁷.

Despejando cualquier posible duda que pudiera surgir, la Sala recuerda con insistencia que el Código Civil, con independencia de la posibilidad de adquirir la servidumbre de paso por prescripción inmemorial al amparo de lo dispuesto en las Partidas, únicamente permitía la adquisición de aquel derecho real en virtud de título (arts. 539 y 541), atribuyendo al ejercitante del simple hecho posesorio o de tener el «derecho a ser respetado frente a la fuerza despojante», sin que quepa transformar lo «inocuo» —el indicado ejercicio de hecho asentado en una mera tenencia de hecho o en una mera posesión tolerada para cuya interrupción ni siquiera resultaba necesaria la interposición de una ac-

⁶⁷ No sin ciertas dudas, el *iter* interpretativo que sugeríamos en «Inhibición legislativa y determinación jurisprudencial del derecho...», *op. cit.*, p. 6, nota 10, con la finalidad de poder resolver la cuestión de derecho intertemporal, se concretaba en un camino más sencillo que el seguido en las sentencias 15/98 y 16/98 del TSJG: el recurso directo a la Disposición Transitoria cuarta de la LDCG, antes que acudir previamente a una interpretación del art.25 LDCG, por entender que el citado precepto, tanto por su situación en la Ley, como por su contenido no se podía calificar como norma de derecho intertemporal.

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapción como forma de constitución de las servidumbres...

ción negatoria, porque no existía derecho que se pudiese atribuir mediante aquellos actos— en «derecho inesperado».

Asimismo, en relación a los principios contenidos en la Disposición Transitoria primera del Código Civil —respecto de la que procede a aclarar el que califica como «difícultoso» inciso final («derecho adquirido de igual origen») contenido en la misma—, el Alto Tribunal indica claramente que los principios contenidos en dicha Disposición Transitoria tampoco se pueden tomar como referente para atribuir al simple hecho de tener consecuencias que, como se ha señalado, no ha tenido nunca, concluyendo tras realizar el correspondiente análisis de las citadas normas la irretroactividad del art. 25 LDCG⁶⁸.

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

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

El fenómeno jurídico descrito, cuyo interés e implicaciones en la ciencia del derecho son evidentes, no es nuevo en la historia, ni tampoco se puede decir que presente un carácter particular o restringido.

En este sentido, cabe señalar que, frente al momento temporal en que por obra del movimiento codificador se produjo, a lo largo del siglo XIX, la identificación del derecho con la normatividad establecida por el Estado a través de la legislación, rompiendo con la concepción jurisprudencial que el *ius commune* había introducido en la cultura jurídica europea al asignar a la actividad jurisprudencial una función meramente declarativa, negándole todo valor creativo en el plano de la normatividad, actualmente se puede constatar como dato cierto el hecho de que la realidad normativa tiende a presentarse en los

⁶⁸ Para un análisis más completo de las cuestiones contempladas en esta importante y clarificadora sentencia 4/99, dictada por el TSJG, remitimos a un futuro comentario más extenso de la misma.

Ramón P. Rodríguez Montero

actuales sistemas jurídicos continentales en la forma que reviste la interpretación jurisprudencial de la legalidad —ahora no necesaria ni exclusivamente identificada con los cuerpos normativos codificados, como demuestra la vertiginosa dinámica a que se encuentra sometida la realidad social moderna—, tanto a través de las decisiones judiciales como de las formulaciones realizadas al respecto por la doctrina científica⁶⁹.

A nuestro juicio, la todavía breve pero, a la vez, ciertamente intensa realidad jurídica gallega⁷⁰ así lo está demostrando.

Se ha señalado por la doctrina que la LDCG, en la que, como ya se ha indicado, se establece el marco referencial del actual ordenamiento jurídico-civil gallego, no es una norma perfecta y completa, sino que presenta notables carencias e importantes imperfecciones que resulta preciso completar y corregir; también se hace necesario desarrollar ese derecho propio al hilo de las nuevas necesidades que día a día va demandando la sociedad gallega.

Hasta el momento presente, el legislador gallego, aun siendo consciente de las dificultades y dudas —ciertamente existentes— advertidas en la aplicación de los preceptos de la presente Ley 4/1995, no ha tomado la iniciativa, como quizá hubiera sido lo deseable, con la finalidad de proceder a resolver los problemas que, como el tratado en este estudio, afectan a las instituciones que conforman su propio derecho. Ha preferido, eso sí, esperar a que se cumpliera el plazo máximo de cinco años, establecido con carácter meramente indicativo en la Disposición Adicional segunda de la Ley, para proceder a designar la Ponencia correspondiente —actualmente en trámite— con la finalidad de que la misma elabore un informe de las no pocas dificultades y dudas indicadas que se hayan podido advertir.

Esta falta de actividad legislativa contrasta con la actividad que han venido desarrollando los órganos jurisdiccionales que actúan en el ámbito de la Comunidad gallega, y,

⁶⁹ PARICIO-FERNÁNDEZ BARREIRO, «Historia del Derecho Romano y su recepción europea», 2.ª ed. revis., 1997, pp. 285 y ss.

⁷⁰ Con la expresión «realidad jurídica gallega» pretendemos referirnos a la amplia y rica problemática que, dentro del ámbito del Derecho, se ha planteado en la Comunidad gallega a partir y a consecuencia de la promulgación de la Ley 4/1995 de Derecho Civil de Galicia, en la que, como es sabido, se establece el marco normativo referencial del ordenamiento jurídico-civil gallego, a cuyo desarrollo se está procediendo, y respecto del que aquella actúa como punto de referencia fundamental.

Para una visión crítica del denominado «Derecho foral gallego», cfr. OTERO VARELA, «Sobre la Compilación del Derecho foral gallego», en *AHDE*, tomo XXXV, 1965, pp. 553 y ss. *Vid.* también, del mismo autor, en relación a la vigente LDCG: «Jurisprudencia bromcando en serio», en *Derecho*, vol. núm. 1, 1998, pp. 155 y ss.

Cfr. además, la reciente obra de RODRÍGUEZ ENNES titulada *Aproximación a la Historia jurídica de Galicia*, 1999, galardonada con el Premio «Manuel Colmeiro» 1998, instituido por la Xunta de Galicia, en la que el autor, en un planteamiento histórico de conjunto con amplias referencias bibliográficas, describe las particularidades del fenómeno jurídico en Galicia.

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

en especial, con la realizada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia a través de sus sentencias dictadas en casación en materia de Derecho Civil Gallego.

En nuestra opinión, se puede sostener que, con carácter general, a través de la jurisprudencia sentada por el Alto Tribunal, no sólo se ha venido interpretando e integrando el Derecho gallego —como se prescribe en el art. 2.2 de la LDCG—, sino que, también, con su actuación —mediante la resolución de determinadas cuestiones planteadas en el ámbito jurídico gallego que no han sido previstas ni resueltas legislativamente— se ha procedido a su desarrollo, asumiendo de esta forma el mencionado órgano jurisdiccional una función propiamente creativa, atribuida, en principio, con carácter exclusivo al propio legislador⁷¹.

De esta forma y en este contexto, la labor desarrollada por la jurisprudencia —entendiendo el término transcrito en su significado más amplio, es decir, como comprensivo no sólo de las decisiones judiciales, sino también de las formulaciones realizadas doctrinalmente⁷²— vuelve a cobrar, aun inconscientemente, la importancia que, en un tiempo pasado y lejano, tuvo en la cultura jurídica europea, contribuyendo por aquel entonces a la creación y desarrollo de un derecho común en la Edad Media, y, a partir de éste, a la del derecho propio de las distintas entidades nacionales que se formaron posteriormente⁷³.

⁷¹ A nuestro juicio, resulta perfectamente factible apreciar esta posibilidad en la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJG, con fecha de 24 de junio de 1997. En dicha resolución, partiendo de la no necesaria vinculación con carácter exclusivo de la serventía al «agra» o «vilar», desde un punto de vista meramente práctico se reconoce —no ya normativamente, sino jurisprudencialmente— la posibilidad de que los particulares que deseen establecer voluntariamente determinados servicios de paso a favor de sus predios, con independencia de que los mismos se encuentren encuadrados en un «agro», puedan optar para conseguir tal finalidad, indistinta y alternativamente, o bien por constituir una servidumbre de paso, o bien —y aquí se encontraría la novedad— por establecer una serventía, debiendo en este último caso ceder de forma voluntaria y consensuada cada uno de los propietarios una parte de terreno de su finca particular para establecer el camino serventío. *Vid.* nuestro trabajo «Precisiones históricas y jurisprudenciales en materia de serventías: comentario a la STSJ GALICIA de 24 de junio de 1997», en *Revista Xurídica Galega*, núm. 16, 1997, pp. 305 y ss.

⁷² La influencia de la doctrina en todas aquellas situaciones en las que un ordenamiento jurídico no es claro o presenta lagunas, resulta evidente. En nuestro caso se puede constatar perfectamente esta circunstancia a través de la lectura de las diversas sentencias dictadas por el TSJG en la materia que nos ocupa. Véase, por poner un ejemplo, en las resoluciones casacionales analizadas, 15/98 y 16/98, la justificación que el Tribunal realiza de la frase contenida en el inciso final del art. 25 LDCG, y compárese con determinados planteamientos doctrinales formulados con anterioridad por un sector de la doctrina.

⁷³ *Cf.* FERNÁNDEZ BARREIRO, *Derecho Común y Derechos nacionales en la tradición jurídica europea (Discurso leído el día 9 de noviembre de 1990, en la solemne sesión de ingreso en la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación)*, 1991; *Id.*, *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*, 1992. Para esta última obra *vid.* nuestra recensión a la misma, publicada en *IVRA (Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico)*, vol. 43, 1992 (Pubbl. 1995), pp. 169 y ss.

Vid. asimismo, BELLOMO, *La Europa del Derecho Común*, 1996. Tal monografía tuvimos ocasión de recensionarla en el *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 2, 1998, pp. 799 y ss.

Ramón P. Rodríguez Montero

Todas estas circunstancias que se manifiestan en la realidad jurídica gallega actual dan lugar a que el concreto y apasionante momento histórico en que nos encontramos presente indiscutiblemente un especial interés, aparte de en otras esferas, dentro del ámbito del análisis de la creación y desarrollo del Derecho.

IV. LA DECLARACIÓN JURISPRUDENCIAL DE IRRETROACTIVIDAD DE LA USUCAPIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES DE PASO

1. Efectos prácticos derivados de la aplicación irretroactiva de lo dispuesto en el art. 25 LDCG en materia de constitución de servidumbres de paso por usucapión

El hecho de que el TSJG se haya pronunciado en las sentencias analizadas *supra*, resolviendo el problema planteado en el ámbito jurídico-civil gallego en el sentido de decantarse a favor de la aplicación irretroactiva de lo dispuesto en el art. 25 LDCG en materia de constitución de servidumbres de paso por usucapión —a nuestro juicio, volvemos a reiterar, acertadamente—, ha provocado el efecto justamente contrario al que, presuntamente, parece que respondió el reconocimiento realizado por el legislador gallego de la prescripción adquisitiva para tales derechos reales, cuya intención, como ya se indicó, se concretaría en la finalidad, según se decía —expresada en la Exposición de Motivos del Trabajo presentado por algunos miembros de una extinta Comisión Parlamentaria no permanente de Derecho Civil de Galicia, que sirvió en esta materia como base para la redacción del citado art. 25 LDCG— de dar fijeza a la constitución de un gran número de servicios y accesos a las fincas, establecidos a lo largo del tiempo y que de hecho estuvieron operando como «servidumbres de paso», preservando los mismos.

La declaración jurisprudencial de irretroactividad, desde un punto de vista práctico, supone que únicamente puedan aprovechar a los efectos de adquisición por prescripción aquellas situaciones posesorias de servidumbres de paso comenzadas a partir de la entrada en vigor de la Ley 4/1995, y diluye en la nada la supuesta intención del legislador gallego, precisamente por no haber dotado éste en su momento al precepto en cuestión —en el que dicho legislador, al reconocer la usucapión, parecía hacerse eco de la demanda formulada por un sector de juristas gallegos— de los correspondientes efectos retroactivos.

2. Actuales propuestas de solución que han sido formuladas por un sector de la doctrina gallega para la corrección de dichos efectos

El efecto descrito —repercusión práctica diferida con bastante amplitud en el tiempo de la posibilidad legal de adquirir con los requisitos establecidos por la Ley la servi-

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

dumbre de paso por usucapión, o, lo que es igual, imposibilidad de alegar con éxito la adquisición por usucapión de la servidumbre, a tenor de lo dispuesto en el art. 25 LDCG, hasta y a partir del 6 de septiembre del año 2015, fecha esta en que se cumplen los veinte años exigidos desde la promulgación de la norma—, ha vuelto a provocar en nuestro tiempo una reacción —que, por lo demás, no es novedosa— de ciertos sectores de la doctrina gallega, preocupados, según manifiestan, por encontrar soluciones que «ante el amplio período de derecho transitorio impuesto por la Ley 4/1995» permitan «solventar el problema ancestral de la servidumbre de paso en Galicia»⁷⁴, y que, de forma «relativa y temporal», faciliten para estos primeros veinte años un mayor número de «posibilidades en favor del reconocimiento de las servidumbres»⁷⁵.

Desde su consideración en términos generales, el fenómeno del planteamiento de la cuestión que ahora nos ocupa, como se acaba de señalar, no es novedoso, puesto que, según indicamos *supra*, tal cuestión, paradójicamente, ya se formuló por un sector de la doctrina gallega en el pasado, y ahora parece repetirse prácticamente en los mismos términos, haciéndose presente la vieja pregunta: ¿qué es lo que ocurrirá con tantas servidumbres como cruzan el agro gallego, el día que sus poseedores no puedan demostrar su título, ni probar su ejercicio anterior a la vigencia del Código Civil?

El contexto en que actualmente se formula la pregunta es evidente que ha variado: ahora nos encontramos con la posibilidad reconocida legalmente en el ordenamiento jurídico-civil gallego de adquirir la servidumbre de paso por usucapión, lo que antes no ocurría.

No obstante, las posibles soluciones que ahora se ofrecen para dar respuesta a la cuestión planteada por el sector doctrinal referido vuelven a enmarcarse, al igual que sucedía en el pasado, en una de las que denominábamos como dos posibles vías utilizables, en este caso la jurisdiccional, pero con una matización al respecto: antes también se venía solicitando una intervención por parte de los órganos legislativos —esa era la otra posible vía de actuación— en el sentido de proceder al reconocimiento de la figura o institución correspondiente (prescripción adquisitiva en sus diversas formas); ahora parece excluirse dicha vía legislativa, quizá por suponer que la misma habría quedado agotada con el demandado reconocimiento de la usucapión, recurriendo exclusivamente a la vía jurisdiccional ante la supuesta ineficacia del reconocimiento de la usucapión, al ser establecida sin la consiguiente previsión legislativa de retroactividad y con la consabida declaración jurisprudencial expresa de retroactividad.

Entre las propuestas de solución formuladas en nuestros días por un sector de la doctrina gallega con la finalidad, según se dice, de procurar corregir los efectos derivados de la aludida declaración jurisprudencial de irretroactividad de lo dispuesto en el art. 25

⁷⁴ REBOLLEDO VARELA, «Los derechos reales en la Ley 4/1995...», *op. cit.*, p. 229.

⁷⁵ DÍAZ FUENTES, «Derecho Civil de Galicia...», *op. cit.*, p. 113.

Ramón P. Rodríguez Montero

LDCG en materia de adquisición de las servidumbres de paso por usucapión, cabe destacar las aportadas al respecto por Díaz Fuentes⁷⁶ y Rebolledo Varela⁷⁷.

El primero de los autores citados, adelantándose en el tiempo a los acontecimientos ocurridos con posterioridad y dando por supuesta con evidente acierto la declaración jurisdiccional de irretroactividad —la cuestión relativa a la aplicación retroactiva o irretroactiva del art. 25 LDCG, en el momento en que escribía, se encontraba planteada pero todavía no había sido resuelta por el TSJG—, auguraba, a consecuencia de los efectos derivados de tal declaración de irretroactividad, un hipotético incremento en el futuro de la conflictividad, resultando muy posible que, a partir de dicha declaración, se iniciasen litigios por parte de todos aquellos propietarios que, siendo conscientes de que en el plazo de veinte años contados a partir de la entrada en vigor de la Ley su vecino pudiese adquirir por prescripción el derecho de paso, cumpliendo los requisitos establecidos en el art. 25 LDCG, pretendiesen evitar tal circunstancia acudiendo a los Juzgados y Tribunales en defensa de su derecho de propiedad libre de cargas o gravámenes.

Esta circunstancia de futuro indujo al propio Díaz Fuentes a proponer como posible medida de solución la adopción —al hilo de las, según su criterio, pautas sentadas en determinadas resoluciones judiciales y en base al que denominaba espíritu manifestado por el legislador gallego de acoger legalmente la usucapión de las servidumbres de paso— de un criterio o consideración del concepto de «título» requerido por el art. 539 del Código Civil, así como también del concepto de prescripción inmemorial, menos rígido que el hasta entonces adoptado con carácter general y salvo raras excepciones por la jurisprudencia (título en sentido documental), que se concretaría en la «idea de título material, en el sentido de causa o razón jurídica del nacimiento del derecho» —equivalente por tanto a negocio jurídico, en el sentido amplio del art. 25 LDCG: «cualquiera que fuera la forma en que aquel se expresase»—, según el criterio generalizado para otras figuras, como por ejemplo, la propiedad (principio de libertad de formas: arts. 1254, 1258, 1278 y concordantes del Código Civil), lo que, a su vez conduciría, en opinión del autor, «con toda legitimidad a la no necesidad de forma escrita».

Dentro del esquema propuesto, según Díaz Fuentes, habría que probar un título material para la servidumbre, pero tal título podría tener tanto un origen verbal como tácito.

Por otra parte, el mencionado autor, efectúa desde estos planteamientos una crítica a la presunción de la mera tolerancia y al principio de la propiedad alodial, que califica como «adherencias que se unieron a la (clasificación por el Tribunal Supremo de la) servidumbre (de paso) como discontinua».

Reconociendo en principio que «la tolerancia es un hecho común y amplio entre los vecinos», que en muchas ocasiones justifica que los particulares soporten los actos ais-

⁷⁶ *Op. cit.*, pp. 113 y ss.

⁷⁷ *Op. cit.*, pp. 214 y ss.

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

lados —que pueden causar una molestia insignificante y transitoria— en que se concreta el ejercicio de la servidumbre, Díaz Fuentes se cuestiona con qué fundamento puede convertirse tal afirmación en «regla universal», trasladándola a la categoría de las presunciones «*iuris et de iure*» y sosteniendo en todos los posibles casos que el ejercicio del servicio de que se trate se realiza siempre *iure familiaritatis*.

En opinión del autor, «los criterios de la razón reclaman el análisis de cada caso, emplear la inducción lógica y manejar los criterios heurísticos y las reglas de aplicación del derecho que están establecidas con carácter general en el ordenamiento jurídico». Según su criterio, admitir la posibilidad de combatir el presupuesto de los actos tolerados «abre los caminos de investigar las voluntades, sean expresas o tácitas, para demostrar el negocio jurídico», importando poco la forma «con tal de que la voluntad se exteriorice en modos o manifestaciones idóneos, a pesar de que no se traduzcan en escritura y sí por palabras y mismamente por actos (*facta concludentia*) y hasta por silencio, aunque no sea sólo, sino bajo determinadas condiciones que permitan interpretarlo como tácita manifestación de consentimiento».

La admisión de tal posibilidad, según Díaz Fuentes, no supondría la desaparición de la presunción de la propiedad alodial, sino que, simplemente, provocaría su confrontación como tal presunción —presunción que tendría el carácter de *iuris tantum*: cohibiendo una posición favorecedora de las restricciones de la propiedad, pero sin impedir su acreditación ni fijar cómo han de probarse— con los hechos, para imponerse o ceder ante estos.

Finalmente el autor se hace eco de una serie de resoluciones judiciales, que se ciñen preferentemente al ámbito gallego y a través de las cuales, en su opinión, resulta posible apreciar una progresiva evolución jurisprudencial en la materia señalada, dirigida hacia posturas mucho más flexibles y acordes con la tesis propugnada.

En esta evolución Díaz Fuentes destaca el proceso de apertura seguido por algunos Tribunales de Justicia en determinadas sentencias con la finalidad de poder alcanzar fundamentalmente a través del que denomina «testimonio de las cosas» y al margen del rigor exigido en relación a la ya de por sí materialmente imposible declaración testifical solicitada y referida a la acreditación por parte de la generación viviente de la posesión de la servidumbre de paso con anterioridad a la publicación del Código Civil, es decir, el convencimiento de que un estado posesorio es anterior al año 1889.

A juicio del autor, de esas resoluciones se pueden extraer dos conclusiones importantes: por una parte, que «la superación de las dificultades del art. 539 del Código Civil se consiguió en algunas ocasiones a través de la vía de lo inmemorial, evitando el rigor del Código mediante la aplicación de la legislación anterior, pero de una manera en que la inmemorialidad ya no es el desenvolvimiento de un fenómeno prescriptivo, sino un medio de prueba, una base para inferir la existencia de la servidumbre antes del Código Civil»; y, por otra, que «la evolución jurisprudencial nos distancia del concepto de título-

Ramón P. Rodríguez Montero

documento, con materialización quirográfica, y nos remitiría a la idea de negocio jurídico, sin exigencia de forma, ni solemne ni escrita».

En otras sentencias, siempre según Díaz Fuentes, resulta apreciable, tanto una tendencia a la aceptación del pacto o convenio verbal, que actuaría como título constitutivo de la servidumbre, así como a obviar la necesidad de prueba directa sobre el acuerdo de voluntades, acudiéndose en las mismas a sustituir el título constitutivo de la servidumbre, antes y únicamente que por la «escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente», recurriendo en su lugar a una «construcción de plurales medios probatorios»: «al lenguaje de los signos, al instrumento de la presunción, a la valoración de la conducta de las partes y a la inversión probatoria, por pasividad o falta de contradicción del dueño del predio sirviente con relación a los elementos de inducción esgrimidos».

Para Díaz Fuentes, la «posibilidad de que hablen los signos y el tiempo enlazados para construir presunciones bien fundadas, junto con los testimonios y la valoración de las conductas no dará un juego tan extenso que resuelva las necesidades del país para este período transitorio de los veinte años siguientes a la Ley 4/95, pero podrá moderar en alguna medida la litigiosidad desmesurada que puede provocar la Ley durante los veinte años de espera de la solución en ella establecida».

La preocupación manifestada en la actualidad por un sector de la doctrina gallega respecto a los efectos prácticos producidos a consecuencia de la indicada conclusión de irretroactividad de la adquisición de las servidumbres de paso por usucapión, también es compartida por Rebolledo Varela, en cuya opinión, «quizá la irretroactividad deba forzar a una reconsideración puramente judicial, si no de la injustificada calificación de discontinua de la servidumbre de paso por ser una cuestión jurisprudencialmente intocable (lo mismo que el carácter negativo de la servidumbre de luces y vistas en pared propia), sí al menos de los criterios que hasta ahora se han venido aplicando en relación con la apreciación de la existencia o no de título, en la terminología del art. 539 del Código Civil o de negocio jurídico bilateral, en expresión del art. 25 de la Ley 4/1995».

Desde este planteamiento, el citado autor expone en su estudio una serie de ideas, convenientemente actualizadas, pero en esencia idénticas a las que ya tuvo oportunidad de avanzar en otro trabajo anterior en el tiempo, referido *supra* —cuyas conclusiones fundamentales damos aquí por reproducidas⁷⁸—, realizado en un contexto, por lo demás, distinto al actual, puesto que en el mismo se venía solicitando, sin que todavía se hubiese introducido, la posibilidad de adquirir —lo que sí ocurre en el momento actual— la servidumbre de paso por usucapión.

Siendo consciente de que la clave del problema de la constitución de las servidumbres de paso en Galicia se concreta, más que en la cuestión de la retroactividad o irre-

⁷⁸ Nos referimos a su artículo titulado «La servidumbre de paso. El artículo 540 del Código Civil: interpretación e importancia en Galicia», publicado en *La Ley*, núm. 1392, 1986, pp. 1 y ss., del que damos cuenta *infra*.

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

troactividad del art. 25, en la prueba procesal de la constitución de la servidumbre voluntaria de paso, Rebolledo Varela vuelve a proponer, al igual que lo hizo en su momento, una reinterpretación del concepto de sentencia firme que se contiene en el art. 540 del Código Civil —aplicable en estos casos, en su opinión, no tanto por la remisión del art. 3.1 de la Ley 4/1995, como por la necesidad de resolver el litigio conforme al derecho anterior, a consecuencia de la declarada irretroactividad del citado art. 25 LDCG—, en el que, como es sabido, se hace referencia a la misma como posible medio para suplir la falta de título constitutivo —entendido según el autor no ya exclusivamente, como se hace por la jurisprudencia mayoritaria, en sentido formal o instrumental (título como documento en que se plasma el negocio constitutivo de la servidumbre), sino en sentido material (título como negocio jurídico: pacto o acuerdo de voluntades entre los titulares de los respectivos predios dominante y sirviente)— cuando la servidumbre no pueda adquirirse por prescripción: «resolución que concluye un proceso en el cual se ha debatido si ha existido o no un acuerdo de voluntades para constituir la servidumbre, procedimiento en que las partes pueden basar sus pretensiones y probarlas por todos los medios de prueba admitidos en el Código Civil (arts. 1214 y ss.) y Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 550 y ss.), incluida la prueba testifical», sin que dicho negocio jurídico constitutivo se pueda «reducir, como implícitamente parece desprenderse de gran número de resoluciones judiciales al exigir el documento correspondiente, a la prueba documental o, a lo sumo, a la testifical orientada hasta ahora a acreditar la prescripción inmemorial», resultando perfectamente posible admitir, en base a lo indicado, que el título constitutivo de la servidumbre consista en un pacto verbal no documentado.

Al hilo de la interpretación realizada, Rebolledo Varela se cuestiona si «la posesión pública, pacífica, ininterrumpida y durante largo plazo de tiempo, ejercida a ciencia y paciencia del titular del predio pretendidamente sirviente ¿puede ser *medio hábil de prueba* de la preexistencia de un negocio jurídico o al menos de la concurrencia de un consentimiento tácito para tal constitución?», realizando una serie de reflexiones a partir del principio de libertad de forma —art. 1278 del Código Civil, matizando que rige en nuestro Derecho y en cuanto a los negocios jurídicos de carácter patrimonial como norma general, lo que implica que el consentimiento pueda manifestarse no sólo verbalmente, sino también tácitamente mediante hechos concluyentes— y en torno a la respuesta negativa que «en principio y casi de manera automática» se da a tal pregunta, a partir de la denominada teoría de los actos tolerados —consideración del paso como un acto meramente tolerado (arts. 444 y 1942 del Código Civil) del que no se puede derivar ningún derecho para quien lo ejercita— y de la interpretación restrictiva en materia de servidumbres —la existencia del gravamen, su alcance y contenido han de estar claramente especificados; ante cualquier duda la interpretación ha de favorecer la libertad del fundo sirviente, etc.

En opinión de Rebolledo Varela, el principio que se debería seguir en relación a los actos tolerados, «aunque no con un carácter generalizable a todos los supuestos sino atendidas las circunstancias del caso concreto», sería el siguiente: «El que alegue que

Ramón P. Rodríguez Montero

dejaba pasar por su finca, al amparo de la legislación del Código Civil, tendrá que probarlo, pues parece evidente, y mucho más con el nuevo art. 25 (LDCG), que el recurso a la calificación de actos meramente tolerados ya no puede ser usado como hasta ahora»⁷⁹.

Por otra parte, el autor, distinguiendo entre el uso o ejercicio del paso con el desconocimiento u oposición del propietario de la finca por la que se pasa y el uso o ejercicio del paso con pleno conocimiento por parte de aquél, estima que «la posesión anterior a la entrada en vigor de la Ley 4/1995, no es computable a efectos de la adquisición por usucapión de la servidumbre de paso ahora permitida por el artículo 25 («el uso por sí solo», señala, en estos casos «es irrelevante para su constitución por usucapión, por lo que el uso o ejercicio con el desconocimiento u oposición del titular del predio pretendidamente sirviente no impedirá, en cualquier momento y antes del transcurso del plazo de veinte años desde la entrada en vigor de la Ley 4/1995, la prosperabilidad del ejercicio de la acción negatoria, pues en este caso no existe consentimiento de ningún tipo») pero, atendidas las circunstancias del caso concreto (cuando, por ejemplo, «junto al uso pacífico durante años e incluso generaciones» exista «aparte de la mera pasividad», «una conducta positiva en el titular del predio por el que se ejercita el paso que implique hechos concluyentes afirmativos»), puede ser demostrativa de la existencia de título o acuerdo de voluntades para la constitución de la servidumbre del que se deriva tal posesión, no acto meramente tolerado, sino ejercicio de un derecho que no se adquiere por tal uso, sino que se ha adquirido con anterioridad y del que el uso no es más que su puesta en práctica o ejecución».

Según Rebolledo Varela ello motiva que el art. 540 del Código Civil sea «de referencia obligada en su consideración de que no supone otra cosa que la existencia de un negocio jurídico previo de constitución de la servidumbre entre los titulares de los predios dominante y sirviente», citando al respecto una serie de sentencias en las que, a su juicio, se puede apreciar la adopción por parte de un sector de la jurisprudencia de dicha doctrina, cuya aplicación, en opinión del autor «inevitable atendiendo a los casos concretos» —«más que acudir sistemáticamente, en muchas ocasiones forzando hasta el límite el perfil legal, a la institución de la serventía, como se viene haciendo por los Tribunales gallegos»—, «es la que permitiría solventar el problema ancestral de la servidumbre de paso en Galicia y, desde luego, sería concorde probablemente con la intención del legislador gallego de 1995 que, sin embargo, no acertó a plasmar la retroactividad del artículo 25».

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 222. De esta forma, acoge con la matización indicada el planteamiento formulado por MOURE MARIÑO, «Lei 4/1995, de 24 de maio, de Dereito Civil de Galicia...», *op. cit.*, p. 164. Según este autor, «En el supuesto de que alguien alegue que dejaba pasar por su predio, al amparo de la legislación anterior, por mera tolerancia, lo tendrá que probar porque él es el que afirma el hecho constitutivo que va a servir de base para la prescripción o para la no existencia de la prescripción».

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

3. Breves reflexiones finales en torno a estos nuevos planteamientos doctrinales

A nuestro juicio, las soluciones formuladas en la actualidad por un sector de la doctrina gallega como reacción al efecto producido a consecuencia de la declaración jurisprudencial de irretroactividad, en principio, desde un punto de vista meramente finalista —en su planteamiento como posibles medios a través de los cuales se pretende conseguir la resolución de un determinado «problema»— y siempre en atención a la particularidad de cada uno de los casos concretos («problemas concretos») de que se trate —que serían susceptibles de resolución a través de las soluciones aportadas sólo cuando concudiesen en los mismos unas determinadas circunstancias—, pueden merecer, de entrada, una valoración positiva.

No obstante, creemos necesario realizar una serie de precisiones respecto a algunos de los postulados en que los autores que defienden tales soluciones asientan sus tesis.

En primer lugar, no compartimos la afirmación formulada en el sentido de que tales soluciones, en su resultado final, permitan «moderar la litigiosidad desmesurada que puede provocar la Ley durante los veinte años de espera de la solución establecida».

Dicha afirmación encierra una evidente contradicción en su propia base, puesto que si la propia solución que se aporta se enmarca en el recurso a los Tribunales de Justicia, necesariamente nos coloca en una continua situación de litigiosidad: si para resolver el problema de que se trata se hace preciso plantear el correspondiente litigio, no se puede afirmar con fundamento que la solución aportada conduzca a moderar la litigiosidad; en todo caso produciría el efecto justamente contrario, es decir, la incrementaría.

Ciertamente, no es descartable que en el futuro, como se ha dicho, se produzca un hipotético incremento de la conflictividad.

Las posibles causas en que hipotéticamente podría encontrar su origen dicho aumento de la litigiosidad, en caso de que así se confirmase, probablemente habría que buscarlas, frente a lo que pudiera parecer, más que en los efectos derivados de la declaración jurisprudencial de irretroactividad —a consecuencia de la inhibición legislativa—, en el propio reconocimiento expreso por parte del legislador gallego de la usucapión como posible modo o forma de constitución de las servidumbres de paso.

A nuestro juicio, la introducción en los términos aquí expuestos de la usucapión extraordinaria en el ordenamiento jurídico-civil gallego con un carácter totalmente novedoso, más que actuar como una posible medida de solución de un «problema» que ha sido planteado por un sector de juristas gallegos —demostrándose totalmente ineficaz al respecto, como, por lo demás, parece reconocer abiertamente ese sector doctrinal—, paradójicamente puede llegar a provocar una previsible reacción de recelo o desconfianza en muchos propietarios que, siendo conscientes de que ahora, en el plazo de veinte años contados a partir de la entrada en vigor de la LDCG, su vecino puede adquirir por prescripción el *derecho* de paso cumpliendo los requisitos establecidos en el art. 25 del citado cuerpo normativo —lo que antes no ocurría—, pretendan evitar tal circunstancia,

Ramón P. Rodríguez Montero

acudiendo para ello a los correspondientes Juzgados y Tribunales de Justicia con la finalidad de defender su derecho de propiedad libre de cargas o gravámenes; unas cargas o gravámenes que en la actualidad se podrían traducir, en caso de pasividad por parte de esos propietarios durante los veinte años establecidos en la Ley y con los requisitos exigidos, en derechos reales, es decir, en servidumbres.

Partiendo de las consideraciones efectuadas por la más antigua doctrina gallega, como ya indicamos, los antiguos tipos o figuras de servicios de paso —que son los que se pretenden defender y aquí interesan— probablemente se encuadrarían, por las características que presentan, antes que en el ámbito de las servidumbres, en el de las relaciones de vecindad, lo que enlaza perfectamente con el concepto arraigado y absoluto, explicable desde la situación minifundista que se ha descrito en relación a la propiedad de la tierra en Galicia.

Sin pretender negar la existencia de una cierta conflictividad en el sistema así planteado, estimamos que al alterarse esa estructura inicial a que responde dicho sistema —que se cifraría sintéticamente en el binomio propiedad-relaciones de vecindad—, introduciendo otra extraña y distinta en su planteamiento —binomio propiedad-servidumbres—, como ocurre al reconocerse con carácter novedoso la usucapión, es cuando realmente se puede producir el vaticinado e hipotético agravamiento de la conflictividad.

Por otra parte, entendemos que en toda esta materia, el que se ha dado en denominar «problema ancestral» de Galicia no es propiamente el de las servidumbres de paso.

El «problema ancestral de las servidumbres de paso», o, quizá, más apropiadamente, el que calificaríamos como antiguo problema de los accesos o servicios de paso para las fincas, se presentaría como la consecuencia lógica de otro problema del que a su vez trae causa y cuya resolución, a nuestro juicio, permitiría solventar automáticamente y con totales garantías el primero. Nos estamos refiriendo en concreto a la ya señalada situación de minifundio que, por lo general, se produce en el territorio gallego.

Se trata de un problema más amplio y complejo que el que ha venido ocupando nuestra atención, y en el que quizá no se insista suficientemente, como sería oportuno; un problema que, como indicábamos *supra*, se viene arrastrando en el tiempo⁸⁰ y que no ha sido todavía resuelto totalmente, sino sólo en parte a través de un recurso que, aun cuando sea controvertido, parece presentarse como el más eficaz e idóneo de los posibles: la concentración parcelaria.

A nuestro juicio, el que se acaba de señalar es el auténtico problema que se debería tratar de resolver, y cuya resolución, por situarse en el ámbito de la política legislativa, corresponde al legislador, que es quien realmente tiene que tomar las medidas oportunas

⁸⁰ Vid. una referencia antigua, por ejemplo, en COLMEIRO, *Memorias sobre el modo más acertado de remediar los males inherentes a la extrema subdivisión de la propiedad territorial en Galicia*, 1843.

Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres...

al respecto, siempre, por supuesto, con las debidas garantías para los particulares que resulten afectados.

Volver a centrar la discusión en el ámbito de las servidumbres de paso como se pretende actualmente por parte de un sector de la doctrina gallega, recuperando una vieja reivindicación formulada en los términos expuestos, con la loable finalidad de proceder a resolver —aun de forma transitoria pero a la vez inmediata— un «problema» situado en el indicado ámbito de las servidumbres, que se considera todavía no resuelto, supone, en nuestra opinión, desviar ocasionalmente —aunque ello no sea lo que se pretenda— la atención de la cuestión sobre la que realmente se debería de incidir con especial intensidad: la resolución del problema del minifundio en Galicia.

Finalmente, por lo que se refiere al recurso a la vía judicial, propugnado por los autores reseñados como posible medio de solución actual y provisional desde un punto de vista práctico para lograr el reconocimiento de los antiguos servicios de paso, apelando en este caso a una variación de los criterios interpretativos seguidos tradicionalmente en la materia con carácter general por los Tribunales de Justicia en atención a las particularidades de los supuestos concretos que se pudieran plantear, estimamos que cabe realizar una matización no menos importante: a nuestro juicio, si es que efectivamente se pretende conseguir el aludido respeto y reconocimiento de los que realmente se presentaron como tipos de servicios o accesos de paso más antiguos —como así parece que se intenta—, antes que remitir genéricamente a un amplio criterio de valoración por parte del Juez o Tribunal correspondiente de la prueba aportada —entendiendo la misma también en cuanto a los posibles medios utilizables en un sentido muy amplio—, necesariamente se debería de proceder por parte del legislador gallego —precisamente por tratarse de una cuestión de política legislativa y no judicial— a introducir en la Ley unos criterios de valoración claros, unitarios, específicos y tasados, establecidos en atención a las características definitorias que presentaban esos antiguos servicios y accesos de paso en Galicia —si es que, por supuesto, se estima que los mismos todavía siguen subsistiendo en la actualidad— que permitan obtener una uniformidad en la doctrina jurisprudencial, especialmente necesaria y particularmente difícil de conseguir —como fácilmente se puede comprobar leyendo las diversas sentencias dictadas al respecto por los diversos órganos jurisdiccionales— en esta controvertida materia.

