

**LA INAPLICABILITAT TRANSITÒRIA DE
L'ARTICLE 541 DEL CODI CIVIL A CATALUNYA
(COMENTARI A LA SENTÈNCIA
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
DE CATALUNYA 29/2003, DE 18 DE SETEMBRE)**

M. Rosa Llácer Matacás
Professora titular de dret civil
Universitat de Barcelona

1. INTRODUCCIÓ: LA TRANSCENDÈNCIA DE LA SENTÈNCIA
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
DE CATALUNYA 29/2003, DE 18 DE SETEMBRE

1.1. LA REORIENTACIÓ DE L'APLICACIÓ TRANSITÒRIA DEL DRET COMPILAT

Les sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 29/2003, de 18 de setembre, i 35/2003, de 2 d'octubre (RJ 2003\7126 i RJ 2003\8209, respectivament), representen un gir jurisprudencial considerable. Tanquen una etapa de controvèrsia i divisió entre l'opinió doctrinal i l'opinió jurisprudencial al voltant de l'aplicació supletòria de l'article 541 del Codi civil (CC) a Catalunya. Ho fan sota el signe de la transitorietat i en el context d'una legislació autosuficient i totalment contrària a la imposició de servituds per signe apparent. La Sentència 29/2003 connecta amb l'opinió d'una doctrina nombrosa que, davant l'absència de previsions sobre la constitució de les servituds per títol a la Compilació, entenia que el recurs al Codi civil no havia d'ésser indiscriminat, fins al punt que donava entrada a normes contràries a la tradició catalana, com ara l'article 541 CC. No obstant això, la jurisprudència del Tribunal Suprem n'havia afavorit l'aplicació, amb la qual cosa havia marcat una tendència que, si bé no era absoluta, podíem considerar homogènia en els darrers temps. Això era així justament quan la legislació més recent havia desmentit un sistema de constitució de servituds basat en l'existència d'un signe apparent: els articles 7 de la Llei 13/1990, de 9 de juliol, de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge (d'ara en endavant LANSIRV) i 8.2 de la Llei 22/2001, de 31 de de-

sembre, de regulació dels drets de superfície, de servitud i d'adquisició voluntària o preferent, són prou clars en aquest sentit. No obstant això, la seva relació amb el dret substituït admet lectures ben divergents: es pot entendre que representen una fractura abismal (per emprar l'expressió de la Sentència 29/2003)¹ o bé que són la manifestació evident de principis que sempre han imperat en el dret català. Aquesta última visió té repercussions sobre el dret transitori, ja que permet d'invertir l'opció jurisprudencial, fins ara acrítica amb l'aplicació supletòria de l'article 541 CC. Per això cal aprofundir, tal com admet la Sentència, en el sentit del dret català, fent cap a la tradició jurídica i, especialment, les implicacions dels seus principis generals. El recurs al sistema de fonts propis revela suficient i fa innecessari el recurs al dret supletori. En un moment en què els principis generals no tenen explícitament reconeguda la seva funció de font del dret (compareu amb l'art. 111-1 de la Primera llei del Codi civil de Catalunya [PLCCC]), correspon a l'autointegració la funció de barrar el pas a la supletorietat. En el supòsit que ens ocupa, l'autointegració no forneix una solució positiva i, a més, no atorga rellevància jurídica al supòsit de fet. Per tant, cal descartar tota crida al dret estatal o supletori.

En efecte, l'aplicació transitòria de l'article 541 CC als supòsits de fet sortits abans de l'entrada en vigor de la Llei 13/1990 és totalment incoherent amb la realitat jurídica.² Atès que ni aquesta llei ni la Llei 22/2001 no contenen previsions transitòries,³ cal aplicar el règim general (disposició transitòria [DT] novena de la Compilació del dret civil de Catalunya [CDCC]): el dret vigent en el moment de l'alienació de la finca era la Compilació, interpretada i integrada segons el sistema de fonts català. Esdevé vital, doncs, conèixer la interpretació del més alt tribunal sobre el sentit del dret català en la matèria.

La jurisprudència del Tribunal Suprem de principis del segle XX va ser favorable a l'aplicació supletòria de l'article 541 CC i no feia esment de l'especi-

1. Vegeu el fonament jurídic (FJ) 1r de la SAP de Lleida de 15 de gener de 1998 (AC 1998\104): «[...] en los últimos tiempos puede decirse que la aplicación del art. 541 en Cataluña ha sido jurisprudencia mantenida, pudiéndose citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 enero 1990, la del TSJ de Cataluña de 5 febrero 1992 y la de distintas Salas de la misma Audiencia de 24 mayo 1989, 14 noviembre 1989, 16 junio 1992 y 27 julio 1993, si bien también reconoce que esta situación ha cambiado sustancialmente con la promulgación de la Ley 13/1990, de 9 julio, cuyo art. 7 sigue la tesis contraria a la del art. 541 del Código Civil, lo que viene a confirmar la ausencia de normas propias anteriores en esta materia y, por ende, la supletoriedad del Código Civil para aquellos casos en que la reciente normativa no sea aplicable.»

2. Em remeto al meu treball anterior, «Régimen legal de las servidumbres y la vecindad en el derecho catalán», a Ángel L. REBOLLEDO VARELA (coord.), *Tratado de servidumbres*, p. 906 i seg.

3. Així ho indica la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) de 2 d'octubre de 2003, FJ 3r (RJ 2003\8209).

ficitat del dret català. Podem citar les sentències del Tribunal Suprem (STS) de 31 de març de 1902 i 29 de maig de 1911.⁴ D'altra banda, les sentències recents del Tribunal Suprem que es pronuncien expressament a favor de l'aplicació supletòria de l'article 541 CC no són gaire abundants. La majoria el descarten perquè no se'n verifiquen tots els requisits i n'admeten implícitament l'aplicació. Per exemple, les sentències de 10 de desembre de 1976, 20 d'octubre de 1980 (RJ 1980\3630) i 21 de novembre de 1985 (RJ 1985\5622). De data més recent, la STS de 31 de gener de 1990 (RJ 1990\108) s'hi va pronunciar a favor i va desestimar el recurs de cassació.⁵ Les implicacions d'aquesta sentència van ésser greus, ja que reforçava l'opinió general, en contra d'algunes resolucions de l'Audiència de Barcelona, que l'havien rebutjat d'accord amb el principi català contrari a la imposició de gravàmens i favorable a la llibertat del domini.⁶ Així, la Sentència de l'Audiència Territorial (SAT) de Barcelona de 18 de desembre de 1975 (RJC, secció «Jurisprudència», [1975], p. 631) declara inaplicable l'article 541 CC a un cas de servitud de llums i vistes que, segons l'ordinació 41 de les *Ordinacions de Sanctacilia*, s'ha de constituir per mitjà d'una carta o un conveni escrit, sense recórrer a l'argument fàcil de no entendre'n provats els requisits. La SAT de 15 de març de 1977 (RJC, secció «Jurisprudència», [1977], p. 225) busca el referent del dret romà per a exigir la constància expressa de la servitud en el moment de la separació del domini («pues así resulta, por Derecho romano supletorio en Cataluña, en la fecha en que se separa la propiedad de las fincas hoy en litigio, de la Ley 30, Tít. II, Lib. VIII del Digesto, y de la 7^a, Tít. IV del mismo Libro VIII»).⁷

Recentment, les audiències provincials havien retornat al criteri del Tribunal Suprem i aplicaven supletòriament l'article 541 CC, tot reconeixent la controvèrsia doctrinal i les desviacions puntuals de les audiències. Podem esmentar, entre d'altres, les sentències de l'Audiència Provincial (SAP) de Girona de 9 de març de 1991, 5 de maig de 1995 (*La Ley/Actualidad Civil* (AC), CD-ROM

4. Vegeu, respectivament, *Jurisprudencia Civil*, t. XCIII, núm. 91, i t. CXXI, núm. 83.

5. Vegeu-ne el FJ 2n: «Ha de tenerse en cuenta que por no existir oposición a las disposiciones contenidas en el Título III Libro III y Capítulo I, Título II Libro IV de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña aprobado por Ley 40/1960, de 21 de julio, es aplicable en dicho territorio foral el mandato del art. 541 del Código Civil según puede seguirse de la lectura del art. 1.^º de dicha Compilación en su redacción originaria y en la dada por Ley de 20 de marzo de 1984, en relación con la Disposición final cuarta, de este último Texto legal.»

6. Vegeu-ne el comentari crític fet per Eulàlia AMAT LLARI, «Comentario a la STS de 31 de enero de 1990», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* (CCJC), núm. 22 (gener-març 1990), p. 294.

7. Vegeu també les SAP de Barcelona de 22 de gener de 1981 (*Revista Jurídica de Catalunya* [RJC], secció «Jurisprudència», núm. 30 [1981], p. 313) i 20 de maig de 1982 (RJC, secció «Jurisprudència», núm. 24 [1982], p. 821).

«Catalunya») i 4 de juny de 1999 (AC 1999\1109), les SAP de Tarragona de 5 de març de 1997 (AC 1997\831), 31 d'octubre de 1998 (*La Ley/AC, CD-ROM Catalunya*) i 5 d'abril de 2000 (AC 2000\1513), i les SAP de Barcelona de 6 d'octubre de 1999 (AC 1999\8209) i 18 de març de 2000, fonament jurídic (FJ) quart (RJC, secció «Jurisprudència», núm. 21 [vol. 3 (2000)], p. 25). La SAP de Barcelona de 19 d'abril de 1994 (*La Ley/AC, CD-ROM Catalunya*) fa, a més, un seguiment il·lustratiu de l'evolució jurisprudencial.

Davant d'aquesta situació, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya no havia iniciat un gir jurisprudencial. En alguns casos que no reunien els requisits de l'article 541 CC, no es va pronunciar, adduint l'existència de treballs legislatius (Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya [STSJC] de 5 de febrer de 1990 [RJ 1992\2574]) o la improcedència de considerar les implicacions del signe apparent en el cas (STSJC de 9 de novembre de 1992 [RJ 1992\1979] i de 3 de febrer de 2000 [RJ 2000\7440]). La STSJC de 4 de juny de 1998 (RJ 1998\10055), que va desestimar el recurs per raons processals, es lamentava que la situació no fos propícia per a abordar la qüestió. Recentment, la STSJC 34/2003, de 22 de setembre (RJ 2003\7284), ha desestimat el recurs i ha refusat d'entrar a analitzar el supòsit de fet, que, d'acord amb les resolucions d'instància, no reunia els requisits per a aplicar l'article 541 CC.⁸ Aquesta indefinició ha afavorit l'aplicació persistent de l'article 541 CC per les audiències catalanes fins ben entrat l'any 2003 en tots els casos sorgits abans de l'entrada en vigor de la Llei 13/1990. Així ho fan les SAP de Barcelona de 23 d'abril de 2002 (JUR 2002\18475), de Tarragona de 14 d'abril de 2003 (JUR 2003\210532) i de Lleida 166/2003, de 27 de març (JUR 2003\110548), aquesta darrera amb profusió de cites de la jurisprudència. La SAP de Barcelona de 15 de gener de 2003 (JUR 2003\108799) indica clarament que l'absència de pronunciament per part del Tribunal Superior contrasta amb el posicionament exprés del Tribunal Suprem i es decanta per seguir aquest.⁹

8. Vegeu-ne el FJ 1r: «[C]om aquest precepte sotmet la seva virtualitat a un “factum” que exigeix la subsistència del signe apparent de servitud en el moment d'atorgament de l'escriptura d'alienació, cosa que, com ja s'ha dit, refusa la sentència recorreguda en asseverar amb rotunditat que “no es pas això el que succeeix en el cas que s'examina”; el que es diu sense necessitat, doncs, d'analitzar la certament polèmica qüestió d'aplicabilitat o no a Catalunya del referit precepte del Codi Civil. Per tant, “todo lo dicho, unido a la doctrina constante y pacífica emanada de la jurisprudencia de esta Sala que determina que el ‘factum’ de la sentencia deviene en intocable por vía casacional cuando el mismo se haya configurado con racionalidad y desecharo cualquier atisbo de concurrencia de los más elementales parámetros de la lógica [...]”».

9. En el seu FJ 1r indica: «Esta controversia no ha sido tampoco resuelta de forma pacífica por la jurisprudencia, no obstante lo cual, y como ya tuvo ocasión de pronunciarse esta misma Sala en sentencia de 23 de septiembre de 2.002, lo cierto es que el Tribunal Supremo, no sin alguna fluc-

Aquest recorregut breu permet destacar la importància de la sentència comentada, i, val a dir-ho, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya n'és perfectament conscient. A favor del canvi concorren raons de seguretat jurídica i necessitat pràctica que contrasten amb els resultats pràctics indesitjats o inesperats que pot tenir l'article 541 CC. Les lleis recents havien enfortit l'opinió contrària a l'aplicació jurisprudencial d'un precepte aliè a l'ordenament català¹⁰ i la polèmica es podia considerar seria. La Sentència també té interès per a la coherència mateixa del sistema, ja que fa evident que, en la Compilació, la funció reguladora dels principis generals no limita només l'entrada d'institucions jurídiques contradictòries, sinó també l'autointegració històrica.¹¹

tuación, ya se ha pronunciado en distintas resoluciones por la aplicabilidad del Código Civil en esta materia sin que, por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña lo haya hecho, ni en un sentido positivo ni en un sentido negativo, ya que en las sentencias en que se aborda el tema no concurran de todas maneras los requisitos que al amparo del artículo 541 se exigen, razonando de este modo la sentencia de dicho Tribunal de 3 de febrero de 2.000, expresamente invocada por la apelante en el acto de la vista, que “esta Sala no ha llegado a posicionarse en forma contundente, marginando el tema las sentencias que se citan, de 5 de febrero 1.990 y de 9 de noviembre de 1.992”, sentencia en la que se señala también que en el supuesto en ella analizado no aparecía la existencia de un signo apparente de servidumbre, por lo que se afirma que “tampoco puede entrar la Sala en fondo del tema”, concluyéndose que “en cualquier caso, pues, la aplicación del artículo 541 del Código civil, de poder darse, no conduciría a la solución pretendida por el recurrente.” Por consiguiente, dado el pronunciamiento expreso y positivo del Tribunal Supremo y ante la ausencia de ningún otro que lo contradiga por parte del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y en aras al principio de seguridad jurídica, se ha de considerar aplicable al caso analizado el artículo 541 del Código Civil.

10. Vegeu José BONET CORREA, «La inaplicabilidad de la constitución de servidumbres por signo apparente en Cataluña. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1976». *Anuario de Derecho Civil* (ADC), t. XXXI, fasc. I (gener-març 1978), p. 196-199; Eulàlia AMAT LLARI, «Comentario a la STS de 31 de enero de 1990», CCJC, núm. 22 (gener-març 1990), p. 294, i «Aplicabilidad del artículo 541 del Código civil y otras cuestiones. Comentario a TSJ Catalunya (civil) S 2/1990 de 5 de febrero», *La Llei de Catalunya i Balears* (1991-1), p. 56; Lluís PUIG FERRIOL, «Comentario a la STS de 21 de noviembre de 1985», CCJC (octubre-desembre 1985), p. 3113. D'aquest autor, vegeu també Lluís PUIG FERRIOL i Encarna ROCA TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol. 1, 1995, p. 335, i «Consideraciones generales en torno al derecho de servidumbre según la ley catalana 13/1990, de 9 de julio, sobre acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad», *La Llei de Catalunya i Balears* (1992-1). I vegeu també M. Rosa LLÁCER MATAZÁS, «Régimen legal de las servidumbres y la vecindad en el derecho catalán», a Àngel L. REBOLLEDO VARELA (coord.), *Tratado de servidumbres*, p. 896 i seg. En contra, vegeu José Manuel GARCÍA GARCÍA, «Comentario a la STS de 6 de diciembre de 1976», RCDI (novembre-desembre 1978), p. 1277.

11. Si magnífíquissim aquests principis, els seus continguts podrien arribar a transmutar-se en veritables fonts del dret i anul·larien les funcions esmentades. Sobre la contradicció a l'entorn de la naturalesa dels principis generals com a font del dret (art. 111-1 PLCCC), que fa actualment sobrera la funció de control sobre el dret supletori (art. 111-5 PLCCC), vegeu Ferran BADOSA COLL, *Manual de dret civil català*, p. 90.

1.2. EL PLANTEJAMENT DE LA SENTÈNCIA: LA VALORACIÓ DE LA *IURIS CONTINUATIO* I EL TANCAMENT DEL RECURS A L'HETEROINTEGRACIÓ

En la línia de la Sentència, cal resseguir les disposicions del dret català sobre la imposició de servituds i com es va produir la importació jurisprudencial de l'article 541 CC, reforçada a l'època per l'expansió d'un cos legal modern enfront d'un dret territorial debilitat. Naturalment, el fet que alguns autors s'hi resignessin i que el Tribunal Suprem apliqués a Catalunya la mateixa disposició que aplicava a la resta de l'Estat, no són factors determinants ni tan sols indicatius de l'exactitud dels plantejaments.

Calia, doncs, una resolució que tracés un raonament elaborat i superés la simple constatació de la manca d'una disposició similar a l'article 541 CC. La Sentència planteja directament la qüestió de si, en el cas que ens ocupa, cal integrar l'ordenament català amb el dret supletori, és a dir, el Codi civil. Hi respon negativament, ja que entén que ens trobem davant d'una institució desconeguda i no regulada en el dret català, justament amb la intenció que el seu supòsit de fet no tingui conseqüències idèntiques que en el dret castellà.¹² Per a arribar a aquesta conclusió fa un doble raonament al voltant de la integració de l'ordenament català en el context de la Compilació de 1960, que és la disposició aplicable al cas. En primer lloc (d'acord amb la preferència que ja estableix l'art. 1.1 CDCC en relació amb l'art. 12 CC), aplica l'article 1.2 CDCC, segons el qual, per a interpretar la Compilació, calia prendre en consideració la tradició jurídica catalana, encarnada en les antigues lleis, els costums i la doctrina de la qual aquests deriven. L'examen de la tradició jurídica li permet arribar a una primera constatació: el tractament restrictiu de la constitució de servituds en l'ordenament català i el desconeixement d'una disposició equiparable a l'article 541 CC. És cert que la Compilació no contenia disposicions referents al títol constitutiu voluntari. Però l'aplicació supletòria del Codi civil no es podia fer en contra del text compilat mateix, interpretat d'acord amb l'esmentat

12. Quan el dret català i l'estatal adopten pronunciaments (*positius*) diferents, la dualitat de plantejaments resulta més visible que quan l'ordenament territorial calla perquè considera irrelevants un supòsit i l'estatal (i supletori) li atorga conseqüències jurídiques. Però la diversitat d'opcions i fins i tot la claredat en els plantejaments són quelcom natural en qualsevol comparació entre ordenaments. Per exemple, el dret català preveu obertament la transmissibilitat *mortis causa* del dret d'usdefruit (art. 12 Llei 13/2000, de 29 de novembre, de regulació dels drets d'usdefruit, d'ús i d'habitació), mentre que l'article 480 CC manté, d'entrada, un plantejament restrictiu. Vegeu M. Dolors GRAMUNT FOMBUENA, *Reflexions al voltant de la temporalitat dels drets d'usdefruit, ús i habitació en el futur Codi patrimonial: Anàlisi del Projecte de llei de regulació dels drets d'usdefruit, ús i habitació*, inèdit.

article 1.2,¹³ ni d'esquena al dret històric i a la noció de *continuatio iuris* (cfr. disposició final [DF] primera CDCC).¹⁴ En definitiva, el primer estadi del racionament del Tribunal rau a traçar l'evolució legislativa sobre la matèria i a extraure'n els principis contraris a la imposició de servituds per signe apparent. Indica clarament que basa la seva línia argumental en la coherència i la continuïtat pròpies i característiques del dret català i que la pauta per a determinar-la és la tradició jurídica catalana. Així doncs, la incompletesa característica del dret català no exclou el potencial propi de tot conjunt normatiu, que en permet l'autointegració, d'acord amb el seu sistema de fonts.¹⁵

El segon graó argumental descarta l'heterointegració del Codi civil, per a la qual cosa fa una aplicació justa de la disposició final segona de la Compilació. És conegut que la regla de preferència del dret civil català n'admet implícitament la incompletesa, cosa que no comporta l'aplicació sistemàtica del dret estatal, ja que la supletorietat se sotmet a les regles que garanteixen la pròpia consistència de l'ordenament incomplet. Els principis generals del dret (redacció del Decret llei [DL] 1/1984, DF 4a, CDCC) barrarien el pas a l'article 541 CC. En el context de la primitiva disposició final segona de la Compilació, la Sentència declara, a l'inici del seu fonament jurídic tercer, que aquesta disposició no pot ésser interpretada de manera que violenti la tradició jurídica esmentada, fent-hi recaure el pes i la funció primordial de mantenir la coherència del sistema. Tal com també recorda la STSJC de 2 d'octubre de 2003, la manca de precepte no impedia acudir a aquests elements interpretatius, ja que abans de recórrer al Codi civil calia integrar el dret català amb la tradició i els principis generals que el conformaven. D'aquesta manera, la inexistència d'un precepte relatiu a la constitució de la servitud mitjançant un títol no s'havia de valorar immediatament com una llacuna.¹⁶

13. Com és conegut, l'article 1.2 CDCC (text de 1960) atorga valor interpretatiu a la tradició jurídica, mentre que el DL 1/1984 liafegeix la funció integradora de la Compilació i les altres normes. Vegeu el Dictamen número 60 del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, p. 102.

14. Manuel DURAN Y BAS, *Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña*, p. 4.

15. Vegeu Carlos Juan MALUQUER DE MOTES BERNET, «Del artículo 149.1.8 de la Constitución al ordenamiento jurídico catalán: su reciente desarrollo en sistemas», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 1 (1993), p. 132; Immaculada BARRAL VIÑALS, *La conflictivitat competencial: Dret civil*, p. 122-123.

16. STSJC 35/2003, de 2 d'octubre (RJ 2003\8209), FJ 4t: «Con la redacción originaria del art. 1.2 de la Compilació podría pensarse en la existencia de una laguna legal [...] y, ciertamente, no podía acudirse a esos elementos interpretativos pues no existía precepto en la Compilación. No era ésta, sin embargo, la postura de toda la doctrina catalana. Los autores entendían que, antes de acudir a las normas del Código civil, debía integrarse el Derecho civil catalán con la tradición y los

En realitat, la Sentència no s'ha de plantejar la necessitat d'un filtre, perquè no es compleix el primer pressupòsit: un cop interpretat el dret català, descarta la llacona legal i conclou que no cal buscar en el dret supletori la solució a un supòsit jurídicament irrelevat.¹⁷ La «servitud per destinació del pare de família» és una institució desconeguda que, de manera voluntària, no es va regular. Perduda l'autonomia legislativa, no tenia sentit desvirtuar aquesta opció aplicant un dret supletori contradictori.¹⁸ La Sentència no interpreta l'absència de previsió com una llacona o un buit legal, sinó com un fet normatiu que no requereix supletoriat.¹⁹ O, dit d'una altra manera, si l'ordenament català ha decidit de deixar sense resposta el supòsit de fet que conté l'article 541 CC, el seu silenci no s'ha d'interpretar com una carència, sinó com una *decisió* contrària a la regulació i al gravamen de la propietat.

1.3. EL CONTINGUT DECLARATIU I UNIFICADOR DE LA SENTÈNCIA: L'ABAST DEL TRACTAMENT RESTRICTIU DE LA CONSTITUCIÓ DE LES SERVITUDS

El fonament jurídic segon de la Sentència 29/2003 fa una consideració dels orígens històrics de l'article 541 CC, marca la seva diferència amb el «sistema legislatiu català», fruit de l'estudi de la tradició jurídica catalana, i indica que «en aquesta tradició jurídica hom observa que la constitució d'una servitud ha rebut de sempre un tractament restrictiu». Posa en relleu les restriccions en la usuació de servituds (art. 283 i 342 CDCC, derogats), i en el fonament jurídic tercer fa un recorregut per aquesta tradició històrica que arrenca del dret romà, passa pels projectes d'àpèndix de Duran i Bas i de 1930 i pel Projecte de com-

principios generales que conformaban este ordenamiento. Así es de ver, por ejemplo, en las Conclusiones del II Congrés Jurídico Catalán, que se exponen en la repetida sentencia del mes pasado. Y esta posición se recoge hoy en la Compilación misma, tras la reforma de 1984, quedando redactado el precepto del siguiente modo [...].»

17. A l'entorn de l'aplicació doblement condicionada del dret supletori, vegeu Pau SALVADOR CODERCH, *La compilación y su historia: Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, p. 388-389, i «Constitución española, Compilación catalana y derecho supletorio», ADC, t. XXXVIII, fasc. III (juliol-setembre 1985), p. 762.

18. Encarna ROCA TRIAS i Lluís PUIG FERRIOL, *Institucions de dret civil català*, vol. I, p. 65 i 68.

19. Antoni MIRAMBELL i ABANCÓ, «Aplicació del dret català», a INSTITUT D'ESTUDIS AUTÒNOMICS, FACULTAT DE DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA i FACULTAT DE DRET DE LA UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA, *Comentaris sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya*, vol. 1, p. 368.

pilació, i acaba en el dret recent. Consta que, un cop recuperada l'autonomia legislativa, no s'ha dubtat a privar de tota rellevància jurídica el supòsit de fet de l'article 541 CC (art. 7 LANSIRV i 8.2 Llei 22/2001) i fins i tot la usucació de servituds (art. 7 Llei 22/2001).

Tot i que compartim les conclusions de la Sentència, li podríem retreure una certa lleugeresa en el seu recorregut històric, tan límpid i uniforme que contrasta amb les opinions d'alguns autors que en interpretar els textos romans semblen entestats a recordar aquesta institució injuriada. La recerca de pautes per a resoldre la qüestió hauria de tenir en compte la doctrina que, d'alguna manera, atorga un valor al signe apparent en dret català, per a relativitzar-la i fer jugar plenament els principis generals del dret. Els principis condicionen l'aplicació del dret supletori (DF 4a CDCC, substituïda per l'art. 111-5 PLCCC) i també la funció interpretativa i integradora de la tradició jurídica (art. 1.2 CDCC, aplicable al cas).²⁰ En aquest context, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya no dubta a fixar l'opció del sistema legislatiu català contrària a la constitució de servituds per signe apparent i a declarar-lo absolutament continuista. La constatació d'una continuïtat sense fractures equival a enunciar un principi, prest per a reconduir qualsevol desviació. La tradició jurídica permet construir aquesta continuïtat, però el seu paper queda condicionat pels mateixos principis.

Creiem que és interessant contrastar l'abast d'aquesta declaració de continuïtat amb un seguiment de les funcions del signe apparent de servitud en el dret català, en particular al voltant del títol voluntari o pretesament automàtic.

2. LA INEXISTÈNCIA DE LA CONSTITUCIÓ PER SIGNE APARENT EN EL DRET CATALÀ I LA PENETRACIÓ DE L'ARTICLE 541 DEL CODI CIVIL

2.1. EL SIGNIFICAT DE LA INSTITUCIÓ I LA SEVA INEXISTÈNCIA EN EL DRET CATALÀ

L'article 541 CC conté una modalitat constitutiva de la servitud, coneguda com *constitució per destinació del pare de família o per signe apparent*. Atorga categoria jurídica a les relacions de servei entre dues finques pertanyents a

20. Ja sigui directament (DL 1/1984), ja sigui indirectament per mitjà de la interpretació de la redacció originària de l'article 1.2 CDCC d'acord amb les conclusions del II Congrés Jurídic Català. En relació amb la regulació dels principis sobre la tradició jurídica, vegeu Pau SALVADOR CORDERCH, *La Compilación y su historia*, p. 389.

una mateixa persona i paleses per signes aparents, que el propietari comú ha creat ell mateix o ha conservat en adquirir una de les finques, unida amb l'altra (o ambdues finques, unides) per una servitud extingida per confusió. En el moment d'alienar almenys una de les finques, la relació fàctica esdevé un dret de servitud, si no es diu el contrari.²¹ Els requisits queden perfectament delimitats en l'article 541 CC, i una jurisprudència abundant i consolidada, que la Sentència comentada recorda, acostuma a sintetitzar-los.²²

La funció constitutiva pot ésser més o menys immediata o elaborada. Hom pot interpretar l'article 541 CC com una presumpció de títol voluntari o com un mecanisme de creació legal i automàtica del dret. Des del primer punt de vista, la presumpció estalvia d'evidenciar la voluntat constitutiva: n'hi ha prou amb demostrar que concorren tots els elements que reflecteix l'article 541 CC per a defensar la constitució d'una servitud difícilment rebatable. Entesa com un títol legal, el resultat seria el mateix sense recórrer a l'artifici de la voluntariat: l'establiment o la conservació d'una relació de servei apparent, o la destinació d'una finca en benefici d'una altra, s'elevaria a la categoria d'acte que la llei vincula a un resultat.²³ En qualsevol cas, s'aprecia un automatisme en el funcionament de l'article 541 CC, una imposició de la servitud que ja es perfila aliena a l'ordenament català.

21. En definitiva, d'un acte de destinació material del propietari (o d'un acte de conservació de la destinació tipus d'utilitat que es dóna o s'obté de la finca) jurídicament irrelevante mentre es manifesta entre finques d'un mateix propietari, es progressa fins a una situació amb transcendència jurídica amb la constitució del dret real. Sobre el concepte de *facultat de destinació econòmica de tot propietari*, vegeu Carlos Juan MALUQUER DE MOTES BERNET, *Los conceptos de «sustancia», «forma» y «destino» de las cosas en el Código civil*, p. 175-176.

22. Vegeu-ne una referència a la SAP de Tarragona de 14 d'abril de 2003 (JUR 2003\210532), FJ 2n: «Sentada la posibilidad de resolver la cuestión conforme al artículo 541 del Código Civil, procede analizar si concurren en el caso que nos ocupa los requisitos que exige dicho precepto para la constitución de la servidumbre, que según reiterada jurisprudencia (STS de 7 de julio de 1983 [RJ 1983, 4114], 22 de septiembre de 1983 [RJ 1983, 4673], 13 de mayo de 1986 [RJ 1986, 2722], entre otras) son los siguientes: 1º) La existencia de dos predios pertenecientes a un único propietario. 2º) Un estado de hecho del que resulte, por signos visibles y evidentes, que uno de ellos presta al otro un servicio determinante de semejante gravamen, en el supuesto de que alguno cambiara de titularidad dominical. 3º) Que persista en el momento de transmitirse a tercera persona cualquiera de dichas fincas. 4º) Que la escritura no exprese nada en contra de la pervivencia del indicado derecho real. Ahora bien, la presencia de tales requisitos debe ser examinada desde las reglas sobre la carga de la prueba aplicables a todo derecho de servidumbre, que imponen dicha carga a quien alega la titularidad de tal derecho.»

23. Sobre aquesta qüestió, em remeto al meu treball *El título constitutivo de servidumbre en el artículo 541 del Código civil*. La teoria legalista ha estat desenvolupada per la doctrina italiana (vegeu Biondo BIONDI, *Le servitù*, p. 358 i seg.) i acollida a Espanya per Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ a *La constitución voluntaria de servidumbres en el derecho español*.

Aquesta institució admet judicis de valor contraposats. Pot semblar avalada pel sentit comú: l'estat de coses apparent s'ha de perpetuar i la constitució del dret ho permet. Però tot indica que l'engranatge favorable al gravamen representa un risc evident per a la presumpció de la llibertat del domini i un parany per a qui no podia ni imaginar que adquiria una finca gravada.²⁴ Avui en dia, tal com diu la sentència comentada, aquesta opció condemnaria els predis a la inamovibilitat més absoluta (FJ 2n).

El títol constitutiu basat en el signe apparent de servitud té dos referents històrics: el construeixen paral·lelament els autors del *ius commune*, interpretant un dret romà que mai no el va preveure, i el dret de costums francès. L'article 541 CC connecta directament, a través del projecte de García Goyena, amb el Codi civil francès i, per tant, amb aquest dret consuetudinari. En realitat, la institució és tan aliena al dret castellà com al dret català,²⁵ però, sens dubte, es va convertir en llei en l'àmbit d'aplicació del Codi.

Seguint el rastre històric també podem assenyalar que, quan alguns autors catalans anteriors a la Compilació donen rellevància al signe apparent, ho fan pensant en el *ius commune*, i no pas en el dret francès. Bartolo és el punt de partida del títol tàcit de servitud basat en l'aparença dels fets i en la *scientia* que es deriva d'aquesta.²⁶ En dret romà, la presumpció de la llibertat del domini no és un punt de partida retòric sobre el qual es puguin establir una sèrie d'excepcions. Al contrari, el títol de servitud és quelcom rigorós, ja es tracti de prescripció, ja es tracti pròpiament d'un títol voluntari, *inter vivos* o *mortis causa*, o judicial. També és cert que a partir d'aquí es poden elaborar, amb més o menys amplitud, certes derivacions sobre el títol voluntari, amb la incògnita o el perill que comporta haver-ne de fixar els límits.

El títol també és una exigència rigorosa en el dret català: la prescripció se sotmet encara a més restriccions i s'arriba a exigir l'estipulació o l'escriptura en

24. Biondo BIONDI, *Le servitù*, p. 354.

25. Vegeu Eulàlia AMAT LLARI, «Comentario a la STS de 31 de enero de 1990», CCJC, núm. 22 (gener-març 1990), p. 294. Les *Partidas* són prou clares respecte a aquesta qüestió. La P.3.31.17, més explícita que la P.3.31.14 (que és el referent de la constitució de la servitud), indica: «La otra manera por que se pierde es esta; assi como quando aquel cuya es la cosa que due la servidumbre compra la otra en la que auia ganada. Ca por la razón de la compra, que se ayunta la una cosa con la otra en su señorío, pierdese la servidumbre. E maguer la enagene despues o la tenga para si, de allí en adelante nunca due ser demandada, nin es obligada la cosa que assi es comprada a aquella servidumbre. Fueras ende, si despues desso fuese puesta nuevamente.»

26. Vegeu BARTOLUS A. SASSOFERRATO, *In primam ff. veteris partem Comentaria*, Digest, 3.33.1, núm. 1 i seg. Sobre l'evolució històrica de l'article, vegeu José BONET CORREA, *La constitución de servidumbres por signo apparente*. Em remeto també al meu treball *El título constitutivo de servidumbre en el artículo 541 del Código civil*, p. 65 i seg.

les servituds de vistes o llums,²⁷ però no en la d'aquíeducte.²⁸ A més, en les *Ordinacions de Sanctacília* el signe apparent té un altre valor: el d'imposar al venedor la càrrega de revelar les servituds ocultes per tal d'evitar la condemna a compensar l'estimació o el desvalor que representa la càrrega i que el comprador ha de sofrir (acció *quanti minoris*).²⁹ D'altra banda, l'aparença també té un paper restrictiu en la usucació i està definida en l'article 283.8 CDCC, que declara absolutament imprescriptibles les servituds no aparents, enteses com «les que no siguin fàcilment visibles des de l'interior del predi» (cal interpretar «predi de servent»).

La doctrina ha destacat la clara impressió que el dret català mai no ha conegut una disposició que afavoreixi la imposició de servituds i que, per contra, exigeix un títol i afavoreix la constitució nominada.³⁰ Si la incorporació de les *Ordinacions* és clara en l'article 137 del Projecte d'apèndix de dret català al Codi civil de 1930, de manera més explícita l'article 139.1 de l'Avantprojecte de compilació del dret civil especial de Catalunya (1952) indica que l'existència de servituds no es presumeix i que en cada cas ha de derivar dels títols admesos pel dret. Aquest esment desapareix en l'article 170 del Projecte de compilació de 1955.³¹

27. Ordinació número 41 de les *Ordinacions de Sanctacília*: «En paret propria ni comuna no deu ferse finestra, ni lluerna en vers la paret de vehí á menos de haberse convingut los dos ab escriptura.» Capítol 58 del *Recognoverunt Proceres*: «Qualsevol pot acostarse de llarch y de través á la paret de son vehí, com no causia impediment a las lluernas de est, que estinguian allí per espay de trenta anys, ó las tingua en forsa de instrument.»

28. Ordinació número 6 de les *Ordinacions de Sanctacília*: «Ningú no pot passar ayguas per tramuja, ni per canons, ni per canals de teules, ni per canals de ollas en paret mitjera, á menos que sia de consentiment de son vehí.»

29. Ordinació número 59 de les *Ordinacions de Sanctacília*: «Lo qui venga casas ó albergs dega manifestar la servitud que partiran en prdre al vehí, si es oculta o amagada, y ningú puga veurerla; y si no la denuncia, haurà de estar à lo que se diga que valgan menos; per rahò de aquella servitud, á coneixement de experts.» Tal com destaca Carlos MELÓN INFANTE, «Luces y vistas en la Compilación foral catalana», ADC, t. xv, fasc. I (gener-març 1962), p. 125, aquest no és un cas de constitució per destinació, sinó un cas de reparació contractual derivada de l'aparició d'una servitud ja constituida que el comprador ha de suportar.

30. Eulàlia AMAT LLARI, «Aplicabilidad del artículo 541 del Código civil y otras cuestiones. Comentario a TSJ Catalunya (civil) S 2/1990, de 5 de febrero», *La Llei* (1991-1), p. 56-57.

31. Article 137 del Projecte d'apèndix de 1930: «En materia de servidumbres y relaciones de vecindad regirán las Ordenaciones o costumbres de Sanctacilia, cuyo articulado se considera incorporado íntegramente en el contenido de este Apéndice, sin perjuicio de las servidumbres legales que se establezcan por razón de la utilidad pública o comunal o que impongan las ordenanzas y los reglamentos de los núcleos urbanos.» Article 170 del Projecte de Compilació de 1955: «Las servidumbres se regirán por las ordenanzas generales o locales sobre policía urbana o rural, por el título

2.1. LA INFILTRACIÓ JURISPRUDENCIAL DEL PRECEPTE I EL SEU REFLEX DOCTRINAL

L'entrada en vigor del Codi civil va representar una dinàmica promotora del gravamen desconeguda en el dret català i impulsada pel Tribunal Suprem per mitjà de la seva errònia aplicació supletòria del dret castellà a Catalunya.³² Aquest punt d'inflexió no va passar desapercebut, cosa que ja indica, sense cap mena de dubte, que va significar un canvi d'orientació. L'actitud de la doctrina no va ésser uniforme.

Alguns autors es limiten a prendre nota d'aquesta dinàmica i adverteixen fins i tot de la seva improcedència, però en reconeixen la realitat. Pella i Forgas insinua que l'opció jurisprudencial s'explica per la facilitat probatòria que ofereix la presumpció de l'article 541 CC i, fins i tot abans de l'entrada en vigor del Codi, per l'atorgament d'un paper desmesurat al signe apparent en la prova del títol voluntari.³³

Però, en opinió d'Admetlla i Balsells, aquesta tendència havia d'actuar retroactivament. En la resposta a la consulta d'un subscriptor de la *Revista Jurídica de*

de constitución y, en su defecto, por las disposiciones de este título, sin perjuicio de las servidumbres legales que se establecen por razón de utilidad pública o comunal» (en sentit similar, art. 138 de l'Avantprojecte de 1952). Manuel DURAN Y BAS anota en l'article 137 de la seva memòria referent a relacions de veïnatge: «No formulamos aquí todas las reglas relativas a las servidumbres que el derecho vigente en Cataluña contiene y que deben conservarse por no poder menos de esperar que en su mayor parte serán admitidas como derecho común. En este particular es muy deficiente el proyecto de Código civil; pero de seguro que sus vacíos se llenarán cuando se revise, y se admitirán reglas muy importantes de las que contienen las Ordenaciones de Santacilia y las Costumbres de Tortosa» (Manuel DURÁN Y BAS, *Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña*, p. 337).

32. Així, les esmentades STS de 31 de març de 1902 (*Jurisprudencia Civil*, t. XCIII, núm. 91, considerant 4t), de 29 de maig de 1911 (*Jurisprudencia Civil*, t. CXXI, núm. 83, considerant 1r). Vegeu STS de 26 de desembre de 1914.

33. José PELLA I FORGAS, *Código civil de Cataluña, exposición del derecho catalán comparado con el Código civil español*, p. 207, nota 1: «Si bien existe una presunción de derecho favorable a la libertad de las fincas, mientras no se acredite que están afectas a servidumbre legalmente establecida, el hecho de ejercitarse el demandante la acción negatoria traspasa al demandado la obligación de probar, como excepción del principio general de incumbir al actor la prueba.» De Brocà explica, en tractar de la prova de les servituds (i no en l'apartat dedicat a la seva constitució): «Sintetiza y amplía un precepto romano y es expresión de la doctrina que sobre él se formó, el art. 541 del Código civil, aplicado a Cataluña por el Tribunal Supremo en tres sentencias» (vegeu Guillem M. de BROCÀ I MONTAGUT, *Historia del derecho de Cataluña especialmente del civil y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*, p. 96). Pel que fa a la connexió d'aquest article amb el dret romà, em remeto al que tractaré més endavant.

Catalunya, aquest autor admet que l'article no és aplicable a Catalunya i contravé el dret romà, i, fins i tot, que en produir-se els fets el Codi encara no havia entrat en vigor. No obstant això, entén: «[...] aparte de la influencia moral que en el criterio de los Tribunales puede ejercer un precepto legal tan paladina y terminantemente consignado, para dirimir las dudas que sobre este punto se susciten, no pueden prevalecer las citadas leyes romanas, en frente de la *constante jurisprudencia* que regula la cuestión.» En aquesta línia, considera que el Tribunal Suprem «ha convertido el signo ó signos aparentes en títulos de servidumbre». ³⁴

Alguns autors catalans van recollir i corroborar aquesta expansió amb referències explícites a l'article 541 CC entre les formes constitutives de la servitud,³⁵ així com en alguns projectes privats d'apèndix al Codi civil.³⁶ Borrell i Soler, després de manifestar clarament que la solució és contrària al dret català i el dret romà, se sotmet als dels nous corrents. Després d'exposar el supòsit de fet i de preguntar-se si s'ha de convertir en dret de servitud, explica: «La solución depende de la intención del enajenante, la cual el D. r. interpreta en sentido de desaparecer lo que tenía trazas de servidumbre; pero, en España, se había introduciendo la doctrina contraria a la presunción de la libertad del dominio; la cual fue adoptada por el C.c. en su artículo 541 y aplicada en Cataluña por la jurisprudencia posterior», de manera que conclou a favor de la constitució del dret.³⁷

3. LES IMPLICACIONS HISTÒRIQUES DEL SIGNE APARENT EN EL DRET CATALÀ

3.1. LES PRETESES CONNEXIONS AMB L'ARTICLE 541 DEL CODI CIVIL I L'ENTERBOLIMENT DE LA QÜESTIÓ

Si bé creiem que la imposició de servituds per signe apparent és una institució aliena al dret català, l'anàlisi del paper que pot tenir el signe apparent en la

34. Vegeu J. ADMETLLA i BALCELLS, «Servidumbres: alcance de los signos aparentes de las mismas tratándose de dos predios que han pertenecido á un mismo dueño», RJC, secció «Consultes», t. III (1897), p. 196.

35. Vegeu Arturo CORBELLÀ, *Manual de derecho catalán*, p. 153. Lluís FIGA FAURA, *Manual de derecho civil catalán*, p. 80-81, parla de «constitución por presunción de la voluntad del dueño». Vegeu Carlos MELÓN INFANTE, «Luces y vistas en la Compilación foral catalana», ADC, t. XV, fasc. 1 (gener-març 1962), p. 125.

36. Vegeu l'article 275 de l'Avantprojecte d'apèndix al Codi civil de Romaní i Puigdengolas i Trías i Giró, i l'article 573 del Projecte d'apèndix al Codi civil de Permanyer i Ayats, que reproduceix l'article 541 CC.

37. Antoni M. BORRELL i SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, p. 197-198.

constitució de servituds condueix a una anàlisi que no s'identifica necessàriament amb el sentit de l'article 541 CC. O, dit d'una altra manera, el mateix article admet lectures bastant diferents, vinculades amb els papers atribuïts històricament al signe apparent. La sentència comentada destaca l'absència d'una norma similar i conclou que «en tot el procés d'elaboració de la Compilació ni s'endeuina una idea similar donat que el dret català té una normativa complerta i diferenciada en matèria de servituds que es regeix per uns principis completament oposats a la constitució tàcita o presumpta d'aquestes». Compartim el sentit final de l'afirmació i el caràcter absolutament alié de l'article 541 CC. No obstant això, creiem que no es poden ignorar els nombrosos referents doctrinals que, en la interpretació del dret històric, han tingut en compte d'alguna manera els signes aparents de servitud. Una altra cosa és el valor que se'ls hagi de donar, així com l'encert del legislador actual.

Ja hem destacat que alguns autors catalans aprecien el valor constitutiu del signe apparent per la influència del *ius commune*, especialment en l'època anterior o coetànica al Codi civil, moment en què s'enterboleix la qüestió. Ara bé, es tracta d'una influència parcial, en els casos en què la llei catalana ho permet, que conviu amb disposicions favorables a la imposició expressa i que cal valorar com una forma d'interpretar i aplicar el dret propi o el dret romà. Naturalment, cal destacar la doctrina de Jaume Càncer,³⁸ que es porta a collació força sovint. Però creiem erroni atorgar-li el valor d'antecedent de l'article esmentat, tot i que alguns autors, impel·lits per la realitat jurisprudencial, no van poder evitar establir aquesta connexió. D'altra banda, també és sabut que Francesc de Paula Maspons i Anglasell va incloure l'opinió de Càncer en la seva recopilació titulada *Fons de dret català: Recull de notes de doctrina aplicada o d'interpretació de regles de dret català extreutes dels clàssics, cercant, entre les de major utilitat, les avalades per l'opinió comú i la jurisprudència dels tribunals catalans*.³⁹ A banda del grau de fiabilitat que hom vulgui reconèixer a la incorporació, creiem convenient de relativitzar la doctrina esmentada. En efecte, el signe apparent pot intervenir en contexts molt diversos.

38. Jacobus CANCERIUS, *Variae resolutiones iuris caesarei et pontificii, pars 3, cap. 4*, núm. 2-8.

39. Francesc MASPONS I ANGLASELL, «Fons de dret català. Recull de notes de doctrina aplicada o d'interpretació de regles de dret català extreutes dels clàssics, cercant, entre les de major utilitat, les avalades per l'opinió comú i la jurisprudència dels tribunals catalans», núm. 104: «Subsistència d'una servitud», RJC, t. xxvii (1921-1922), p. 527-528.

3.2. EL PAPER DEL SIGNE APARENT EN EL DRET CATALÀ ANTERIOR A LA LLEI 13/1990

3.2.1. *La constitució de servituds en cas de divisió o partició*

El Digest, 8.2.36 i 37, permet de destacar una primera manifestació del valor constitutiu del signe: la disposició de l'herència pel testador que llega o cedeix a diferents persones dues cases que suporten recíprocament la penetració de bigues, comporta la subsistència de la servitud i s'ha relacionat amb la divisió d'una cosa comuna o d'una herència. D'acord amb el principi d'indivisibilitat de la servitud, caldria entendre que l'estat de coses ha de subsistir i ha d'affectar tots els predis resultants. Aquest va ésser el cas resolt per les STS de 31 de març de 1902 i 29 de maig de 1911.⁴⁰ Una línia interpretativa similar es va iniciar sobre el Digest, 3.33.1, supòsit en què el testador llegava dues cases *uti nunc est* o en l'estat de coses apparent.⁴¹

Josep Pella i Forgas i Guillem Maria de Brocà van interpretar que l'article 541 CC s'havia inspirat justament en aquesta particularitat. Pella, després de mostrar el paralelisme entre les formes constitutives catalanes i els articles 537-540 CC i d'advertir que «el derecho indígena catalán y el romano, aquí deben tenerse en cuenta porque de ellos se aparta notablemente el Código», pren en consideració l'article 541 CC en un apartat diferent i comença dient: «Al final de esta sección coloca el Código, en el artículo 541, el caso de constitución de las servidumbres por división. Esta división puede ser de dos fincas limítrofes de un mismo dueño, llegado el momento de enajenar una de ellas, punto que aquí resuelve el Código, como en la enajenación de una cosa común, hecha por las partes, de lo cual se han dado ejemplos en la aplicación de las leyes desamortizadoras al cuartear las grandes fincas de las órdenes religiosas o

40. Aquesta destaca en el seu considerant primer: «La perfecta analogía que existe entre el caso y el previsto en las leyes 36 y 37, títulos 2º y 8º, título 4º, libro 8º del Digesto, según los cuales, si dos casas bajo un techo pertenecientes a un solo dueño se dividen pasando a dos personas, los servicios establecidos entre ambas por el antiguo propietario, subsisten después de la división, precepto en que, subordinándolo a la existencia de un signo apparente, se inspiró la doctrina de la jurisprudencia que fue elevada a Ley por el artículo 541 del Código Civil.»

41. ODOFREDUS, *In primam infortiati comentarii*, núm. 1 i 2: «[...] imposita in ultima voluntate, non inter vivos, quia tunc non possem imponere servitutem. Imo si sum dominus huius domus, & tu vicine efficio dominus utriusque domus, estinguitur servitus. Sed in ultima voluntate si sum dominus binarum aedium, possum facere unam servitur alia.» Bartolo estendrà el cas a les transmissions *inter vivos*, sobre la base de la impossibilitat de desconèixer els «onera permanentia», que evidencien que les finques es transmeten «stent uti stabant».

del Estado.»⁴² De Brocà entén que l'article 541 CC reflecteix el paràgraf esmentat del Digest i destaca el principi d'indivisibilitat de la servitud.⁴³

Creiem que l'article 7 de la Llei 13/1990 va optar per no recollir aquest supòsit, ja que el seu text contrasta amb les diferents opcions que la Comissió Jurídica Assessora va treballar en el seu dia.⁴⁴ Per contra, alguna sentència suggerix *obiter dictum* la possibilitat de conservar la possibilitat de constituir servituds aparents per divisió, seguint l'opinió del doctor Lluís Puig Ferriol.⁴⁵

3.2.2. *Al voltant de la constitució tàcita de servituds*

Cal matisar la doctrina de Càncer favorable a la constitució tàcita de la servitud i recollida per nombrosos autors catalans, ja que seria inaceptable que la voluntat tàcita es convertís en el recurs per a introduir disposicions legals alienes a un ordenament.

No obstant això, les exigències del dret català en la constitució voluntària de servituds varien. En la servitud de vistes o de llums, es requeria un instrument públic (ordinació 41 de les *Ordinacions de Sanctacília* i capítol 58 del *Recognoverunt Proceres*). En canvi, les ordinacions 6 i 7 de les *Ordinacions de Sanctacília* només reclamen el consentiment del veí per a constituir una servitud

42. José PELLA I FORGAS, *Código civil de Cataluña*, p. 205-206. A continuació vincula la constitució per divisió amb la doctrina de Càncer: «Por lo regular, la constitución de la servidumbre por división se enlaza con la cuestión de las servidumbres aparentes.»

43. Guillem M. de BROCA, *Historia del derecho de Cataluña*, p. 96, notes 1 i 2.

44. Vegeu el «Dictamen 19/89 sobre l'Avantprojecte de llei de l'acció negatòria, les immisions, les servituds i les relacions de veïnatge» de la COMISSION JURÍDICA ASSESSORA, a *Memoria 1989*, p. 135-136, que va treballar sobre uns textos alternatius: «S'exceptua del que es disposa en el paràgraf anterior el cas en què les dues o més finques s'adjudiquin a diferents persones a conseqüència de la divisió d'un patrimoni comú», o bé «[...] a conseqüència de la divisió feta pel causant en el seu testament», o bé «[...] a conseqüència de la divisió feta pels cohereus o comuners. En aquest cas l'interessat podrà demanar i obtenir l'atorgament de títol constitutiu de la servitud».

45. Vegeu la STSJC 2/2000, de 3 de febrer, FJ 4t: «La partición hereditaria ha de considerarse como un acto específico o determinativo de derechos que no tiene el alcance de alienación, ya que únicamente comporta la modificación de una situación jurídica anterior. Y esta solución enlaza con la tradición jurídica catalana, que admite que en la *división inter liberos* el testador asigna las fincas con la intención de que se mantenga la situación de hecho preexistente.» La SAP de Girona de 25 de febrero de 1998, FJ 3r, d'acord amb l'opinió de Lluís Puig Ferriol, es fa ressò de les particularitats en qüestions de divisió. Vegeu l'opinió d'aquest autor i d'Encarna ROCA TRIAS a «Consideraciones generales en torno al derecho de servidumbre según la ley catalana 13/1990, de 9 de julio, sobre acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad», *La Llei de Catalunya i Balears* (1992-1), p. 788-789, i a *Institucions del dret civil de Catalunya*, p. 335.

d'aquèducte sobre una paret mitgera. Pella i Forgas destaca la diferència d'amb-dós supòsits.⁴⁶ És justament en el comentari de l'ordinació 6 on Pere Nolasc Vives i Cebrià i Joan Maluquer i Viladot⁴⁷ recorden la doctrina de Càncer per a relativitzar la demanda de títol i contrastar-la amb l'exigència d'una carta. Aquest consentiment no reclama cap forma d'exteriorització determinada, ni tan sols expressa, segons l'opinió de Vives i Cebrià, el qual, després de reproduir el supòsit de fet resolt en la famosa sentència de 1600, relatiu al pas d'aigua entre dues finques contiguës que finalment es va reconèixer en concepte de servitud, explica: «Se trata de una servidumbre que tiene causa continua y permanente y que el comprador tenía noticia de dicha servidumbre, lo que hace presumir que el comprador de la primera la adquirió con este derecho, y el de la segunda la adquirió con la servidumbre, y que tácitamente lo consintió.» Pere Jordi Bassegoda recull l'opinió d'aquests dos autors.⁴⁸

En realitat, Càncer planteja clarament un cas de constitució de servitud d'aquèducte derivada de la venda d'una finca que rebia les aigües pluvials d'aquella que retenia el propietari. L'autor comença recordant l'expansió de les *Ordinacions de Sanctacilia*, però, en donar resposta al cas que se li planteja, en conjuga el contingut amb la doctrina dels doctors del *ius commune*. Destaca l'existència d'*onera permanentia* o signes aparents, d'on desprèn, després d'avaluar els altres fets concurrents, el coneixement i el consentiment, en particular del venedor que ha de suportar la constitució del dret.⁴⁹ Cortiada recull l'opinió de Càncer com a doctrina catalana juntament amb el conjunt de la doctrina del dret comú.⁵⁰

46. José PELLA I FORGAS, *Código civil de Cataluña*, p. 203: «En la Compilación de las *Consuétuas*, las palabras “convenir con el vecino” o las de “voluntad del vecino” y otras parecidas, indican el *pacto* como origen de la servidumbre; así como la *estipulación*, cuando precisan que una servidumbre es requisito que se adquiera por *carta* o contrato escrito.»

47. Pedro Nolasco VIVES I CEBRIÀ, *Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña, que no están derogados o no son notoriamente inútiles, con indicación del contenido de éstos y de las disposiciones por las que han venido a serlo, ilustrada con notas sacadas de los más clásicos autores del principado*, p. 155 (edició facsímil de la 2a edició de 1863). Vegeu Juan MALUQUER VILADOT, *Derecho civil especial de Barcelona y su término*, p. 58.

48. Pere Jordi BASSEGODA I MUSTÉ, *Consuetuds de la ciutat de Barcelona sobre les servituts de les cases e bonors, vulgarmente dites den Sanctacilia*. Vegeu el comentari a l'ordinació número 6.

49. CANCERIUS, *Variae res, pars III, cap. IV*, núm. 4 i 5: «Respondi quod eum ipse emisset priusquam adversarius dictam domus tacite actum fuiste Inter. Partes censeri, ut domus remanens venditori, iure servitutis dictum onus recipiendi dictam acquam subire tenetur. Et similiter cum emptor posterior alterius domus vidisset tempore emptionis, dictam servitutem & de ea nihil dixisset, videri tacite, inter eum et venditorem actum, tu dicta sua domus in dicto aquae ductus serviret alteri domui.»

50. Vegeu Michaelis de CORTIADA, *Decisiones cancellarii & sacri Regii Senatus Cathaloniae*, t. IV, decisió (dec.) 260, núm. 4.

En qualsevol cas, no instaura un raonament automàtic favorable a la servitud. Naturalment, tot depèn de la intensitat que es vulgui donar al signe apparent, però si parlem de títol tacít, és evident que l'element fàctic és insuficient. Calen altres fets concloents, principalment l'actitud de les parts en els moments anterior i coetani al contracte i la ponderació de totes les circumstàncies concloents. Cal provar tots aquests elements i, necessàriament, el nexe causal amb la seva conseqüència, que és el convenciment raonable del jutge que es va perpetuar la situació de fet i, per tant, constituir el dret. Una presumpció legal com l'article 541 CC només reclama la prova del supòsit de fet i imposa un automatisme molt distant del raonament dels autors que interpreten el dret romà o l'ordinació 6 de Sanctacília. Així, Maspons i Anglasell, en el fragment esmentat, explica que, malgrat la prohibició de llençar aigües palesa en les *Ordinacions de Sanctacília*, «succeía que en comprar la casa, el comprador sabia que la veïna les hi llençava, va veure les canals, va enterar-se, o tenir manera sobrada d'enterar-se, i de certificar-se de que no sols eren posades sinó que servien, i en conseqüència, s'ha de dir que acceptàls fets». ⁵¹ El títol tacít ha d'ésser quelcom excepcional que només funciona quan els fets indiquen que el comprador ha tingut l'oportunitat de veure la finca, d'apreciar la relació de servei existent, d'experimentar-ne el significat i la gravetat i d'entendre què adquireix amb el servei. Ara bé, salta a la vista que aquesta teoria tan matisada es pot distorsionar ràpidament a les mans de l'intèpret o per influència d'un article com el 541 CC.

Així va esdevenir-se en un cas referit per Bonaventura de Tristany, relatiu a una servitud de vistes a través d'unes finestres que el demandat havia obert sobre el predi veí sense estipulació. Notem que no es tractava d'una separació de finques, sinó de la constitució del dret entre dos propietaris diferents, que l'autor va tenir interès a promoure, enfatitzant l'excés de formalisme de l'ordinació 41.⁵² Les circumstàncies el van dur a entendre que, sense necessitat d'argumentar una prescripció inviable, es podia apreciar un títol tacít. Tal com van fer De Brocà o Pella i Forgas, la via és la prova del títol voluntari de servitud, però, en aquest cas, Tristany arriba a forçar una interpretació *contra legem*. Amb caràcter general, afirma que les servituds es poden provar amb conjectures i presumpcions, i admet a continuació que, d'acord amb les *Ordinacions*, la servitud de vistes i

51. Francesc MASPONS I ANGLASELL, «Subsistència d'una servitud», RJC, t. xxvii (1921-1922), p. 526-527.

52. Bonaventura de TRISTANY, *Sacri Supremi Regii Senatus Cathaloniae Decisiones*, t. III, dec. 110, núm. 8 i seg. (Sentència de 2 de desembre de 1687). Vegeu el núm. 12: «Ita senauts in causa Nob. Ludovici de Valencia contra Ioannem Sensi Velerium Barcinone [...] fuit cononizata servitus probatio trium fenestrar, quas dictus de Valencia ab anno 1664 habebat in pariete domus dicti Sensi.»

llums només es pot adquirir per mitjà d'una carta.⁵³ Però a continuació discuteix el tenor d'aquestes i les qualifica d'«exorbitantes, & contra iuris communis».⁵⁴ Tot reprendent l'argument que els mitjans de prova que condueixen a la servitud són molts i ocultant la necessitat ineludible del títol constitutiu, afirma: «[...] et consequenter [...] interpretanda sunt statuta, ut chartam tantum ad probationem servitutis, pactionibus & stipulationibus constituuntur, atque ideo admittunt aliam probationem chartae aequipollentem, utpote per testes, per partis confessiones, & adminicula, praesumptiones & conjecturas.» En aquell cas, Tristany va acumular una sèrie de conjectures com a prova de l'existència de la servitud, la primera de les quals reposava en la voluntat tàcita: «Dictae fenestre fuerunt factae per D. de Valentia simul in elevatione parietis & magnae domus parte, praesente, vidente & non contradicente dictu Sensi, domino dictu impluvii, ubi dictae fenestrae sunt aperta.»

3.2.3. *El supòsit de les servituds extingides per confusió i la separació ulterior dels predis*

La funció del signe apparent també es pot desenvolupar des de la perspectiva de la dinàmica extintiva de la confusió, actualment desapareguda de l'ordenament català (art. 17 LANSIRV i 8.3 i 15g Llei 22/2001). En realitat, el mateix article 541 CC es pot considerar una limitació dels efectes de la confusió, que normalment extingeix la servitud quan la finca dominant i la servent esdevenen propietat de la mateixa persona (art. 546.1 CC). Si el titular manté el signe apparent i després aliena una de les finques, la servitud continua i no s'extingeix. El títol derivat del signe apparent *versus* la subsistència malgrat la confusió:⁵⁵ cap d'aquestes dues opcions no és admesa en dret romà, en particular

53. Bonaventura de TRISTANY, *Sacri Supremi*, dec. 110, núm. 8: «Insequendo eandem matrem, dico, quod servitutis constitutio probatur conjecturis, praesumptionibus, & adminiculis, iuxta personarum & aedificiorum qualitates, & alias facti circumstancias»; i núm. 9: «Et licet in Catalonia habeamus dictam dispositionem Ordinationis 41 & 65 consuetudinum, vulgo dictarum de Sancta Cilia [...] quibus cavitur, quod nemo possit habere, vel facere fenestram, vel lucernam, in pariete proprio, vel comuni, nisi cum charta, seu instrumento fuerit convicino conventum.»

54. Bonaventura de TRISTANY, *Sacri Supremi*, dec. 110, núm. 10: «[...] cum de iure in pariete proprio licet facere fenestras, nedum luminares, sed etiam prospectivas, etiam si vicino inferatur praeiudicium, dummodo, non siant ad aemulationem, vel iure servitutes prohibeantur, aut honestati officiatur.»

55. Són camins parcialment exclents, ja que les servituds que *continuen* no es poden considerar constituïdes *ex novo*. Per tant, el títol resultava útil per a crear servituds quan només existia un signe o en el cas que el dret extingit per confusió esdevingués sobrevingudament apparent.

la segona. La pervivència dels drets extingits per confusió és profundament antipàtica al dret romà, tal com evidencia el Digest, 8.2.30: «Si quis aedes quae suis aedibus serviret, cum emisset, traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus est; & si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est; alioquin liberae veniunt».⁵⁶

La difusió de la subsistència de les servituds extingides per confusió (i dels efectes limitats d'aquesta) és obra de l'exegeta François Laurent, que la traspassa al Projecte de Codi civil belga.⁵⁷ En el Codi civil francès, conviu clarament amb el títol basat en el signe apparent.⁵⁸ El Codi civil espanyol conserva únicament l'expressió francesa «continuarà», però no el seu sentit impeditiu o reparador dels efectes de la confusió. En efecte, l'article 541 CC basta per a englobar i resoldre la situació: el títol constitutiu funciona tant si es tracta d'una relació de servei apparent creada pel propietari comú, com si es tracta d'una servitud apparent extingida. Fins i tot, admesa la constitució tàcita per signe apparent, s'arriben a utilitzar indistintament (i incorrectament) títol i subsistència. Per exemple, Maspens i Anglasell, en el recull de doctrina esmentat, titula el fragment «Subsistència d'una servitud», tot i tractar-ne la imposició.⁵⁹

Però ara interessa destacar que el paràgraf esmentat del Digest tant es pot considerar la manifestació d'un principi restrictiu de la imposició de servituds, com el context on troben cabuda els casos excepcionals de constitució no expressa. Certament, des del primer punt de vista, es pot entendre que la doctrina, que ni tan sols esmentava la constitució per signe apparent (especialment l'anterior a la promulgació del Codi civil), no va sofrir un oblit.

56. GOTHOFREDUS indica en les seves notes: «Extinta servitus per acquisitionem fundi servientis non redintegratur tacite servitus ejusdem fundi servientis venditionem. Prohindehoc casu nominatim imponenda» (*Dionysius GOTHOFREDUS, Corpus Iuris Civilis Romani, cum notis integris Dionysii Gothogredi*, Digest esmentat, nota 53).

57. François LAURENT, *Avant-projet de révision du Code civil, rédigé sur la demande du Ministère de Justice*, t. III, art. 556-1046.

58. L'article 692 del Code conté el valor directament constitutiu del signe apparent («la destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes»), mentre que l'article 694 del mateix Code reflecteix la continuïtat del dret quan desapareix la situació (transitòria) de confusió: «Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné.»

59. Vegeu Francesc MASPONS I ANGLASELL, «Subsistència d'una servitud», RJC, t. xxvii (1921-1922), p. 527: «Quan l'immoble venut, al moment de la venda, sostéls senyals d'una servitud continua i apparent, encara que en els tractes de la venda no n'hi hagi cap que imposi la servitud, queda l'immoble gravat amb ella, i per tant traspasat amb el gravamen.»

3.2.4. *La irrelevància absoluta del signe aparent en la constitució de servituds*

Així doncs, hi ha autors catalans que, seguint el dret romà, ignoren el signe aparent en enumerar els modes de constitució de la servitud. Aquesta omisió hauria de resultar prou reveladora per si sola, ja que, en aquell moment i esmentant prou clar el dret aplicable, no tenia sentit esperar un pronunciament explícit, contrari a la rellevància del signe aparent.⁶⁰ Per exemple, Elías i De Ferrater indiquen, d'acord amb el dret romà, que les servituds es constitueixen per mitjà de tota mena de títols, ja siguin contractes o testaments, i destaquen, a més, la reserva, la constitució judicial i, amb els matisos necessaris, la prescripció.⁶¹ En el mateix sentit es pronuncien Gibert i Muxach Viñas.⁶²

Però quan consideren els efectes de la confusió, d'acord amb el Digest, 8.2.30, aquests autors acaben de donar sentit a l'omissió. Si bé no esmenten el signe aparent en tractar la constitució de servituds, sí que creuen necessari precisar que la servitud extingida per confusió no reviu. I això s'ha de considerar un pronunciament contrari a la constitució tàcita i favorable a la imposició expressa de servituds quan el pare de família separa dues finques de la seva propietat.⁶³ Així, quan Elías i De Ferrater examinen la confusió com una de les formes extintives, adverteixen: «Las servidumbres estinguidas en el modo que se menciona en el artículo anterior, no reviven aunque los predios vuelvan a ser de distintos due-

60. José Manuel GARCÍA GARCÍA, «Comentario a la STS de 6 de diciembre de 1976», RCDI (noviembre-desembre 1978), p. 127, en canvi, no creu prou indicativa l'omissió de tota referència al signe aparent en l'enumeració dels títols constitutius de la servitud.

61. Vegeu José Antonio ELÍAS i Esteban de FERRATER, *Manual de derecho civil vigente en Cataluña*, núm. 975, 978, 979 i 980, p. 213-214.

62. Vegeu Vicente GIBERT, *Téorica del arte de notaría, escrita en latín por D. Vicente Gibert y traducida al castellano por D. Eugenio de Tapia: Tercera edición ilustrada con notas de D. Félix María Falguera*, p. 77; Eduardo MUXACH VIÑAS, *Recopilación de las disposiciones del arte de edificar con arreglo al derecho de Cataluña*, p. 51. És revelador el silenci de Francisco de A. CONDEMINES VALLS i Ramón FAUS ESTEVE, *Derecho civil especial de Cataluña: Ley de 21 de julio anotada*, p. 329.

63. Vegeu J. ADMETLLA i BALSELLS, «Servidumbres: alcance de los signos aparentes», RJC, secció «Consultes», t. III [1897], p. 196-197. Aquest autor es veu obligat a superar els principis derivats del no-renaixement de la servitud extingida per confusió (reflectits en la partida 3.31.17 i en el Digest, 8.2.30) per tal de defensar la constitució derivada del signe aparent: «El Tribunal Supremo, en vista, sin duda, de los conflictos que producía y pleitos que originaba la ley 17, tít. 21, Part. 3^a, ya citada, la cual es evidentemente mucho más científica ó rigorista que práctica, ha venido en multitud de sentencias á sustituir el principio capital que informa á aquélla, por otro más evidente por no decir más justo, ya que se funda en la naturaleza de los hechos, sentado que para dirimir cuestiones como la que nos ocupa, debe estarse á lo que del uso y disfrute de los respectivos predios resulte, esto es, al estado de hecho que deriva del modo como recíprocamente se sirven las fincas [...].»

ños».⁶⁴ I Falguera, anotant Gibert, precisa: «[...] a no ser que se constituya de nuevo.»⁶⁵ No val qualsevol consentiment. Imposició, doncs, *nominatim*, que connecta amb l'ordinació 41 de les *Ordinacions de Sanctacília* i el capítol 58 del *Recognoverunt Proceres*, que reclamen una carta en la servitud de llums i de finestra.

Malgrat que les ordinacions números 6 i 7 deixen la porta oberta a una interpretació més laxa del «consentiment», dos referents queden clars: en primer lloc, la presència d'un signe apparent no és indici suficient per a entendre que la servitud neix quan se separen les titularitats de les finques; en segon lloc, la constitució d'algunes servituds, com la de vistes o la urbana de pas, es rodeja de garanties tendents a evitar-ne la proliferació sorpresiva, tant per usucació⁶⁶ com per un títol presumpte. Les expressions «carta» i «instrument» indiquen un grau d'exigència superior a la voluntat expressa. Tal com indica Bassegoda, «pel que hom pot veure, només el conveni escripturat (carta) permet a Catalunya obrir finestra o lluerna sobre el predi aliè».⁶⁷

3.3. CONCLUSIONS: EL PRINCIPI GENERAL CONTRARI A LA IMPOSICIÓ DE SERVITUDS PER SIGNE APARENT COM A LÍMIT A «L'AL·LEGACIÓ INDISCRIMINADA DE LA TRADICIÓ JURÍDICA CATALANA»

Queda clar que el dret històric català fa un tractament restrictiu de la constitució de servituds i que les servituds de vistes reclamen una constitució formal absent en les altres. Pel que fa a la subsistència d'una servitud apparent entre fin-

64. Vegeu José Antonio ELÍAS i Esteban de FERRATER, *Manual de derecho civil*, núm. 997 i 998, p. 218. Aquests autorsafegeixen que les servituds només es conserven en cas de venda de l'herència (núm. 999). Sobre la pervivència, en el Codi civil, dels drets reals en cas de venda de l'herència, vegeu Gemma RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, p. 142. Eduardo MUXACH VIÑAS, *Recopilación de las disposiciones*, p. 52, també va destacar la no-reviviscència o subsistència de la servitud, sense haver fet cap esment del títol tàcit.

65. Vegeu les notes a Vicente GIBERT, *Teórica del arte de notaría*, p. 78, nota «n».

66. Tingueu en compte les *Ordinacions de Sanctacília* núm. 1, 2, 14 i 61-63. Pel que fa a la servitud urbana de pas, vegeu l'ordinació número 45. José Pella i Forgas (*Código civil de Cataluña*, p. 205) destaca que l'exigència no és la mateixa en tots els tipus de servituds i relaciona aquest fet amb la usucació: «Resulta de las Ordinaciones un criterio de equidad en cuanto a la adquisición y pérdida del derecho de servidumbre, de un modo muy claro en la servidumbre de ventanas, a saber: a mayor gravamen que la servidumbre represente, mayor formalidad se exige para su constitución, de modo que algunas servidumbres no se pueden adquirir sino por estipulación o convenio escrito, *carta*, y en modo alguno por posesión o prescripción [...].»

67. P. J. BASSEGODA i MUSTÉ, *Consuetuts de la ciutat de Barcelona*, comentari a l'ordinació número 41.

ques pertanyents a un mateix alienant, la imposició *nominatim* es desprèn clarament del dret romà i el legislador actual ha decidit reforçar aquesta concepció, de manera que ha abandonat construccions que n'alteraven la nitidesa⁶⁸ i que tindrien una aplicació molt incerta i el perill d'acabar tergiversant els principis restrictius de la constitució de servituds.

Encara que la Sentència no s'irrogui la funció d'enunciar principis del dret català, n'enuncia un, negatiu o contrari a una determinada conseqüència jurídica, construït sobre uns referents doctrinals i legals (passats, contemporanis dels fets jutjats i futurs). Aquesta declaració de continuïtat, contrària a la constitució de servituds per destinació del pare de família en dret català, té força repercussions. En primer lloc, justifica la via de l'autointegració històrica (cfr. el derogat art. 1.2 CDCC) i exclou la integració per un cos legal aliè, que hauria quedat vedada pels mateixos principis generals del dret català (cfr. la derogada DF 4a CDCC). Sobre la base de la tradició històrica i la idea de la continuïtat, la Sentència afirma que la línia més vigorosa és contrària a la constitució per signe apparent i que el dret vigent (o el derogat recentment) contribueix a confirmar-ho. És una constant del sistema que desautoritza el recurs a institucions alienes i la incoherència que això representaria.

D'altra banda, els principis generals emparen els fets gràcies a la seva funció controladora sobre la integració derivada de la tradició jurídica. Certament, l'actual article 111.2 PLCCC ha reforçat la funció dels principis generals, que passen a regir la interpretació i la integració del dret civil de Catalunya «prenent en consideració la tradició jurídica catalana». Si actualment el preàmbul del Codi civil de Catalunya (preàmbul PLCCC, par. II.3) considera els principis generals explícitament un límit a l'al·legació indiscriminada de la tradició jurídica,⁶⁹ el

68. Ja hem assenyalat que el grau d'automatisme en la imposició del gravamen a partir del signe és extraordinàriament matisable: una cosa és una presumpció legal quasi automàtica (imposició derivada de l'engranatge de l'art. 541 CC o, com diu la Sentència, «constitució *pel sol fet* que el propietari el posseïa d'una determinada forma que no feu desapareixer amb anterioritat a la divisió») i una altra, la presumpció fàctica nascuda i promoguda a partir d'un conjunt de fets concloents, com han acollit alguns autors catalans. És el signe apparent com a *títol suficient* per si sol que l'article 7 LANSIRV rebutja. Ja hem destacat que, segons la nostra opinió, aquest article no és prou clar en la seva exclusió de qualsevol constitució de servitud per destinació del pare de família, ja fos automàtica, presumpta o tàcita. Només se'n desprèn amb claredat que l'existència del signe apparent no és un *títol suficient*, però hauria hagut d'ésser més explícit a eradicar la insuficiència del signe unida amb altres indicis, cas que sí que havia estat rellevant per a alguna doctrina catalana, opinió que hem manifestat a «Régimen legal de las servidumbres y la vecindad en el derecho catalán», a Àngel L. REBOLLEDO VARELA (coord.), *Tratado de servidumbres*, p. 900.

69. Sobre la funció dels principis generals, vegeu Ferran BADOSA I COLL, *Manual de dret civil català*, p. 90.

derogat article 1.2 CDCC prioritzava la funció integradora de la tradició jurídica, però en limitava la funció per la coherència amb els principis generals.⁷⁰ I el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, posant en relleu l'aversió del dret català per la imposició de servituds per signe apparent, assenyala alhora el gruix de la tradició jurídica vàlida per a integrar el dret català. Tal com indica el paràgraf 10 del tercer fonament jurídic de la Sentència, «analitzats els antecedents històrics del dret català i el període posterior al dictat de la Compilació que s'inspira forçosament en aquells antecedents, suposaria una incoherència en el nostre sistema legislatiu admetre en el lapse temporal anterior a la vigència de la llei 13/1990 la servitud per destinació del pare de família, ja que no és justificable que en l'únic període en què no hi ha una regulació expressa, els operadors jurídics optessin per una integració de la qual se'n deriví la vigència d'una institució que no s'infereix dels antecedents jurídics ni s'ajusta a la regulació escrita immediatament posterior». Així, l'opció del legislador actual, en lloc de confirmar un canvi d'orientació, permet de reafirmar la continuïtat històrica. En efecte, «l'acceptació en el període concretat, en què hi manca regulació expressa, de la servitud per destinació del *pater familiae*, comportaria acceptar que en la matèria de què es tracta hi ha sagut una fractura legislativa abismal».⁷¹

En definitiva, en els casos nascuts mentre la Compilació era vigent, els principis també condicionaven el recurs a la tradició jurídica i n'evitaven les desviacions, ja fossin puntuals, ja semblessin interessades, casuals o raonables. Així, la Sentència esmenaria aquella referència de Maspons i Anglasell que sostenia la constitució tàcita de servituds en el signe apparent i que basava en la doctrina de Càncer, elevada a font del dret català.⁷²

Actualment, l'ordenament català ha volgut conjugar necessitat i continuïtat amb la intenció de no afavorir la imposició del gravamen. L'article 7 de la Llei 13/1990 ja va negar el valor de títol a la simple existència d'un signe apa-

70. Vegeu Pau SALVADOR CODERCH, *La compilación y su historia*, p. 389.

71. Vegeu la SAP de Girona de 25 de febrer de 1998, FJ 3r, que destaca la naturalesa continuista de l'article 7 LANSIRV: «De acuerdo con una solvente opinión doctrinal (Puig Ferriol), la posibilidad de entender que el art. 7 de la Llei 13/1990 podía aplicarse a situaciones nacidas con anterioridad a la vigencia de la norma, por cuanto el referido artículo no innovaría el derecho catalán, sino que atribuiría una concreta respuesta a la problemática que se había suscitado en Cataluña sobre la aplicabilidad del art. 541 C.c.»

72. També totes les matisacions sostingudes en el signe apparent, com ara l'aplicació matisada de l'article 7 LANSIRV en la partició hereditària (vegeu Lluís PUIG FERRIOL i Encarna ROCA TRIAS, «Consideraciones generales en torno al derecho de servidumbre según la ley catalana 13/1990, de 9 de julio, sobre acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad», *La Llei de Catalunya i Balears* [1992-1] p. 788-789, i *Institucions del dret civil de Catalunya*, p. 335).

rent de servitud. En aquell moment i vista la conflictivitat que despertava l'aplicació de l'article 541 CC a Catalunya, la declaració era necessària. L'article 8 de l'actual Llei 22/2001 (que, d'altra banda, reconeix clarament la servitud del propietari) barra el pas al títol tàcit derivat únicament d'una relació de servei apparent. Per tant, quan el propietari ven la finca servent o dominant i conserva l'altra (o ven les dues a persones diferents) i la relació de servei és simplement fàctica, cal imposar la servitud *nominatim* expressament en l'acte d'alienació.

4. LES REPERCUSSIONS RECENTS DE LA NOVA JURISPRUDÈNCIA

En iniciar aquest comentari destacàvem que, encara l'any 2003, nombroses sentències aplicaven l'article 541 CC a l'empara de la supletorietat del Codi civil. La STSJC de 2 d'octubre de 2003 manifesta l'evident interès cassacional del recurs i connecta amb la STSJC de 3 de febrer de 2000 (FJ 4t), que es planya d'haver d'entrar *obiter dictum* en un cas que no reunia els pressupòsits de fet de l'article 541 CC. Creada la jurisprudència contrària a l'aplicació supletòria de l'article 541 CC en dues sentències consecutives, el gir de la jurisprudència menor no pot fer-se esperar. Inexplicablement, la SAP de Barcelona 24/2004, de 29 de gener (AC 2004\762), no posa obstacles a l'aplicació de l'article 541 CC, supletori del que encara anomena *dret foral*.⁷³ No obstant això, les característiques del cas permeten entendre que la propietària comuna de les finques havia constituït voluntàriament la servitud amb els compradors en una data posterior a la venda, de manera que en realitat el supòsit cau fora de l'à bast de l'article esmentat. La SAP de Barcelona de 21 de gener de 2004 (JUR 2004\61794) tampoc no pressuposa cap obstacle a l'aplicació supletòria

73. FJ 2n: «En el caso que enjuiciamos, el documento en el que se declara la existencia de la servidumbre (aunque ahora lo califique su autora de “mera tolerancia”) se produjo en fecha muy anterior a la nueva legislación, debiendo entenderse de aplicación la Compilación, lo que, en la interpretación mencionada, significa que es aplicable el art. 541 que establece la posibilidad de constitución de la servidumbre por título. Si no existe discusión sobre la legislación aplicable (la del momento, anterior a 1990) en que se constituye la servidumbre, sí podría haberla respecto del valor supletorio que deba concederse al derecho civil común, habida cuenta de que en la Compilación no se contempla la posibilidad de que se constituya una servidumbre por título. Y es en ese punto en el que se produce la discusión, pues frente a lo que el juez de instancia afirma, esta Sala entiende que sí es supletorio del Derecho foral de aquel momento la legislación civil común, apreciación a la que coadyuva el hecho de que en la nueva se contemple específicamente la constitución de este tipo de servidumbres por títulos.»

de l'article 541 CC, tot i que reconeix que la qüestió és controvertida, però finalment no aplica el precepte perquè en el cas no concorrien tots els requisits necessaris. Encara aplica l'article 541 CC la SAP de Barcelona 478/2004, de 20 de juliol (FJ 3r, JUR 2004\217751).

En canvi, la SAP de Tarragona de 2 de març de 2004 (JUR 2004\119022) recull la nova jurisprudència i fa una referència explícita a les STSJC de 18 de novembre i 2 d'octubre. La Sentència hauria pogut optar per denegar la constitució per destinació del pare de família, ja que entén que es tractava d'un supòsit que no reunia els requisits necessaris. Però té el mèrit de no eludir l'antigament controvertida qüestió i d'invertir l'ordre lògic seguit fins ara. El seu fonament jurídic tercer indica: «[P]artiendo de la clara y rotunda doctrina jurisprudencial que instauran las referidas sentencias del TSJC, se impone la desestimación de la demanda y la estimación del motivo, no por el error invocado sino por inaplicabilidad del art. que sirve de base a la pretensión ejercitada.» Tot seguit, la resolució examina els pressupòsits del cas i destaca que hi mancaven els requisits esmentats de l'article 541 CC, ja que no quedaven acreditades ni la naturalesa ni la procedència del signe de servitud. En efecte, entén que en cap moment no es va rebatre l'aparença que el sistema de rec existent sobre diverses finques havia estat constituït després de separar-se'n la propietat. La servitud, doncs, mai no podia provenir de la destinació de la propietària originària, sinó d'una constitució voluntària a l'empara de l'article 536 CC, aplicable en aquell moment de manera supletòria, aspecte que la part interessada no va plantejar. També apreciem el gir jurisprudencial en la SAP de Barcelona 312/2004, de 10 de maig (JUR 2004\189901), que desestima explícitament l'al·legació de l'article 541 CC i apel·la a la doctrina legal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.⁷⁴

74. Vegeu-ne el FJ 3r: «La part demandada no va al·legar títol jurídic apte per justificar els signes aparents de servitud que precisament la part actora vol fer desaparèixer amb l'acció negatòria. És cert, com abans s'ha dit, que entre els fonaments jurídics va invocar l'article 541, mai l'usufruïció, que tampoc no esdevindria aplicable d'acord amb el que s'ha exposat, com també ho és que aquesta norma no era aplicable a Catalunya ni tan sols abans de la promulgació de la Llei 13/1990. Així ho ha proclamat el TSJC en sengles sentències (STSJC de 18.9.2003, 2.10.2003, 4.3.2004) que ja són doctrina legal sobre la qüestió.»

5. BIBLIOGRAFIA

- ADMETLLA I BALCELLS, J. «Servidumbres: alcance de los signos aparentes de las mismas tratándose de dos predios que han pertenecido á un mismo dueño». RJC, secció «Consultes», t. III (1897), p. 194-197.
- AMAT LLARI, Eulàlia. «Aplicabilidad del artículo 541 del Código civil y otras cuestiones. Comentario a TSJ Catalunya (civil) S 2/1990, de 5 de febrero». *La Llei* (1991-1), p. 51-59.
- «Comentario a la STS de 31 de enero de 1990». CCJC, núm. 22 (gener-març 1990), p. 291-297.
- BADOSA COLL, Ferran. *Manual de dret civil català*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2003.
- BARRAL VIÑALS, Immaculada. *La conflictivitat competencial: Dret civil*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics, 1995.
- BARTOLUS A. SASSOFERRATO. *In primam ff. veteris partem Comentaria*. Torí: apud Nicolaum Beuilaquam, 1574.
- BASSEGODA I MUSTÉ, P. J. *Consuetuts de la ciutat de Barcelona sobre les servituds de las casas e honoris, vulgarmente dites den Sanctacilia*. Barcelona: Imprenta Farré y Asensio, 1931.
- BIONDI, Biondo. *Le servitū*. Milà: Giuffrè, 1967. (Trattato di Diritto Civile e Commerciale; XII) [Col·lecció de monografies dirigida per A. Cicu i F. Messineo]
- BONET CORREA, José. *La constitución de servidumbres por signo aparente*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Junta de Estudios Económicos, Jurídicos y Sociales, 1970.
- «La inaplicabilidad de la constitución de servidumbres por signo aparente en Cataluña. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1976». ADC, t. XXXI, fasc. III (gener-març 1978), p. 193-200.
- BORRELL I SOLER, Antoni M. *Derecho civil vigente en Cataluña*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1944.
- BROÇÀ I MONTAGUT, Guillem M de. *Historia del derecho de Cataluña especialmente del civil y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*. Vol. 2. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1987. (Textos Jurídics Catalans; 1)
- CANCERIUS, Jacobus. *Variae resolutiones iuris caesarei et pontificii*. Lió: Sumpibus Ioannis Pillehotte, 1618.
- COMISIÓN DE JURISTAS PARA EL ESTUDIO Y ORDENACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE DERECHO FORAL DE CATALUÑA. *Proyecto de la Compilación del de-*

- recho civil especial de Cataluña, formado con arreglo a lo dispuesto en el Art. 6 de la Ley de Bases del Código Civil y en el decreto de 23 de mayo de 1947.* Barcelona: Altés, 1955.
- COMISIÓN DE JURISTAS PARA EL ESTUDIO Y ORDENACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE DERECHO FORAL DE CATALUÑA. *Anteproyecto de la Compilación del derecho civil especial de Cataluña, formado con arreglo a lo dispuesto en el Art. 6 de la Ley de Bases del Código Civil y en el decreto de 23 de mayo de 1947.* Barcelona: Casa Provincial de Caridad, 1952.
- COMISSION JURÍDICA ASSESSORA. «Dictamen 19/89 sobre l'Avantprojecte de llei de l'accio negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge». A: COMISSION JURÍDICA ASSESSORA. *Memoria 1989.* Barcelona: Generalitat de Catalunya, 1990.
- CONDEMINES VALLS, Francisco de A.; FAUS ESTEVE, Ramón. *Derecho civil especial de Cataluña: Ley de 21 de julio anotada.* Barcelona: Librería Bosch, 1960.
- CONSELL CONSULTIU DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA. *Dictàmens.* Barcelona: Generalitat de Catalunya, 1984.
- CORBELLA, Arturo. *Manual de derecho catalán.* Reus: Imprenta de Viuda de Viudiella y Pablo Casas, 1906.
- CORTIADA, Michaelis de. *Decisiones cancellarii & sacri Regii Senatus Cathaloniae.* T. IV. Venècia: Typographia Balleoniana, 1727.
- DURÁN Y BAS, Manuel. *Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña.* Barcelona: Imprenta de la Casa de Caridad, 1883.
- DURÁN Y BAS, Manuel. *Apéndice de derecho catalán al Código civil. Proyecto formulado antes de la promulgación del Código, por el eminent jurisconsulto Don Manuel Durán y Bas. Revisado y completado, después de información pública, por la actual Comisión constituida de acuerdo con el R.D. de 24 de abril de 1899.* Barcelona: Imprenta La Neotipia, 1930.
- ELÍAS, José Antonio; FERRATER, Esteban de. *Manual de derecho civil vigente en Cataluña.* Barcelona: Imprenta de Ramírez, 1842.
- FIGA FAURA, Lluís. *Manual de derecho civil catalán.* Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel. «Comentario a la STS de 6 de diciembre de 1976». RCDI (novembre-desembre 1978), p. 1266-1281.
- GIBERT, Vicente. *Teórica del arte de notaría, escrita en latín por D. Vicente Gibert y traducida al castellano por D. Eugenio de Tapia. Tercera edición ilustrada con notas de D. Félix María Falguera.* Barcelona: Manuel Saurí y Eudaldo Puig, Editores, 1875.
- GOTHOFREDUS, Dionysius. *Corpus Iuris Civilis Romani, cum notis integris Dionysii Gothogredi.* Leipzig: Sumptibus Johannis Frederici Gleditschii, 1740.

- GRAMUNT FOMBUENA, M. Dolors. «Reflexions al voltant de la temporalitat dels drets d'usdefruit, ús i habitació en el futur Codi patrimonial. Anàlisi del Projecte de llei de regulació dels drets d'usdefruit, ús i habitació». [Inèdit; comunicació no publicada de les XI Jornades de Dret Català a Tossa: L'Exercici de les Competències sobre Dret Civil de Catalunya (21-22 de setembre de 2000)]
- GUIARTE GUTIÉRREZ, Vicente. *La constitución voluntaria de servidumbres en el derecho español*. Madrid: Montecorvo, 1984.
- LAURENT, François. *Avant-projet de révision du Code civil, rédigé sur la demande du Ministère de Justice*. T. III. Brussel·les: A. Durand & Pedone Lauriel, 1883.
- LLÁCER MATACÁS, M. Rosa. «Régimen legal de las servidumbres y la vecindad en el derecho catalán». A: REBOLLEDO VARELA, Ángel L. (coord.). *Tratado de servidumbres*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002.
- *El título constitutivo de servidumbre en el artículo 541 del Código civil*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos Juan. *Los conceptos de «sustancia», «forma» y «destino» de las cosas en el Código civil*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1992.
- «Del artículo 149.1.8 de la Constitución al ordenamiento jurídico catalán: su reciente desarrollo en sistemas». *Derecho Privado y Constitución*, núm. 1 (1993), p. 125-149.
- MALUQUER VILADOT, Juan. *Derecho civil especial de Barcelona y su término*. Barcelona: Imprenta La Renaixensa, 1889.
- MASPONS I ANGLASELL, Francesc. «Fons de dret català. Recull de notes de doctrina aplicada o d'interpretació de regles de dret català extrems dels clàssics, cercant, entre les de major utilitat, les avalades per l'opinió comú i la jurisprudència dels Tribunals catalans». Núm. 104: «Subsistència d'una servitud». RJC, t. XXVII (1921-1922), p. 527-528.
- MELÓN INFANTE, Carlos. «Luces y vistas en la Compilación foral catalana». ADC, t. xv, fasc. I (gener-març 1962), p. 107-138.
- MIRAMBELL I ABANCÓ, Antoni. «Aplicació del dret català». A: INSTITUT D'ESTUDIS AUTONÒMICS; FACULTAT DE DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA; FACULTAT DE DRET DE LA UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA. *Comentaris sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya*. Vol. 1. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics, 1988.
- MUXACH VIÑAS, Eduardo. *Recopilación de las disposiciones del arte de edificar con arreglo al derecho de Cataluña*. Girona: Imprenta de Pablo Puigblanquer, 1888.
- ODOFREDUS. *In primam infortiati comentarii*. Lió, 1552.

- *In primam infortiati comentarii*. Bolonya: Forni Editore Bolognese, 1968. (Opera Iuridica Rariora) [Edició a cura de D. Maffei, E. Cortese i G. Rossi]
- PELLA I FORGAS, José. *Código civil de Cataluña, exposición del derecho catalán comparado con el Código civil español*. Barcelona: Librería de Agustín Bosch, 1917.
- *Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas: Examen especial de las Ordinaciones llamadas de Sanctacilia*. 2a ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1969.
- PERMANYER I AYATS, Juan J. *Proyecto de apéndice al Código civil*. Barcelona: Imprenta de la Casa Provincial de Caridad, 1915.
- PUIG FERRIOL, Lluís; ROCA TRIAS, Encarna. *Institucions del dret civil de Catalunya*. Vol. 1. València: Tirant lo Blanch, 1995.
- «Comentario a la STS de 21 de noviembre de 1985». CCJC (octubre-desembre 1985), p. 3107-3116.
- «Consideraciones generales en torno al derecho de servidumbre según la ley catalana 13/1990, de 9 de julio, sobre acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad». *La Llei de Catalunya i Balears*, vol. 1 (1992), p. 786-791.
- ROCA TRIAS, Encarna; PUIG FERRIOL, Lluís. *Institucions de dret civil català*. Vol. I. València: Tirant lo Blanch, 1998, p. 65 i 68.
- ROMANÍ I PUIGDENGOLAS, Francisco; TRÍAS I GIRÓ, Juan de Dios. *Ante-proyecto de apéndice al Código civil para el Principado de Cataluña*. Barcelona: Hijos de Jaime Jepús, 1903.
- RUBIO GIMENO, Gemma. *La venta de herencia*. Barcelona: Universitat de Barcelona; Madrid: Marcial Pons, 2003.
- SALVADOR CODERCH, Pau. «Constitución española, Compilación catalana y derecho supletorio». ADC, t. XXXVIII, fasc. III (juliol-setembre 1985), p. 745-764.
- *La compilación y su historia: Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1985, p. 388-389.
- TRISTANY, Bonaventura de. *Sacri Supremi Regii Senatus Cathaloniae Decisiones*. T. III. Barcelona: Typographia Raphaelis Figuero, 1701.
- VIVES I CEBRIÀ, Pedro Nolasco. *Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña, que no están derogados o no son notoriamente inútiles, con indicación del contenido de éstos y de las disposiciones por las que han venido a serlo, ilustrada con notas sacadas de los más clásicos autores del principado*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1989. (Textos Jurídics Catalans; 4) [Edició facsímil de la 2a edició de 1863]