

*Notes sobre la supressió de la
constitució de servituds per «destinació
del pare de família» i la seva possible
relació amb la «servitud de propietari»
(art. 7 de la Llei 13/1990, de 9 de juliol,
de l'acció negatòria, les immissions, les
servituds i les relacions de veïnatge)^{1*}*

IVÁN MATEO BORGE
Departament de Dret Civil
Universitat de Barcelona

Sumari: I. Introducció. II. Plantejament de la problemàtica actual. III. La supressió de la constitució de servituds per «destinació del pare de família». 1. Breu ressenya de la «destinació del pare de família» al dret català històric. 2. La situació anterior a la Llei 13/1990: la polèmica aplicació de l'art. 541 CC. 2.1. La jurisprudència i l'art. 541 CC. 2.2. La posició de la doctrina. 2.2.1. La posició negativa: l'opinió d'en BONET CORREA. 2.2.2. L'acceptació de l'aplicació de l'art. 541 CC a Catalunya. 2.2.3. La posició intermèdia. 3. El criteri de la Llei catalana: principals diferències entre l'art. 7 LANISRV i l'art. 541 del CC. IV. Breu exègesi de l'art. 7. 1. El signe aparent. 1.1. El seu concepte. 1.2. L'establiment del signe aparent. 1.3. La localització del signe. 2. L'art. 7 i la servitud en cosa pròpia. 3. El «títol» insuficient. La seva complementació. 4.

^{1*} Aquesta comunicació forma part de l'estudi realitzat per l'autor en la seva Memòria de llicenciatura sobre *La servitud de propietari a la llei 13/90, de 9 de juliol, del Parlament de Catalunya*, exposada i defensada públicament davant de Tribunal (President: Dr. Ricardo Panero Gutiérrez, 1r Vocal: Dr. Ferran Badosa Coll i 2n Vocal: Dra. M.^a Rosa Llácer Matacás) el dia 25 d'abril de 1997. S'ha realitzat en el marc del projecte DGES PB95-0270 (MEC) sobre Dret patrimonial immobiliari català.

Supòsits d'aplicació de l'art. 7 LANISRV. V. Conclusió: un nou tipus de servitud en cosa pròpia? VI. Bibliografia

I. INTRODUCCIÓ

No deixa d'ésser sorprenent que en els gairebé nou anys de vigència que porta la Llei 13/1990, de 9 de juliol, de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge (=LANISRV) (*DOGC*, núm. 1319, de 18 de juliol), la doctrina científica d'aquest país no hagi parat esment en un precepte, tan ple de bones intencions com d'equívocs, com és l'art. 7² del text legal de referència.

Diem això perquè precisament una de les coses que els juristes catalans estaven demanant impacientment era l'aclariment del tema de l'aplicació a Catalunya de l'art. 541³ del Codi civil (=Cc), ja que aquest últim era considerat un precepte totalment aliè al Dret català i a la tradició jurídica catalana. És conegut, que el Dret català s'inspira directament en les fonts romanes i també, que gairebé tothom està més o menys d'acord en el fet que el supòsit referit a la constitució de servituds per signe aparent no fou recollit per aquestes, com a conseqüència de la vigència del principi de llibertat de predis imperant en la regulació romana. Això no obstant, resulta una mica paradoxal que al mateix temps d'acomodar-se la legislació de servituds en aquest aspecte concret als precedents romans, d'una banda, s'hagi trencat radicalment amb aquests, de l'altra, amb la introducció de l'anomenada «servitud de propietari», que possibilitarà l'existència d'un dret real d'aquest tipus entre dues finques pertanyents a un mateix *dominus*, provocant la derogació de la regla, fins a aquest moment respectada, *nemini res sua servit*⁴.

² Art. 7 LANISRV: «L'existència d'un signe aparent de servitud entre dues finques pertanyents a un únic propietari no es considera, si se'n transmet una, títol suficient perquè la servitud continuï si en l'acte d'alienació no es disposa així».

³ Art. 541 Cc: «La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura».

⁴ I. 2, 4, 3: «...finitur ususfructus... Si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur»; D. 7, 6, 5 pr: «Uti frui ius sibi esse solus potest intendere,...

Les dues grans novetats que ens interessan d'aquesta llei i sobre les quals girarà el present article, ja han estat posades de manifest en aquestes breus paraules d'inici:

- 1) L'establiment d'un article (art. 7 LANISRV) que evitarà que el precepte del Codi (art. 541 Cc) sigui aplicat a Catalunya⁵ i provocarà la desaparició del supòsit de constitució de servituds per «destinació del pare de família», i
- 2) La introducció de la servitud en cosa pròpia, també coneguda com a «servitud de propietari»⁶. L'admissió d'aquesta figura es produeix des de tres bandes:

qui habet ususfructum; dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi, fruendi ius separatim non habet. Nec enim potest ei suus fundus servire...»; D. 8, 2, 26: «In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quidquam invito altero potest, neque prohibere, quo minus alter faciat; nulli enim res sua servit...»; D. 8, 2, 30: «Si quis aedes, quae suis aedibus servant, quum emisset, traditas sibi accepit, confusa sublatataque servitus est; et si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est, alioquin liberae veniunt»; D. 8, 3, 33, § 1: «...quamvis nullum praedium ipsum sibi servire, neque servitutis fructus constitui potest»; D. 8, 4, 10: «Quidquid venditor servitutis nomine sibi recipere vult, nominatim recipi oportet; nam illa generalis receptio: quibus est servitus, utique est», ad extraneos pertinet, ipsi nihil prospicit venditori ad iura eius conservanda, nulla enim habuit, quia nemo ipse sibi servitutem debet; quin imo et si debita fuit servitus, deinde dominum rei servientis pervenit ad me, consequenter dicitur, extingui servitutem»; D. 8, 6, 1: «Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit»; D. 23, 3, 78: «Quum in fundo mariti habens mulier ususfructum dotis causa eum marito dedit, quamvis ab ea ususfructus decesserit, maritus tamen non ususfructum habet, sed suo fundo quasi dominus utitur, consecutus per dotem plenam fundi proprietatem, non separatam usufructu...».

⁵

⁶

Preàmbul § 6e («S'admet, també, la servitud de propietari i es coordina la regulació de les vicissituds civils i hipotecàries d'aquesta...»); art. 4.1.1 («La servitud és un dret real que grava parcialment un immoble en benefici d'un altre») i 17 («La servitud no s'extingeix pel sol fet que s'arribin a reunir en una sola persona les propietats dels predis dominant i servent, però l'interessat pot manifestar la seva voluntat d'extingir-la i d'obtenir-ne la cancel·lació registral») LANISRV. L'admissió d'aquest dret real de característiques tan especials és conseqüència directa de l'acceptació i recepció de la doctrina germànica dels drets reals sobre cosa pròpia: els Ordenaments civils alemanys i suïssos accepten la possibilitat d'existència de la «servitud de propietari». Així, el Codi civil alemany (=BGB) defineix la servitud predial prescindint del requisit d'alienitat de predis. És a dir, podrà existir una servitud entre dues finques que pertanyin al mateix propietari § 1018 BGB: «Ein Grundstück kann zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstück in der Weise belastet werden, da- dieser das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf oder da- auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen oder da- die

a) En primer lloc, se suprimeix del concepte general del dret de servitud l'al·lusió subjectiva al titular del dret real, és a dir, s'estableix una definició objectiva, com a relació entre finques, que no vol fer referència als subjectes que necessàriament estan implicats en la relació jurídica. Així podrà existir una servitud entre dues finques que tinguin propietaris diferents, així com entre dues que siguin d'un mateix titular⁷ (art. 4.1.I LANISRV).

b) Posant en relació l'art. 4.1.I amb l'art. 6³ LANISRV, res no impedeix que un propietari de dues finques pugui establir unilateralment entre aquestes una relació de servitud, l'exercitabilitat de la qual es

Ausübung eines Rechtes ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück dem anderen Grundstück gegenüber ergibt (Grunddienstbarkeit)»]. Al mateix temps s'exclou la consolidació d'entre les causes que provoquen l'extinció del dret (§ 889 BGB: «Ein Recht an einem fremden Grundstück ertischt nicht dadurch, da- der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt»). Aquestes idees també són recollides pel Codi civil suts als seus art. 730 («La servitude est une charge imposée sur un immeuble en faveur d'un autre immeuble et qui oblige le propriétaire du fonds servant à souffrir, de la part du propriétaire du fonds dominant, certains actes d'usage, ou à s'abstenir lui-même d'exercer certains droits inhérents à la propriété») i 735 («Lorsque les deux fonds sont réunis dans la même main le propriétaire peut faire radier la servitude. La servitude subsiste comme droit réel tant que la radiation n'a pas eu lieu»). Aquest últim Codi dona un pas vers el reconeixement de la servitud finques pròpia en acceptar expressament la possibilitat que un propietari de dues finques pugui establir, per la seva declaració de voluntat unilateral, una servitud entre elles (art. 733: «Le propriétaire de deux fonds a le droit de grever l'un de servitudes en faveur de l'autre»).

D'aquesta manera la Llei catalana es desmarca de la majoria de codis europeus, que encara avui respecten la regla *nemini res sua servit*, exigint el requisit d'alienat dels predis com integrant del mateix concepte del dret de servitud. Vegeu l'art. 637 Cc francès («...appartenant à un autre propriétaire»), l'art. 530 Cc espanyol («...pertenciente a distinto dueño»), l'art. 1027 Cc italià («...appartenente ad altro proprietario») i l'art. 1543 Cc portuguès («...pertencente a dono diferente...»).

Art. 6 LANISRV: «Les servitudes es constitueixen per títol...». El precepte es refereix al negoci jurídic que tindrà com a resultat la creació d'un dret real de servitud. Com a tal negoci, no existeix cap obstacle perquè aquest sigui unilateral. Sobre el concepte de títol, vegeu la STS de 2 de juny de 1969 (RJA 1969/3191) que al seu Cdo. 2n aclareix que s'ha d'entendre per títol qualsevol acte jurídic, ja sigui onerós o gratuït, entre vius o de darrera voluntat, la forma del qual ha d'estar en relació amb la materialitat de l'acte. En aquest mateix sentit, vegeu les SSTs de 26 de juny de 1981 (RJA 1981/2614, Cdo. 2n), de 21 d'octubre de 1987 (RJA 1987/7306, Ft. 2n), de 23 de juny de 1995 (RJA 1995/4980, Ft. 4t), de 24 de febrer de 1997 (RJA 1997/11193, Ft. 3r) i la STSJC de 13 de desembre de 1990 (RJA 1992/2579, Ft. 2n).

produirà en el moment en què se separin els dominis, mantenint-se latent la servitud en el període d'unió de propietats.

c) Per últim, s'elimina la consolidació d'entre les causes que donen lloc a l'extinció del dret real (art. 13 LANISRV). Com a conseqüència d'això, una servitud preexistent entre dos predis pertanyents a propietaris diferents es mantindrà encara que les propietats d'aquells arribin a coincidir en un mateix subjecte (art. 17 LANISRV).

Totes dues innovacions, tot i ser en principi independents, gaudeixen d'una íntima i, inclús, podríem dir d'una desgraciada relació, que pot provocar algunes dificultats quan els analistes i aplicadors del Dret intenten donar una interpretació justa als termes de l'art. 7 LANISRV.

II. PLANTEJAMENT DE LA PROBLEMÀTICA ACTUAL

L'art. 7 LANISRV estableix una regulació que fa referència al supòsit de constitució de servituds per signe aparent conegut tradicionalment com a constitució per «destinació del pare de família», és a dir, se'ns presenta un supòsit referit als casos en els quals el propietari de dos predis estableix una relació de servei entre els dos, de tal manera que, en separar-se la propietat d'un no cessa l'estat de fet aparent pel qual un predi es subjecta a la utilitat de l'altre. El problema fonamental que plantejava la «destinació» era el de veure si l'estat de fet (servitud material) creat pel propietari comú es convertia en un estat de dret (servitud jurídica) en el moment de separació de les propietats; a partir d'aquí sorgeixen dos criteris oposats: el de l'art. 541 Cc⁹ que reconeix la

⁹ L'article del Cc recull la tradició francesa important els preceptes del Code. Aquest estableix la «destinació del pare de família» a tres articles: 692 («La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes»), 693 («Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude») i 694 («Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur fonds aliéné»). Fou la comissió redactora del projecte de Cc de 1851 la que va recollir el supòsit al seu art. 540, precepte que, després, serà pres per la comissió codificadora del 1888 tot situant-lo a l'art. 541 Cc.

possibilitat de creació d'una servitud en virtut del signe aparent, i el de la Llei catalana (art. 7 LANISRV) que, en principi, sembla acollir la solució contrària.

L'article del text català, però, no està pas exempt de problemes. L'aparició de la discussió que volem posar de manifest es produeix quan analitzem l'altra gran novetat de la Llei 13/1990: la «servitud de propietari». Quin és el problema que pot aparèixer quan relacionem l'art. 7 LANISRV amb la possible existència d'una servitud en cosa pròpia? La clau de la qüestió es troba al voltant dels termes de l'art. 7 «continui» i «títol suficient». Una visió sistemàtica de la regulació de produir la diferenciació de dos tipus de títols: un títol d'eficàcia plena, «constitutiu», o de creació *ex novo* del dret (art. 6 LANISRV), i un preexistent (art. 7 LANISRV: «... no es considera... títol suficient perquè la servitud continuï si en l'acte d'alienació no es disposa així»). Formulada la qüestió en altres paraules: un article que en principi va estar pensat per solucionar un problema de constitució de servituds, exclouent-la, pot transformar-se en un precepte que es dedica més aviat a la continuació d'un dret real preconstituït si atenem a la possible existència d'una servitud jurídica entre dues finques que pertanyen a un mateix subjecte.

D'altra banda, és cert que a primera vista i contra aquest plantejament es podria sostenir la seva possible falta d'interès pràctic, que tan se val si la servitud es constitueix amb la separació de dominis o ja s'havia constituït prèviament mentre les propietats estaven sota una mateixa mà, atès que el seu exercici només es podrà materialitzar efectivament quan siguin diferents els propietaris de les finques objecte d'un dret de servitud¹⁰. Però només cal que ens fixem en un supòsit en el qual les conseqüències serien ben diferents depenent del moment en el qual entenguem constituïda la servitud, per tal de negar la qualificació de la qüestió de merament teòrica: ens referim al cas d'una hipoteca imposada sobre un dels predis mentre un mateix subjecte era titular de dues

¹⁰ Això resulta evident, ja que mentre estem a la fase de dominis reunits, el propietari de les dues finques les gaudeix i utilitza en virtut del seu dret de propietat que li confereix totes les facultats, inclosos les que formen part del contingut de la servitud (art. 348 Cc). Des d'aquest punt de vista diem que el dret real que analitzem és inexercitable en aquesta fase d'unió de propietats.

finques entre les qual s'havia establert una relació aparent d'utilitat i servei: si s'entén que la servitud preexistia (dominis reunits), l'execució de la finca hipotecada no comportarà l'extinció de la servitud, cosa que succeirà en el cas d'entendre que la servitud només podia sorgir quan es produís la separació de propietats.

III. LA SUPRESSIÓ DE LA CONSTITUCIÓ DE SERVITUTS PER «DESTINACIÓ DEL PARE DE FAMÍLIA»

Com ja hem posat de manifest, la supressió d'aquesta forma de constitució de servitud va obeir a un intent de posar fi a una vella discussió produïda en el nostre entorn al voltant de l'aplicació de la figura a Catalunya. La qüestió no ha estat mai pacífica, tot i que les fonts romanes no van conèixer aquesta especial forma de constitució¹¹, fins que els comentaristes així la van concebre¹². Tot i així, dins de la nostra

¹¹ Aquesta afirmació ha estat discutida per la doctrina: RIZZI (*Tratado de Derecho privado romano*, Buenos Aires, 1936, p. 329) estimà que mai es va parlar al Dret romà de la servitud constituïda per «destinació del pare de família». En canvi, sí que admeten la seva existència al *Corpus*, entre d'altres, BONFANTE, P. *Institutiones de Derecho romano*, traducció de la 8.ª ed. italiana per L. BACCI i A. LARROSA, Madrid, 1929, p. 342; BIONDI, B. *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, 1965, p. 303; D'ORS, A. *Derecho privado romano*, Pamplona, 1991, p. 253. RICCIBONO [*La destinazione del padre di famiglia*], a *Riv. it. sc. giur.*, 21, 1896, p. 380, (cit. per GROSSO a «In tema di costituzione tacita di servitù», a *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano «Vittorio Scialoja»*, 1934, p. 326)] aclareix que la construcció va ser totalment estranya pel Dret clàssic, apareixent a la compilació de Justinia, tesi criticada per GROSSO (vegeu ob. loc. cit. supra, p. 327) que va sostenir l'existència d'un precedent al Dret clàssic.

¹² BONET CORREA (*La constitución de las servidumbres por signo aparente. La «destinación del padre de familia»*, CSIC, Madrid, 1970, pp. 4 i 33 a 35), tot seguint a BUSSI [*La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune (diritti reali e diritti di obbligazione)*], a *Studi di Diritto privato italiano e straniero*, MARIO ROTONDI (Dir.), Vol. 27e, Pàdua, 1937, p. 115], opina que la constitució de servitud per «destinació del pare de família» és una creació duta a terme pel Dret comú. La situació de destinació realitzada pel propietari de dues finques no va suposar una forma de constitució de servituds fins que així ho va concebre BARTOLO [ad l. «*Qui duas*», D. «*De servitute legata*» (D. 33, 3, 1) in *Secunda super Infortiato*, Augustae Taurinorum, 1574, fol. 74 r., col. 1, núm. 1]. Al Dret romà, la constitució de servituds s'havia de fer d'una manera expressa (*nominatim imponenda*), tot produint-se el fenomen de la confusió quan les finques pertanyien a un mateix propietari (*nemini res sua servit*). La tesi esmentada de BONET CORREA resta reforçada pel fet que

tradició jurídica podem trobar alguns autors que en determinats supòsits puntuals, han recorregut a aquesta interpretació.

1. Breu ressenya de la «destinació del pare de família» al dret català històric

El supòsit referent al signe aparent de servitud establert entre dos predis pertanyents al mateix propietari fou ja tractat pel CÀNCER¹³. El cas que se li va plantejar és el següent: succeï que un individu posseïa dues cases contigües i tota l'aigua d'una anava a parar a l'altra. Aquest subjecte va vendre aquesta última, advertint el comprador dels canals que dirigien l'aigua. Algun temps després, el primer titular va vendre també la casa que obtenia el benefici. El primer comprador, la finca del qual rebia les aigües, exercitè l'acció negatòria de servitud demanant que s'alliberés el seu predi de tal gravamen. El jurista, a partir de la «destinació del pare de família», va defensar l'existència de servitud des de la venda de la primera finca, basant-se en el fet que aquest dret real tenia una causa contínua i permanent i que el comprador en tenia coneixement¹⁴. Legalment es fonamentà en la llei *binas* del Digest «de

un dels texts castellans amb més puresa romanista obvià aquesta forma de constitució de servituds. Ens referim a les Partides, recopilació que va acollir la recepció del Dret romà, confirmant la regla *nemini res sua servit* (Part. 3, 31, 13) i el principi de la confusió, tot impedit que servituds anteriorment existents revisquessin quan els predis que les devien pertanyessin a un mateix propietari, i també que, si es produïa una nova separació de les propietats de les finques, la servitud s'entengués transmesa tàcitament (Part. 3, 31, 17). En el mateix sentit, vegeu VILLEQUEZ «De l'établissement des servitudes par la destination du père de famille dans l'ancien et le nouveau Droit. Interprétation de l'article 694 du Code Napoléon», a *RHDDE*, T. V, 1859, p. 197; BIONDI, B. *Las servidumbres*, traducció espanyola amb extenses anotacions de Dret espanyol comú i foral de GONZÁLEZ PORRAS, J. M.^a, Madrid, 1978, p. 654.

¹³ *Variarum resolutionum iuris caesarei pontificii, et municipalis principatus Cathaloniae*, Barcelona, 1608, Part 3.^a, Cap. IV «de servitutibus», núm. 2 i s., p. 73 r.

¹⁴ «...Respondi quod... tacite actum fuisse inter partes censeri, ut domus remaneat venditori, iure servitutis dictum onus recipiendi dictam aquam subire teneretur. Et similiter cum emptor posterior alterius domus, vidisset tempore emptiois, dictam dicta sua domus, in dicto aquae ductus serviret alteri domui... si nihil de illo onere habens causam continuam, & permanentem, tacite videri inter partes actum, quod stet, ut stabant cum fuit vendita...». Vegeu CÂNCERUS, I. *Variarum resolutionum*..., loc. cit. *supra*, núm. 4 i 5.

servitutes urbanorum praediorum» i en el comentari de Pau de Castro al D. 39, 3, 47. El supòsit serà recordat per la doctrina¹⁵ com un exemple de l'existència i aplicació de la teoria de la «destinació» a Catalunya.

PELLA i FORGAS¹⁶ assegurà que els signes aparents com a demostració de l'existència de la servitud tenien la seva sanció a l'ordinació 59 de les *Consuetuds de la ciutat de Barcelona*, sobre las *servituts de las casas, e honors vulgarment dites den Sanctacília*. L'ordinació a la quales refereix s'intitolava «*QUE SERVITUT AMAGADA SIE DENUNTIADA AL COMPRADOR*», i el seu contingut era el següent: «*Encara, que tot hom que vena casas ó albercs soferrà á son vehi, que la servitut sie cuberta, ó amagada, e que no la puxa hom veure e si no ho denuncia haurá star á dita de aço que menys valega per aquella servitut á coneguda de personas expertas*». L'ordinació preceptua que qui vengui cases, tindrà la càrrega de manifestar al comprador les servituds ocultes o amagades que sobre ella gravitin i que no hagin pogut ser advertides per aquest. Si no s'acompleix amb la comunicació, haurà de reduir-se el preu de venda en funció del desmèrit que es produeixi pel dret real. El precepte es refereix a la transmissió d'una finca servent amb una servitud oculta, establint-se l'obligació de sanejament per gravàmens ocults; llegit a. c., s'entén que en els casos de servituds que puguin ser advertides pel comprador —aparents—, no serà necessària la manifestació del venedor de què parla la primera part, doncs l'aparença ja substitueix l'avís que ha de fer qui transmet.

A l'àmbit judicial, cal dir que els Tribunals van ser proclius a l'aplicació de la figura al territori català abans de l'entrada en vigor del

¹⁵ Entre d'altres, VIVES Y CEBRIÀ, P. N. *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*, Vol. 2n, edició facsimil del text de 1832, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona, 1989, p. 155, nota a peu núm. 10 i p. 170, nota a peu núm. 30 i f.; MASPONS I ANGLASELL, F. «Fons de Dret català. Recull de notes de doctrina aplicada o d'interpretació de regles de Dret extretes 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», a *RJC*, 1921-1922, pp. 526 i 527; PELLA I FORGAS, J. *Tratado de las relaciones y servidumbres entre fincas. Examen especial de las Ordenaciones llamadas de Sanctacília*, Barcelona, 1969, p. 122; LLACER MATACAS, M.^a R. *El título constitutivo de servidumbre en el artículo 541 del Código civil*, Barcelona, 1996, pp. 75 i 113.

¹⁶ *Tratado de las relaciones y servidumbres...*, ob. cit., p. 122.

Cc. El Tribunal Suprem en la seva Sentència de 7 de juny de 1883¹⁷, entenen que quan se separaven dos predis que entre si es prestaven serveis establerts pel propietari d'ambdós, si no s'establí una manera de gaudir diferent en el contracte, es considerava subsistent la servitud necessària per a mantenir la mateixa situació anterior a la separació de dominis. El Tribunal declarà que la Part. 3, 31, 14 no s'oposava a aquest parer, incoherent en una fonamentació errònia, ja que aquest cos legislatiu no era aplicable a Catalunya.

Éssent vigent el Cc, s'ha produït la discussió al voltant de la possible aplicació del seu art. 541 a Catalunya. El debat s'ha mantingut fins els nostres dies amb l'entrada en vigor de la Llei 13/1990; anem a veure l'evolució d'aquesta polèmica que ha repercutit tant a l'àmbit jurisprudencial com al doctrinal.

2. La situació anterior a la Llei 13/1990: la polèmica aplicació de l'art. 541 CC

L'article 7 LANISRV posa fi, d'una vegada per sempre, a la discussió existent a la doctrina i la jurisprudència sobre l'aplicació de l'art. 541 CC en el territori català. La Llei 13/1990 ha optat per un criteri contrari a l'establert al precepte del Codi en relació al signe aparent de servitud que tant tribunals com juristes indicaven com aplicable a Catalunya.

2.1. La jurisprudència i l'art. 541 CC

Des de la promulgació del Cc, la jurisprudència aplicarà l'art. 541 d'aquest cos legal, prescindint del fet que contravenia allò disposat pel Dret romà (presumpció de llibertat de predis)¹⁸, violentant d'aquesta manera la tradició jurídica catalana¹⁹.

¹⁷ *Jurisprudència civil*, T. LII, núm. 194, pp. 232 i s.

¹⁸ La Compilació de Dret civil especial de Catalunya de 1960 (=CDCEC) féu algun esment al principi romà de llibertat de predis. L'art. 343, en referir-se a la possibilitat d'usucapció de servituds, establí el començament de la prescripció per a «les negatives i les no aparents, des que es realitzin actes oposats a la llibertat del domini del predi servent...». No obstant això, el Codi de 1889 introduí a Espanya la doctrina contrària (art. 541), la qual fou aplicada a Catalunya per la jurisprudència posterior —pre i postcompilatòria—. Vegeu les SSTs de 31 de març de 1902 [*Jurisprudència civil*, T. XCIII (1r de 1902), núm. 91, Cdo. 4t], de 29 de maig de 1911 [*Jurisprudència civil*, T. CXXI (2n de 1901),

La jurisprudència més recent ha optat per criteris diferenciats. Així, les SSAT (Barcelona) de 18 de desembre de 1975 i 15 de març de 1977 es van decantar per la inaplicabilitat²⁰, la STS de 10 de desembre de 1976 (RJA 1976/5255) s'inhibí del problema, mentre que la STS de 31 de gener de 1990 (RJA 1990/108) afirmà clara i expressament l'aplicació de l'art. 541 Cc en el nostre territori²¹. També el Tribunal Superior de Justícia de

núm. 83, Cdo. 1r] i de 29 de desembre de 1914 [*Jurisprudència civil*, T. CXXXI (3r de 1914), núm. 209, Cdo. 4t].

²⁰ SAT (Barcelona) de 18 de desembre de 1975 (RJC 1975-IV, núm. 39): «*tal forma o medio de nacimiento y adquisición de las servidumbres de luces y vistas que el Código civil establece en su artículo 541 no es aplicable como derecho supletorio en Cataluña, pues la Compilación y la Tradición jurídica catalana exigen para ello el convenio expreso por voluntad manifestada a través de signos adecuados y directos*». En el mateix sentit es pronuncia la SAT (Barcelona) de 15 de març de 1977 (RJC 1977-II, núm. 26), que es decideix per negar l'aplicació del precepte en discòrdia establint el fonament en dos arguments: el primer es refereix a les fonts romanes, Dret supletori a Catalunya. El Tribunal adueix el D. 8, 2, 30 («*Si quis aedes, quae suis aedibus servient, quum emisset, traditas sibi accepit, confusa sublatque servitus est; et si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est, alioquin liberac veniunt*») i D. 8, 4, 7 («*In tradendis unis aedibus ab eo, qui binas habet, species servitutis exprimenda est, ne, si generaliter servitute dictum erit, aut nihil valeat, quia incertum sit, quae servitus excepta sit, aut omnis servitus imponi debeat*»), com a indicatius de la falta de tradició de la constitució de servituds per signe aparent. Com a segon argument, cita la Sala l'art. 343.1 Cc («*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en la leyes*»). A partir d'aquí, estableix la resolució: «*constituyendo el artículo 541 de dicho Código una evidente restricción del dominio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en numerosas sentencias tiene reiteradamente declarado: que las disposiciones de carácter restrictivo o limitativo, no pueden extenderse a más casos o personas que a las taxativamente comprendidas en ellas, por tanto ante la falta de un precepto similar en la Compilación, no puede aplicarse como supletorio, porque si el legislador de la Compilación con cabal conocimiento de la restricción dominical contenida en el artículo 541, no quiso imponerla expresamente al regular la servidumbre... tampoco puede entenderse que quisiera hacerlo tácitamente, porque se lo veda la transcrita doctrina jurisprudencial*». Vegeu també la SAT (Barcelona) de 22 de gener de 1981 (RJC 1981-II, núm. 30).

²¹ FJ 2n: «*Ha de tene-se 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 de Derecho civil especial de Cataluña, aprobada por Ley 40/1960, de 21 de julio, es aplicable en dicho territorio foral el mandamiento del artículo 541 del Código civil según puede seguirse de la lectura del artículo 1 de la Compilación en su redacción originaria y en la dada por la Ley de 20 de marzo de 1984, en relación con la Disposición Final cuarta de este último texto legal*». Segons l'última part del Fonament jurídic, l'art. 541 no s'oposa en cap moment a la tradició jurídica i als principis inspiradors i informadors de l'Ordenament Jurídic català. En aquesta línia vegeu: SSAT (Barcelona) de 15 d'abril de 1987 (RJC 1987-III, núm. 47), de 22 de gener de 1988 (RJC 1988-II, núm. 54, FJ 6e) i de 24 de maig de 1989

Catalunya ha admès de forma implícita²² l'aplicació del polèmic precepte en les seves Sentències de 5 de febrer de 1990²³ (RJA 1992/2574) i 9 de novembre de 1992²⁴.

2.2. La posició de la doctrina

Entre la doctrina existiren dues posicions: una de negativa —no aplicació del 541 Cc— i una altra de positiva —aplicació de la regulació del Cc—. A aquests dos extrems se'ls va afegir un tercer intermig: l'art. 541 és aplicable a Catalunya però el concepte de signe aparent del precepte és diferent al territori català.

(RJC 1989-IV, núm. 38, FJ 4t.2). Vegeu també les SSAP (Barcelona) de 30 de setembre de 1989 (RJC 1990-I, núm. 36, FJ 3r: «ofrece mayor complejidad y posibilidad de discusión el punto relativo a la aplicación en Cataluña del artículo 541 del Código civil; ahora bien, dado que nuestra conclusión es positiva... nos limitaremos a justificarla con brevedad, indicando que, si bien no existe una completa unanimidad de opinión entre los comentaristas y también parece negarla alguna sentencia de esta Audiencia [22 de enero de 1981], sin embargo la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la mayoritaria de esta propia Audiencia, se inclinan por la aplicación del artículo 541 como puede verse en las sentencias de la Sala 2.ª de 24 de mayo de 1982 y de la Sala 3.ª de 15 de abril de 1987»), de 16 de junio de 1992 (RJC, 1992-IV, núm. 46, FJ 3r: «La nueva regulación que... sigue la tesis contraria a la que prevé el art. 541 del Código civil, viene en este sentido a confirmar la ausencia de normas propias anteriores en esta materia y por ende a la supletoriedad del Código civil para aquellos casos en que la reciente normativa no sea aplicable»), de 22 de julio (RJC 1994-IV, núm. 26, FJ 4t) i 14 d'octubre de 1994 (RJC 1995-I, núm. 16, FJ 5è), en la que s'afirma l'aplicabilitat de l'art. 541 Cc deguda a la creació de la relació jurídica sota la legislació anterior. En el mateix sentit, vegeu la SAP (Tarragona) de 5 de març de 1997 (AC 1997/831, Ft. 1r) i la SAP (Lleida) de 15 de gener de 1998 (AC 1998/104, Ft. 2n). Es qualifica l'admissió d'implícita ja que, tot i que admet la constitució per «destinació del pare de família» al nostre territori, no l'aplica als casos concrets presentats per manca de concurrència dels requisits exigits.

22

²³ Vegeu AMAT LLARÍ, M. E. «Aplicabilidad del artículo 541 del Código civil y otras cuestiones (Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 2/1990, de 5 de febrero)», a *La Llei de Catalunya i Balears*, T. 1991-I, pp. 52 i s.

²⁴ PUIG FERRIOL, L. *Jurisprudència civil del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya*. (1989-1992), Departament de Justicia, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1994, núm. 46, FJ 4t.

2.2.1. La posició negativa: l'opinió d'en BONET CORREA

La postura negatòria de l'aplicació del 541 Cc en el nostre país fou minoritària i el seu més enèrgic defensor, BONET CORREA²⁵. L'autor titula el segon apartat del seu comentari «*La ausencia de constitución de servidumbre por signo aparente según la tradición jurídica catalana y la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*», i inicia el desenvolupament de l'exposició d'una forma que exclou qualsevol tipus de dubte: «*La constitución de servidumbres por signo aparente, también conocida por la doctrina civilista como «destinación del padre de familia» es una modalidad extraña, no sólo a la tradición jurídica del Derecho castellano y español, hasta el Código civil, sino a la del Derecho histórico y vigente en Cataluña*»²⁶. El motiu d'aquesta afirmació: a Catalunya només es va tenir en compte el Dret romà clàssic i justinianeu que exigia la constitució de servituds d'una manera expressa i no la doctrina dels comentaristes que foren els que, en definitiva, començaren a entreveure i construir la figura²⁷.

2.2.2. L'acceptació de l'aplicació de l'art. 541 CC a Catalunya

La postura que acceptarà l'art. 541 Cc com un precepte que gaudeix d'una perfecta aplicació a Catalunya serà la dominant a la doctrina precompiladora. Així, entre d'altres, ADMETLLA I BALSELLS²⁸,

²⁵ «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. I, 1978, pp. 193 i s.

²⁶ En la mateixa línia vegeu AMAT LLARÍ, M. E. «Aplicabilidad...», ob. loc. cit., p. 52; CASALS COLLDECARRERA, M. (*El derecho real de servidumbre, según los principios del Derecho foral de Cataluña*, Barcelona, 1941, pp. 15 a 18), mantingué aquesta posició matisadament. L'autor partí de la base d'excloure l'aplicació de l'art. 541 Cc entenent que «la realidad de la práctica jurídica consagra el criterio estrictamente contrario que en el Derecho español común corresponde al artículo 541 del Código civil... que, como sabemos muy bien, no es de aplicación en Cataluña, puesto que rigen las disposiciones romanas». Nogensmenys, acabarà admetent la forma proposada de constitució de servituds establint la seva validesa per la via consuetudinària.

²⁷ Seguint la postura mantinguda per BONET CORREA, J. a *La constitución de las servidumbres...*, ob. cit. supra.

²⁸ El Lletat del Col·legi de Barcelona en enmetre un dictamen sobre una qüestió que se li planteja admet la seva conformitat amb què l'art. 541 Cc no regeix a Catalunya. Això no obstant, es cènxeix a la doctrina jurisprudencial que, fonamentant-se en la naturalesa dels fets, afirma que ha d'estar-se a allò que de l'ús i gaudi dels respectius

ROMANÍ Y PUIGDENGOLAS i TRIÁS Y GIRÓ²⁹, CORBELLA Y PASCUAL³⁰, PERMANYER Y AYATS³¹, MASPONS I ANGLASELL³², PELLA I FORGAS³³ i BORRELL I SOLER³⁴. La doctrina posterior a la consumació del procés compilador, gairebé no s'ha pronunciat, si bé roman entre ells l'acceptació de l'aplicació. FIGA FAURA³⁵ l'admet en parlar de la possibilitat de constitució de servituds per presumpció de la voluntat de l'amo. MELÓN INFANTE³⁶ té tan clara l'aplicació del

predis resulti, això és, a l'estat de fet que se'n deriva del mode com reciprocament serveixen les finques, sempre i quan no es pacti una altra cosa. En el primer cas — absència de pacte — es convertirà el signe aparent en títol de servitud. Recolza la seva decisió en una sèrie de sentències del Suprem: SSTs de 14 de setembre de 1867, 10 de juliol de 1880, 7 de juny i 7 de novembre de 1883, de 21 d'octubre de 1892 i de 26 de juny de 1893. Vegeu «Servidumbres: alcance de los signos aparentes de las mismas tratándose de dos predios que han pertenecido a un mismo dueño», Secció de consultes, a *RJC*, T. III, 1897, p. 196.

²⁹ Els autors admeten l'aplicació de l'art. 541 Cc a l'art. 275 del seu Avantprojecte d'Àpèndix al Codi civil pel Principat de Catalunya (1903): «*Son aplicables a Cataluña los artículos...538 al 545 del Código civil*».

³⁰ *Manual de Derecho catalán*, Reus, 1906, p. 453.

³¹ L'art. 573 del seu Projecte d'Àpèndix al Codi civil (1915) copia l'art. 541 Cc, demostrant la conformitat de l'autor pel que fa a la seva aplicació a Catalunya.

³² «Fons de Dret català...», *ob. loc. cit.*, pp. 526 i 527.

³³ L'autor estableix que els signes aparents es consideraran proves de l'existència de servituds. Vegeu *Tratado de las relaciones y servidumbres...*, *ob. cit.*, p. 122. En el mateix sentit es pronuncia BROCA I MONTAGUT, G. M.^a *Historia del Derecho de Cataluña especialmente del civil y exposición de las instituciones del Derecho de del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia* Vol. 2n, edició facsimil del text de 1926 (?), Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona, 1987, pp. 93 i 96.

³⁴ L'autor es qüestiona si els signes aparents establerts entre dos predis pertanyents al mateix propietari constituïran una servitud en el moment en què se separen els dominis. Aclareix que la solució dependrà de la intenció del que aliena i contraposa el Dret romà, que interpretava la dita voluntat fent desaparèixer allò que tenia aspecte de servitud, amb el Dret espanyol que opta per la solució contrària. La disposició del Cc (art. 541) fou aplicada a Catalunya per la jurisprudència, amb la qual cosa, l'autor admet la constitució automàtica d'una servitud quan entre dues finques del mateix amo o entre dues parts d'aquesta mateixa finca existissin relacions de dependència que, si les finques fossin de diferent amo, constituïrien vertaderes servituds. Vegeu *Derecho civil vigente en Cataluña*, T. II, Barcelona, 19442, pp. 197 i 198.

³⁵ *Manual de Derecho civil catalán*, Barcelona, 1961, pp. 80 i 81.

³⁶ «En general, pueden adquirirse las servidumbres de luces y vistas por los mismos modos de adquisición que reconocen los artículos 537 y siguientes del Código Civil. Podrán, por tanto, quedar constituidas en virtud de título (contrato, acto unilateral, etc.), usucapción..., escritura de reconocimiento, sentencia firme y signo aparente por

precepte del Cc que fins i tot no es preocupa d'exposar cap argument que reforci el seu parer. PUIG FERRIOL³⁷, sembla recórrer a l'aplicació supletòria de l'art. 541 Cc, fins i tot després d'entrar en vigor la Llei 13/1990. L'autor, en relació a l'art. 7 LANISRV, estableix la no aplicació en aquells casos en els que, pròpiament, no existeix alienació i transmissió —per exemple, participació de l'herència i divisió de la cosa comuna—, aplicant llavors la mateixa regla que proposa l'article del Codi —el signe aparent es considerarà com a títol perquè la servitud continuï llevat que es mencioni expressament o es faci desaparèixer el senyal de servitud—.

2.2.3. La posició intermèdia

Per últim, hem de fer una breu referència a la postura intermèdia mantinguda per GARCÍA GARCÍA³⁸. Aquest entén que no hi ha cap argument de pes que dificulti l'aplicació de l'art. 541 Cc a Catalunya i matisa, en dir que el concepte de signe aparent del Codi i el previst a la Compilació difereix en alguns aspectes. La diferència la constata mitjançant l'estudi de l'art. 283 de la Compilació catalana, que considerava com a servituds no aparents «*des que no siguin fàcilment visibles des de l'interior del predi*», i de l'art. 532 Cc que defineix les servituds aparents com «*las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas*». La Compilació estableix així uns termes més suaus que no pas el Codi. Aquesta serà l'especialitat de què s'adona l'autor en relació al tema que analitzem, considerant, d'altra banda, la plena aplicació de l'art. 541 Cc en el nostre territori. L'autor fonamenta la seva opinió en els següents arguments: en la falta de regulació de la Compilació que feia possible la remissió al Cc —aplicació supletòria—, en l'existència de precedents d'admissió a la doctrina precompilatòria, així com en el reconeixement de la figura en el Dret romà i canònic —segons el seu parer—. També adueix que les *Ordinacions den Sanctacilia* no s'oposen radicalment a

el juego del artículo 541», vegeu «Luces y vistas en la Compilación foral catalana», a *ADC*, T. XV, Fasc. 1, 1962, pp. 125 i 126.

³⁷ *Instituciones del Dret civil de Catalunya*, Vol. 1r, *Introducció i part general, Obligacions i contractes, Drets reals*, València, 1998, p. 293.

³⁸ Comentari a la Sentència del Tribunal Suprem de 10 de desembre de 1976, *RCDI*, núm. 529, 1978-II, pp. 1266 i s. A la Revista consta com a comentari a la STS de 6 de desembre de 1976.

aquesta situació, i interpreta el silenci com indicatiu de l'acceptació de la doctrina del signe aparent.

3. El criteri de la Llei catalana: principals diferències entre l'art. 7 LANISRV i l'art. 541 del CC

Tot aquest panorama de doctrines i opinions quedarà buit de contingut i sense sentit en el moment de l'entrada en vigor de la Llei 13/1990 que estableix, definitivament, el criteri que s'ha de seguir quan es produeixi un supòsit de fet propi al recollit a l'art. 541 CC.

Hem de posar de manifest alguna diferència amb el text del precepte del CC que s'aplicava a Catalunya. Cal destacar que els dos articles proposen criteris oposats, solucions diferents per a un supòsit de fet gairebé idèntic. L'art. 541 CC acull la presumpció de gravamen del fet pel text de 1889 l'existència d'un signe aparent sobre dues finques que romanen sota una mateixa mà, provoca el naixement de la servitud quan es produeix la separació dels dominis excepte en dos casos: que es faci desaparèixer el signe abans de l'atorgament de l'escriptura o bé, que s'expressi la voluntat contrària a l'establiment-«continuació» de la servitud. En canvi, la Llei catalana, seguint la tradició romana de presumir la llibertat dels predis i no admetre cap gravamen llevat que s'imposi expressament, estableix la inexistència de servitud fora d'aquell cas en què, a l'acte d'alienació, es mencioni explícitament que es transmet la finca gravada o beneficiada per una determinada servitud. La diferència és clara, si a la regulació espanyola la prova en contra serveix per a demostrar el no-establiment del dret real (menció expressa o desaparició del signe aparent), a la catalana es presumeix el contrari: la servitud no existeix si no és que hi ha prova en contrari (menció expressa a l'acte d'alienació).

Una altra de les diferències existents entre els dos preceptes és la que fa referència al tema del signe aparent i la seva imposició: la Llei catalana parla de «signe aparent de servitud entre dues finques pertanyents a un únic propietari», mentre que el Codi afegeix un altre element en parlar de «signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas». Caldrà doncs aclarir tant el concepte de signe aparent que acull la Llei catalana, com el tema del seu establiment ja que, si llegim atentament, observarem que al Dret espanyol s'aclareix que ha de ser establert pel propietari, mentre que a la Llei catalana es prescindeix d'aquesta referència obrint la porta a d'altres possibilitats.

Així, mentre que el text català comprèn els signes aparents naturals i els de creació artificial —acte humà— (art. 10.2 «instal·lacions necessàries per a l'ús de la servitud»; 15.1 «finestra, canal o conducció»; 21.1 i 22.1 «instal·lació... de xarxes d'aïllament i de conduccions superficials» LANISRV), el Codi només al·ludeix als signes artificials —«establecido por el propietario»—.

La relació de la servitud en cosa pròpia amb el tema del signe aparent apareix a través del terme «continui». Cal advertir que tot i que el Codi també utilitza el mateix verb —«continúe activa y pasivamente»— l'arrelament del principi *nemini res sua servit* —art. 530.1³⁹ i 546.1er⁴⁰ CC—, així com la interpretació de la doctrina⁴¹ i de la jurisprudència⁴²,

³⁹ Art. 530.1 CC: «La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño».

⁴⁰ Art. 546.1er CC: «Las servidumbres se extinguen. 1.º Por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente».

⁴¹ La doctrina espanyola és, actualment, quasi unànime en reconèixer que el terme «continúe» és utilitzat erròniament a la redacció del 541 del Codi; el legislador ha recorregut a un terme equivòc, ja que la servitud no continua, sinó que s'hi constitueix. En aquest sentit, vegeu GUILARTE GUTIERREZ, V. *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, Madrid, 1984, p. 20; ALBALADEJO GARCIA, M. *Derecho Civil III. Derecho de bienes*, Vol. 2n, *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la propiedad*, Barcelona, 1991, p. 141, nota a peu núm. 173. Una interpretació que justificaria l'ús del polèmic terme és la que entén la servitud des d'un punt de vista fàctic. És a dir, per servitud s'hauria d'entendre l'existència d'una relació objectiva de servei entre les dues finques implicades. Amb aquesta visió resta justificat la utilització del «continúe», ja que la relació material es mantindria, convertint-se en relació jurídica en provocar el naixement d'un dret de servitud. Vegeu GONZÁLEZ PORRAS, J. M.ª a anotacions a BIONDI, *Las servidumbres*, ob. cit., pp. 709 i 710; CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil común y foral*, T. II, *Derecho de cosas*, Vol. 2n, *Los derechos reales restringidos*, ed. revisada i actualitzada per MARÍN PÉREZ, P., Madrid, 1983, p. 129; LLACER MATAÇAS, M.ª R. *El título constitutivo de servidumbre...*, ob. cit., p. 127.

⁴² El Tribunal Suprem ha estat inflexible en aquest tema, no acceptant el dret real de propietari i mantenint una rigorosa fidelitat al principi *nemini res sua servit*. Entre d'altres, en podeu consultar les SSTS de 4 de maig de 1932 (RJA 1932/1039, Cdo. 2n), de 15 de juny de 1954 (RJA 1954/1875, Cdo. 1r: «mal puede admitirse la existencia de una servidumbre sobre una finca propia.»), de 10 d'octubre de 1956 (RJA 1956/3184, Cdo. 4t: «...excluyendo el dominio toda idea de servidumbre, por seguir el aforismo res domino suo non servit...»), de 8 de juny de 1962 (RJA 1962/2762, Cdo. 2n: «...al estar abiertos los huecos en pared propia, apertura verificada en época en que el predio dominante y el fundo sirviente pertenecían al mismo dueño y como consecuencia del derecho de propiedad que le correspondía, lo que excluía la institución de que se habla, por no haber servidumbre sobre inmueble propio»), de 7

han obstaculitzat la possibilitat abans plantejada. Així, mentre que de la Llei 13/90 podria extreure's una servitud en cosa pròpia, en el Codi es tracta d'un tema de negoci jurídic⁴³.

IV. BREU EXÈGESI DE L'ART. 7

1. El signe aparent

La Llei comença parlant de «l'existència d'un signe aparent de servitud entre dues finques pertanyents a un únic propietari». Tres temes d'interès se susciten en virtut de la citada proposició: el concepte de signe aparent, l'establiment o sorgiment del mateix i la seva localització.

1.1. El seu concepte

En relació al primer tema és obligatori recordar la postura de GARCÍA GARCÍA⁴⁴, que manté l'existència d'una sensible diferència entre el concepte de signe aparent que dona el Codi (art. 532) i el que assumeix la legislació catalana abans de la Llei analitzada (art. 283 CDCC). En l'actual text en vigor no hi ha cap article que ens indiqui el caràcter o les notes definitòries del que es considera signe aparent. Haurem de recórrer al precepte compilat citat per tal de saber en què consisteix.

de gener de 1980 (RJA 1980/78, Cdo. 4t, 1.ª sentència: «...habida cuenta el estado de división en que aquél se encontraba, que impide aplicar el concepto técnico de servidumbre, pues todos sus titulares, vendrían a ser, al propio tiempo, sujetos activos y pasivos del gravamen, con el inevitable obstáculo de la regla «neminus sua res servit»...») i de 12 de juliol de 1984 (RJA 1984/3940, Cdo. 2n, 1.ª sentència: «...tal cosa propia, dado que las cosas sirven a su dueño por derecho de propiedad y no por derecho de servidumbre...»).

43

Com diu la SAP (Barcelona) de 22 de juliol de 1994 (RJC 1994-IV, núm. 26, FJ 4t), «...el artículo 541 no establece un modo especial de constituir la servidumbre, sino que contempla como tal al propio negocio jurídico por el que se transmite la finca, al limitarse a sancionar cuál es, en defecto de pacto, el pacto, el alcance objetivo del referido negocio de enajenación, cuando tiene por objeto un inmueble económicamente afectado a otro por el enajenante y dueño de los dos, tras valorar el legislador el significado de la apariencia y la necesidad de proteger la confianza puesta en ella».

44

L'art. 283.8è CDCC estableix la impossibilitat de constituir per usuacapió les servituds no aparents, considerant com a tals «les que no siguin fàcilment visibles des de l'interior del predi»⁴⁵, del que es dedueix a. c. que les aparents seran les que es puguin fàcilment advertir des de l'interior del predi. Però, a quin predi es refereix? se suposa que és al servent⁴⁶, dons és un precepte que està pensant en la protecció del titular del predi que està amenaçat per la imposició d'un gravamen real adquirit per usuacapió; així, si la servitud és aparent i es veu des de l'interior del predi que deurà la servitud, el seu titular tindrà la possibilitat d'interrompre la prescripció, cosa que seria més difícil o impossible si no advertís els actes possessoris *ad usucapionem* del titular del dominant, si l'estat de fet no fos aparent. D'aquesta manera, la qüestió del signe aparent a Catalunya s'observa en funció del seu àmbit de visibilitat, acollint-se una interpretació àmplia d'aparença, en el sentit que no fa falta que el signe sigui visible des de fora de la finca perquè el qualifiquem d'aparent. D'altra banda, la utilització del terme «*fácilment*» fa que no es considerin aparents les servituds que exigeixin una atenció superior a la normal per poder veure-les⁴⁷.

El Cc defineix l'aparença com el fet d'anunciar-se i estar continuament a la vista per signes exteriors que revelin l'ús i aprofitament de les servituds⁴⁸. El criteri sancionat per la legislació catalana és més ampli

⁴⁵ El precepte deriva directament de l'art. 171.8è del Projecte de Compilació de 1955 que estableix que no seran susceptibles d'usuacapió «Las servidumbres no aparentes, considerándose tales las que no sean fácilmente visibles del interior del predio, como sucede con los humos introducidos en chimenea ajena, o con vertederos de aguas sucias o pluviales en galerías, cloacas o en solar del vecino». L'art. 140.7a de l'Avantprojecte de Compilació de 1952 parlava de «cañerías» en lloc de «galerías».

⁴⁶ Ja ROMANÍ Y PUGDENGOLAS i TRIAS Y GIRÓ mantingueren aquesta posició a l'art. 277 del seu Avantprojecte d'Apèndix al Codi civil (1903): «No se tendrán por aparentes las servidumbres que no presenten indicio exterior de su existencia, o habiéndolo, no sea fácilmente visible desde el interior del predio que se reputa sirviente...». Vegue també, entre d'altres, PUIG FERRIOL, Ll. i ROCA TRIAS, E. *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, T. IV, *Derecho patrimonial catalán*, Vol. 1r, *Las relaciones jurídico-reales*, Barcelona, 1981, p. 47; PARA MARTÍN, A. *Comentarios al art. 283 i 284 CDCC*, a *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M. (Dir.), T. XXX, Madrid, 1987, p. 99.

⁴⁷ Així ho entén PARA MARTÍN, A. *Comentari als arts. 283 i 284 CDCC*, a *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ob. cit., T. XXX, p. 99. Per l'autor la no aparença no vol dir invisibilitat absoluta, sinó dificultat manifesta per poder visualitzar el signe aparent de servitud.

⁴⁸ Podríem trobar un definició del que és signe aparent a la la STS de 15 de març de 1993 (RJA 1993/2277, Ft. 3r) que, en parlar de l'equivalència de l'aparença del signe

i millora⁴⁹ el que acull el Codi; no obstant això, tots dos coincideixen en un element d'advertència per terceres persones. És a dir, el que realment és important del signe aparent de servitud és que sigui entès per la comunitat com a tal; ha de denunciar inequívocament l'existència d'una servitud. Com diu ALBALADEJO⁵⁰ basta que, segons l'opinió comú, allò que es vegi sigui de tal naturalesa que raonablement descobreixi l'existència de la servitud. La nota comuna en la qual incideix la doctrina és la del reconeixement per la comunitat d'uns senyals que impliquen una relació de servitud.

Per últim, s'ha de qualificar el signe aparent com element de la finca sobre la qual està imposat. El fet que l'art. 300.1 pr. del Codi de successions per causa mort en el Dret civil de Catalunya —Llei 40/1991, de 30 de desembre— (=Cs) faci extensiu el llegat d'una finca «a totes les seves construccions, encara que hagin estat fetes amb posterioritat a l'ordenació del llegat» ens ofereix, com a mínim, un indicatiu per entendre que juntament amb la transmissió del predi, i com un element del mateix, es transmet la «construcció» —entesa en sentit ampli— que materialitza l'aparença de la servitud.

1.2. L'establiment del signe aparent

Ja hem mencionat que el tema de la imposició del signe afegeix una altra diferència entre els dos texts protagonistes de l'exposició. Si bé el Codi especifica, d'una forma clara, que els senyals han de ser establerts pel propietari de les dues finques⁵¹, la Llei catalana no vol aclarir qui ha

de servitud a la publicitat registral, estableix que perquè això sigui així els signes han d'ésser «ostensibles, permanencials y perfectamente exteriorizados».

⁴⁹ D'aquest parer són FAUS ESTEVE, R. i CONDOMINES VALLS, F. DE A. *Derecho civil especial de Cataluña, Ley de 21 de julio de 1960 anotada*, Barcelona, 1960, p. 329.

⁵⁰ *Derecho Civil III, ob. cit.*, Vol. 2n, p. 109. L'autor inclou dins de la categoria de l'aparença la que es dona en virtut d'anunci. L'aparença, a una servitud no visible, se li pot proporcionar mitjançant indicació visible de què existeix. En contra LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de derecho civil, III, Derechos reales*, Vol. 2n, *Derechos reales limitados, Situaciones de cotitularidad*, Barcelona, 19912, p. 111. Tot i així, la jurisprudència, ha admès l'establiment per una persona diferent del propietari verificador de l'alienació. STS de 10 d'octubre de 1957 (RJA 1957/2861), Cdo. 2n: «En modo alguno puede estimarse requisito esencial para la válida aplicación del 541 la circunstancia de que el signo aparente haya sido establecido por el mismo propietario que verificó la enajenación o por las que practicaron la división,

de ser el subjecte que ha d'establir el signe per tal que es compleixin els pressupòsits que donen entrada a l'art. 7. Aquesta manca de menció de la persona legitimada per realitzar l'acte de la «destinació» fa que s'ampliï el cercle de subjectes que poden establir el senyal aparent que donarà origen a la servitud —propietari anterior, arrendatari, etc.—. És més, inclús es podria dir que la servitud pot originar-se tant per un acte humà, com per la disposició natural dels predis⁵² o com producte d'una conseqüència natural, sempre i quan el propietari que verifiqui l'alienació hagi mantingut la patència creada per aquests fenòmens.

pues basta para este efecto con que uno u otros hayan mantenido o conservado el establecido con anterioridad más o menos remota por otras personas, siempre que al realizarse la enajenación o la división de la finca no hubiera dado lugar a un derecho de servidumbre que los propietarios tuvieran obligación de respetar...»; STS de 26 de gener de 1971 (RJA 1971/292); STS de 8 d'abril de 1988 (RJA 1988/3113), Ft. 2n: «...no es necesario que el signo aparente de servidumbre lo cree el propio dueño de ambos fundos, sino que basta con que, constando previamente las servidumbres a favor y en contra de las respectivas fincas, el adquirente de ellas, si una vez bajo su titularidad no las hace desaparecer, ello implica y comporta unos resultados equivalentes a la creación por el mismo de dichos signos que implícitamente ha consentido y aceptado»; SAT (Albacete), de 19 de febrer de 1982 (La Ley, 1982-IV/2477), Cdo. 4t: «El signo aparente de servidumbre ha de ser establecido por el propietario de los predios, o sea, por quien tiene la libre disposición de los mismos; pero esto no ha de entenderse en sentido restringido, pues cabe que tenga valor el estado de hecho creado por quien no es titular dominical, siempre que el propietario reconozca tácitamente aquella relación o dé su conformidad expresamente, pues la doctrina científica al interpretar el artículo en este punto, se refiere no sólo a la «creación» del signo, sino también a la «conservación» del mismo». Això no obstant, vegeu la STS de 14 de juliol de 1995 (RJA 1995/6007), Ft. 2n: «...artículo 541... que sólo impone la servidumbre de paso sobre un predio a favor de otro perteneciente a distinto propietario, cuando el anterior dueño de uno y otro hubiese establecido un signo aparente de servidumbre... no siendo eficaz el signo establecido por persona distinta del propietario, ni los actos meramente tolerados...».

52

GARCÍA GOYENA, F. (Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, T. I, Madrid, 1852, pp. 429 i 465) comentant l'article 540 del projecte de 1851 (equivalent al 541 actual), parla del signe aparent, matisant que no és necessari que aquest signe exterior o aparent provingui de l'obra de l'home. Aclareix dient que basta que procedeixi de la situació mateixa dels llocs com passa a la servitud legal de l'art. 484 i en d'altres. El precepte que menciona coincideix, pràcticament amb l'art. 554.1 Cc que regula la servitud en matèria d'aigües: «Los predios inferiores están sujetos a recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre descienden de los predios superiores, así como la tierra o piedra que arrastran en su curso». L'al·lusió al tema plantejat per l'autor en el comentari del precepte, inclús mencionant aquest la necessitat d'establiment del signe aparent pel propietari de dues finques, fa que, si més no, ens plantegem que a la Llei catalana —que prescindeix d'aclarir l'origen del senyal aparent— pugui aplicar-se aquest criteri d'incloure el fet natural en les formes d'establiment.

El paper del propietari en la imposició i manteniment de l'estat de fet serà només aquest el que pugui imposar-lo i retirar-lo (arg. ex art. 215.1⁵³ i 240.1.1⁵⁴ Cs—«incorporacions»—). En definitiva, i com també abans, s'imputarà sempre a la voluntat del *dominus*.

1.3. La localització del signe

L'art. 7 LANISRV no diu res sobre el tema de la localització del signe aparent. Aquest podrà estar situat, bé a la finca dominant —és el cas de la servitud de llums i vistes que es gaudeix mitjançant buit, finestra, balcó o semblant (art. 25 i 26 LANISRV)—, bé a la servent. La qüestió del signe ubicat al predi que pateix la servitud es recull d'una forma clara en els art. 18 (servitud de pas), 21.1, 22.1 («...instal·lació... de xarxes aèries i de conduccions superficials...»), 22.3 («L'amo del predi pel qual ha de discórrer la conducció...») i 23 (servitud d'aqüeducte) LANISRV, encara que també ho hem de suposar al llegir l'art. 10.2 LANISRV («...instal·lacions necessàries per a l'ús de la servitud»).

2. L'art. 7 i la servitud en cosa pròpia

La interacció entre la proposició de l'art. 7 LANISRV, «dues finques pertanyents a un únic propietari», i el terme «continui», fa que poguem incloure el precepte dins dels que admeten la servitud de propietari, tot i que creiem que, en principi, es tractava de regular una figura totalment aliena a la institució.

Prèviament, s'ha de remarcar que cap dels Ordenaments europeus que reconeixen la servitud de propietari fa referència al supòsit previst a l'art. 7 LANISRV. Pensant-ho detingudament, és lògic⁵⁵, ja que si

⁵³ Art. 215.1 Cs: «Totes les millores o tots els béns que el fiduciari incorpora materialment al fideïcomís resten afectes al gravamen fideïcomissari, si bé, en deferir-se aquell, el fiduciari o els seus hereus poden optar per retirar les millores o incorporacions...».

⁵⁴ Art. 240.1.1r Cs: «Tan bon punt deferit el fideïcomís, el fiduciari o els seus hereus tenen dret a exigir al fideïcomissari: 1r. El lliurament o l'abonament de les millores o les incorporacions efectuades a càrrec del fiduciari en els termes previstos en l'article 215».

⁵⁵ Vegeu BIONDI, B. *Las servidumbres*, ob. cit., p. 658. Això no obstant, el SächBGB, que també va admetre amb matisos la servitud de propietari (§ 594), coneixia

s'admet des d'un primer moment la servitud de propietari, no té raó d'ésser la regulació de la «destinació» i la transcendència del signe aparent, ja que el propietari podrà imposar voluntàriament una servitud que satisfaci les seves necessitats en moments posteriors, sense haver de complir els requisits previstos per les regulacions que acullen la figura. Com s'entén llavors que el legislador català, clarament influenciat per les legislacions alemanya i suïssa, reculli un supòsit que no té cap sentit amb l'admissió de la «servitud de propietari»? La motivació que porta al text català a introduir un precepte relatiu a aquesta matèria és l'aclariment de la discussió —de la qual ja hem parlat— que s'havia desenvolupat llargament al voltant de l'aplicació d'un precepte que no responia per res a la tradició jurídica catalana (art. 541 Cc) i, així mateix, a un intent de desmarcar-se de la regulació del Codi. La intenció d'assolir una regulació completa per part de la Llei 13/1990 evitant qualsevol tipus d'aplicació supletòria del text espanyol de 1889, ha fet que es produeixi la introducció d'un precepte que utilitza un criteri oposat al que fins ara s'aplicava en el nostre territori. Aquesta voluntat de desvinculació del Cc ha provocat, sense voler-ho, el problema de conjugació d'aquesta institució amb els plantejaments generals de la servitud en cosa pròpia.

La discussió que se'n planteja és la de saber si l'art. 7 LANISRV és un precepte de continuació d'una servitud preexistent o de constitució *ex novo*.

Si som fidels als precedents i a la finalitat de la seva formulació —erradicació de l'aplicació de l'art. 541 Cc—, entendrem que no deixa de

l'anomenada *stillschweigende Servitutenbestellung* (§ 575), molt propera a la «destinació del pare de família» actual. D'altra banda, la doctrina alemanya i suïssa han considerat la «destinació» com a precedent immediat de la servitud sobre cosa pròpia. Així, HUBER, E. *Die Eigentümerservitut. Ein Beitrag zu ihrer Rechtfertigung, Festschrift dem Geheimen Justizrat Herrn Professor Dr. Hermann Fitting*, Bern, 1902, pp. 62 i s. i JUNKER, M. *Die Eigentümerservitut nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Ein Beitrag zur Lehre des BGB von den Rechten an eigener Sache*, Berlin, 1907, p. 88. També s'ha de dir que, a Alemanya, WOLFF [Tratado de Derecho civil (ENNECERUS, L., KIPP, T. i WOLFF, M.), T. III, *Derecho de cosas*, Vol. 2n, *Gravámenes*, traducció espanyola amb anotacions de PÉREZ GONZÁLEZ, B. i ALGUER, J., ed. a cura de PUIG BRUTAU, J., Barcelona, 19713, p. 47] va establir la possibilitat de sorgiment de l'obligació d'establir la servitud tàcitament: «Así, cuando el propietario de varias fincas, de las cuales una servía de hecho a la otra, enajena una de ellas, conservando la instalación necesaria para ese servicio, por ejemplo, las tuberías de conducción de aguas, indica querer mantener en lo futuro la manera como hasta ahora se ha utilizado la finca».

referir-se a un aspecte relacionat amb la creació de servituds. La ubicació sistemàtica de l'art. 7 LANISRV després del precepte que LANISRV), confirma el que hem exposat.

Malgrat això, la Llei catalana parteix de la base d'admetre la servitud sobre cosa pròpia. En aquest context, la utilització del verb «continuar» sí que cobraria sentit, donat que que si la servitud «continua» és que existia i si existia durant la reunió de dominis és que prèviament s'havia constituït. D'aquesta manera, es dona entrada a la «servitud de propietari». Aquest factor, sembla que no fou tingut en compte pel legislador, que pràcticament es va limitar a copiar a. c. el precepte del Codi, sense advertir-hi les possibles conseqüències derivades de l'admissió del dret real de propietari. Així, es fa necessari analitzar el supòsit de fet per tal de poder veure les possibles implicacions del dret sobre cosa pròpia en relació amb el supòsit de la «destinació».

El supòsit de fet contingut a l'art. 7 LANISRV pot tocar a dues situacions:

1.1. «Continuació» jurídica i material: és el cas de l'existència de la servitud abans que els predis coincidissin en un mateix propietari. El dret s'hauria constituït per qualsevol dels modes vàlids a l'efecte (art. 6 LANISRV). En aquest supòsit, l'art. 7 ha de ser llegit conjuntament i amb posterioritat a l'art. 17 LANISRV. El procés es configuraria de la següent manera: el fet que un únic propietari esdevingui titular dels dos predis entre els que ha existit, de forma prèvia, una servitud aparent, suposa l'extinció d'aquesta, però sí la suspensió de la seva eficàcia, no la inexistència de l'efecte extintiu de la consolidació sancionat a l'art. 17. A partir d'aquí, en aquells casos en els quals es produeixi la separació de dominis en la forma establerta per l'art. 7, la servitud jurídica «continuarà» quan s'acompleixi el requisit complementari exigint per aquest últim. Seguint això, l'art. 17 LANISRV enllaça amb l'art. 7 LANISRV, referint-se a servituds de prèvia constitució a la reunió de propietats.

Creiem que la Llei catalana no està pas pensant en aquesta situació. L'art. 7 LANISRV estableix que «l'existència d'un signe aparent... no es considera... *títol suficient perquè la servitud continuï...*». Sembla que la Llei es refereix a aquells supòsits d'existència única del signe i no als casos en què, a més, hi ha un títol exprés de constitució anterior (art. 6 LANISRV). No té cap sentit parlar de la insuficiència del signe aparent com a títol quan ja n'existeix un de previ; pensar el contrari implicaria restringir el manteniment de la servitud quan aquesta sigui aparent.

1.2. «Constitució» jurídic-unilateral: el supòsit en el qual pensa la Llei catalana és el que es refereix a l'establiment del signe aparent pel propietari de les dues finques. En aquest cas l'art. 17 LANISRV no té cap paper, donat que no existeix reunió. El *dominus* establirà entre els dos predis de la seva propietat una relació de servei que es manifestarà exteriorment per un signe aparent; en realitat, n'hi haurà prou amb la mera existència del signe aparent encara que no s'utilitzi per a extreure un benefici. Si no s'admet la servitud en cosa pròpia, estariem davant un supòsit idèntic al previst pel Cc. No obstant això, l'admissió de la figura fa que considerem que l'acte d'establiment del signe impliqui una voluntat tàcita de creació d'una relació de servei —servitud en sentit material—, voluntat que l'art. 7 LANISRV no considera suficient, és a dir, necessitarà d'una complementació perquè l'anomenat «*títol*» insuficient, produeixi la continuació de la servitud.

El signe aparent d'origen natural també s'inclou en l'àmbit d'actuació de l'art. 7 LANISRV. En aquests casos es considera constituïda la servitud per la voluntat tàcita que es dedueix de l'existència i manteniment del mateix signe. No és necessari que el propietari de dos predis hagi gaudit de la situació de servei entre els dos immobles afavorida per l'esdevenir natural. D'igual forma, el manteniment de la servitud requerirà que a l'acte d'alienació es disposi que «continui».

Tenint presents els dos supòsits, es pot afirmar que la Llei introdueix una especificitat per al cas de les servituds aparents: L'existència del signe aparent s'interpreta com un títol tàcit d'eficàcia «insuficient». En aquesta línia de pensament, l'art. 7 LANISRV no pot ser entès com un precepte de constitució, sinó de «continuació» com a jurídica, ja que la servitud ja existia materialment. El que canviarà serà la qualitat de servitud: primer només material, per arribar a ésser jurídica. Aquesta transformació s'opera quan es produeixi la separació de dominis (art. 7 LANISRV).

L'art. 7 LANISRV presenta la servitud-servei com inseparable de la servitud jurídica. Així, s'ofereix una doble alternativa: o bé «continua» la servitud-relació de servei perquè es «constitueix» la servitud jurídica, o en cas de no constituir-se jurídicament tampoc «continuarà» la relació de servei.

Una recent Sentència de l'Audiència de Barcelona (SAB de 10 de maig de 1996)⁵⁶, analitza un supòsit de constitució de servituds pel titular

⁵⁶ RJ/C 1996-IV, núm. 47.

d'un edifici al practicar la divisió del mateix en règim de propietat horitzontal. El Tribunal estimà que «...la Ley 13/1990 de 9 de julio... aplicable en Cataluña admite claramente las servidumbres constituidas por el dueño de las dos fincas, según se infiere de sus arts. 4.3, 7 y 17...». Un cop aclarit que l'art. 7 admet una constitució unilateral de servituds, continua el Tribunal exposant que «en vista que no puede entenderse que, por el hecho de que la servidumbre hubiese sido establecida por el único propietario del edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, cuando desde su inicio constan todos los datos necesarios, es inoponible a la parte actora, que en la escritura de adquisición... reconoció y admitió expresamente su existencia por lo que a partir de tal momento deviene eficaz y operante la servidumbre constituida, y ello... en méritos de la solución legal que para la servidumbre de destino establece el art. 7 de la Ley 13/1990, toda vez que se trata de una servidumbre de paso aparente...». La Sentència proposada opta per interpretar l'art. 7 en un sentit de manteniment de la servitud prèviament constituïda, que «deviene eficaz y operante» en el moment de separació de propietats, sempre que es mencioni expressament. S'ha d'advertir que en aquest cas no actua l'escriptura pública de propietat horitzontal el constructor havia de «constituir» la servitud jurídica (art. 8.4t LH). En aquest cas l'art. 6 fa inútil el 7 LANISRV. El supòsit que presenta la Sentència posa de manifest la relació entre ambdós articles i la preferència del primer sobre el segon. L'article 7 LANISRV no exclou l'art. 6 LANISRV —posat en relació amb l'art. 4.1 LANISRV—: el propietari de les dues finques pot crear per «títol» —en el sentit de l'art. 6— una «servitud de propietari» expressa.

3. El «títol» insuficient. La seva complementació

Una cop exposats els arguments anteriors s'ha d'esbrinar el funcionament del mecanisme previst a l'art. 7 LANISRV.

L'existència d'un signe aparent de servitud entre dues finques que pertanyen a un mateix amo «no es considera, si se'n transmet una, títol suficient perquè la servitud continui si en l'acte d'alienació no es disposa així». La introducció de la «servitud de propietari», desconeguda pel Dret en el qual es basa el sistema jurídic català, fa que es mati el que s'ha pressuposat anteriorment: el signe aparent no és títol constitutiu suficient com se'n presenta a l'art. 541 Co, però sí és títol insuficient (art. 7 LANISRV) que s'ha de «complementar». La suficiència o

insuficiència del títol que comporta l'existència d'un signe aparent és la principal diferència entre el precepte del Codi i el de la Llei catalana.

Tampoc caben en el nostre Ordenament les discussions referides a les diferents tesis que volen donar resposta a la virtualitat de la voluntat o de la Llei per a constituir la servitud en el moment de separació de propietats, ja que la Llei catalana no es refereix a la constitució, sinó al manteniment d'una servitud que era preexistent a l'escissió de dominis. La servitud en cosa pròpia que es deriva del precepte analitzat té un caràcter legal. L'art. 7 LANISRV no conté cap títol en el sentit d'acte voluntari de l'art. 6 LANISRV, però sí en el sentit general de font. És la Llei la que estableix el signe aparent com a fonament, encara que insuficient, de continuïtat, exigint una declaració complementària. És una servitud condicionada en relació al seu «manteniment»: la necessitat de la presència de la voluntat de continuïtat en l'acte d'alienació, és indicativa que es produirà la transmissió de la finca tal i com estava amb totes les seves qualitats físiques i jurídiques i, al mateix temps, és requisit complementari perquè la servitud «continui» jurídicament.

La consideració de l'art. 7 LANISRV com un supòsit de «continuació» fa que la manca de menció de la servitud a l'acte d'alienació, sempre i quan s'hagués establert pel titular dels dos predis, per mitjà d'un títol tàcit, deduït de l'existència del signe, produeixi l'extinció d'aquella. Això succeirà inclús si el comprador manté el signe aparent; en aquest cas, el signe serà inútil.

4. Supòsits d'aplicació de l'art. 7 LANISRV

Per últim es tracta d'analitzar els supòsits en els quals s'aplica aquest tipus de servitud i el requisit de menció de l'estat de les finques perquè aquella continui.

El text parla de «si se'n transmet una» i de «l'acte d'alienació», en conseqüència, tan sols podran produir-se els efectes mencionats, quan hi hagi alienació i transmissió.

PUIG FERRIOL⁵⁷ manté que, en aquells supòsits en els quals la separació es produeix per una via diferent a l'exposada —casos de divisió de la cosa comuna o de partició hereditària—, no s'aplicarà l'art. 7

⁵⁷ Instituciones..., ob. cit., Vol. 1r, p. 293.

LANISRV. Aquesta interpretació es correspon amb la que es va mantenir per la Comissió Jurídica Assessora en el seu Dictamen 19/89 sobre l'Avantprojecte de llei de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge (secció tercera, aprovat pel ple el dia 13 de juliol). Al·l'Avantprojecte de llei presentat per un grup de treball nomenat per aquesta Comissió es van proposar tres pàrrafs alternatius per afegir a la redacció que actualment manté l'art. 7 LANISRV; concretament, s'establien com excepcions: l'adjudicació de les finques a diferents persones com a conseqüència de la divisió d'un patrimoni comú⁵⁸, la divisió feta pel causant en el seu testament i la divisió feta pels cohereus o comuns. En aquests supòsits no es procedirà a l'aplicació de l'article analitzat, afegint-hi la Comissió que, en aquests casos, podrà l'interessat demanar i obtenir l'atorgament de títol constitutiu de la servitud. La regulació alternativa proposada per l'òrgan de la Generalitat recolza la interpretació «constitutiva», ja que al·l'mencionar el títol de constitució sembla que la servitud s'estableixi en el moment de la separació i no abans. Això no obstant, el retop per part del legislador de la redacció i no l'Avantprojecte fa que pensem en la interpretació «continuativa».

Per últim, cal aclarir que als supòsits observats, en els quals no hi ha pròpiament transmissió, no s'aplicarà l'art. 7 LANISRV per una raó fonamental: els preceptes en matèria de servituds s'han d'interpretar restrictivament, per això, excloem la divisió ja que no existeix l'acte de transmissió a un nou propietari i, a més a més, fins a la divisió existia només una sola finca, incomplint-se el fonament del precepte al·ludit.

V. CONCLUSIÓ: UN NOU TIPUS DE SERVITUD EN COSA PRÒPIA?

Com a conclusió es pot dir que l'art. 7 LANISRV no estava pas pensant en la servitud sobre cosa pròpia. Això no obstant, l'admissió d'aquesta provoca que l'interpretem com una forma de la mateixa. Així, serà un supòsit de tal figura, si el propietari de dues finques estableix o manté un signe aparent. Independentment de l'ús que en faci, només l'existència del signe indicarà la presència d'una voluntat tàcita de constitució que serà insuficient, ja que requerirà el complement previst a l'art. 7 i. f.

⁵⁸ Aquest supòsit ja s'inclou a l'àmbit de l'art. 7 LANISRV.

LANISRV —que es disposi la subsistència de la servitud— per tal de dotar de suficiència al títol.

VI. BIBLIOGRAFIA

- ADMETLLAIBALSELLS, J. «Servidumbres: alcance de los signos aparentes de las mismas tratándose de dos predios que han pertenecido a un mismo dueño», a Secció de consultes: *RJC*, T. III, 1897, pp. 194-197. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III, Derecho de bienes*, Vol. 2n, *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la propiedad*, J. M. Bosch, 7.ª ed., Barcelona, 1991. AMAT LLARÍ, M.ª E. «Aplicabilidad del artículo 541 del Código civil y otras cuestiones. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 2/1990, de 5 de febrero)», a *La Llei de Catalunya i Balesars*, T. 1991-I, pp. 52-59. BARTOLUS A. SAXOFERRATO. *In Secunda super Infortiatio*, Augustae Taurinorum, 1574. BIONDI, B. *Istituzioni di Diritto romano*, 4.ª ed., Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1965. BIONDI, B., *Las servidumbres*, traducció espanyola amb extenses anotacions de Dret espanyol comú i foral de GONZÁLEZ PO-RRAS, J. M.ª EDERSA, Madrid, 1978. BONET CORREA, J., *La constitución de las servidumbres por signo aparente. La «destinación del padre de familia»*, CSIC, Madrid, 1970. BONET CORREA, J. «La inaplicabilidad de la constitución de servidumbres por signo aparente en Cataluña. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1976», a *ADC*, T. XXXI, Fasc. 1, 1978, pp. 193-200. BONFANTE, P. *Institutiones de Derecho romano*, traducció espanyola de la 8.ª ed. italiana per L. BACCI i A. LARROSA, revisada per F. CAMPUZANO HORMA, Ed. Reus, Madrid, 1929. BORRELL I SOLER, A. M.ª *Derecho civil vigente en Cataluña*, T. II, Bosch, 2.ª ed., Barcelona, 1944. BROCA I MONTAGUT, G. M.ª *Historia del Derecho civil 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. 2n, edició facsimil del text de 1926 (?), Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona, 1987. BUSSI, E. *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel diritto comune (diritti reali e diritti di obbligazione)*, a *Studi di Diritto Privato italiano e straniero*, M. ROTONDI (Dir.), Vol. 27è, CEDAM, Padova, 1937. CANCELIUS, I. *Variarum resolutionum iuris caesarei pontificii, et municipalis principatus Cathaloniae*, ex Typographia Iacobi Cendrati, Barcelona, 1608. CASALS COLLDECARRERA, M. *El derecho real de servidumbre según los principios del Derecho foral de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1941. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*, T. II, *Derecho de cosas*, Vol. 2n, *Los derechos reales restringidos*, Reus S. A., 13.ª ed. revisada i posada al dia per MARÍN PÉREZ, P., Madrid, 1983. CORBELLA Y PASCUAL, A. *Manual de Derecho privado romano*, 8.ª ed., Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1991. FAUS ESTEVE, R. i CONDOMINES VALLS, F. de A. *Derecho civil especial de Cataluña, Ley de 21 de julio de 1960 anotada*, Bosch, Barcelona, 1960. FIGA

- FAURA, L. *Manual de Derecho civil catalán*, Bosch, Barcelona, 1961. GARCÍA GARCÍA, J. M. Comentari a la Sentència del Tribunal Suprem de 10 de desembre de 1976, a *RCDI*, núm. 529, 1978-II, pp. 1266-1281. GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, T. I, Imprenta de la Societat Tipográfico-editorial, Madrid, 1852. GROSSO, G. «In tema di costituzione tacita di servitù», a *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano «Vittorio Scialoja»*, 1934, pp. 326-335. GUILARTE GUTIÉRREZ, V. *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, Montecorvo, Madrid, 1984. HUBER, E. *Die Eigentümersdienstbarkeit. Ein Beitrag zu ihrer Rechtfertigung, Festschrift dem Geheimen Justizrat Herrn Professor Dr. Hermann Fitting zur Feier des fünfzigjährigen Doktorjubiläums am 27. Oktober 1902*, Buchdruckerei Stämpfli & Cie, Bern, 1902. JUNKER, M. *Die Eigentümersdienstbarkeit nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Ein Beitrag zur Lehre des BGB von den Rechten an eigener Sache*, Verlag von Hermann Bahr, Berlin, 1907. LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho civil*, III, *Derechos reales*, Vol. 2n, *Derechos reales limitados, situaciones de cotitularidad*, 2.ª ed., J. M. Bosch, Barcelona, 1991. LLÁCER MATA CÁS, M.ª R. *El título constitutivo de servidumbre en el artículo 541 del Código civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996. MASPONS I ANGLASELL, F. «Fons de Dret català. Recull de notes de doctrina aplicada o d'interpretació de regles de Dret català extretes 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», a *RJC*, 1921-1922, pp. 526 i 527. MELÓN INFANTE, C. «Luces y vistas en la Compilación catalana», a *ADC*, T. XV, Fasc. 1, 1962, pp. 107-138. PARA MARTÍN, A. Comentari al Títol III (De las servidumbres) CDCC, a *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M. (Dir.), T. XXX, EDESA, Madrid, 1987. PELLA I FORGAS, J. *Tratado de las relaciones y servidumbres entre fincas. Examen especial de las Ordenaciones llamadas de Sanctacilia*, Bosch, 2.ª ed., Barcelona, 1969. PERMANYER Y AYATS, J. J. *Proyecto de Apéndice al Código civil*, Imprenta de la Casa Provincial de Caridad, Barcelona, 1915. PUIG FERRIOL, Ll. i ROCA TRIAS, E. *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, T. IV, *Derecho patrimonial catalán*, Vol. 1r, *Las relaciones jurídico-reales*, Bosch, Barcelona, 1981. PUIG FERRIOL, Ll. i ROCA TRIAS, E. *Instituciones del dret civil de Catalunya*, Vol. 1r, *Introducció i Part general. Obligacions i contractes. Drets reals*, Tirant lo Blanch, 5.ª ed., València, 1998. RIZZI, M. A. *Tratado de Derecho privado romano*, Ed. argentina Aristides Quillet, S. A., Buenos Aires, 1936. ROMANI Y PUIGDENGOLAS, F. i TRIAS Y GIRÓ, J. DE D. *Ante-proyecto de Apéndice al Código civil para el Principado de Cataluña*, Imp. Vilá, Abad i Com., Barcelona, 1903. VILLEQUEZ. «De l'établissement des servitudes para la destination du père de famille dans l'ancien et le nouveau Droit. Interpretation de l'article 694 du Code Napoléon», a *RHDDE*, T. V, 1859, pp. 197-217. VIVES I CEBRIA, P. N. *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 serlo, ilustrada con notas sacadas de los más clásicos autores del principado*, Vol. 2n, edición facsímil del text de 1832, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona, 1989. WOLFF,

M. *Tratado de Derecho civil* (ENNECCERUS, L., KIPP, T. i WOLFF, M.), T. III, *Derecho de cosas*, Vol. 2n, *Grauémenes*, traducció espanyola amb anotacions de PÉREZ GONZÁLEZ, B. i ALGUER, J., 3.ª ed. a cura de PUIG BRUTAU, J., Barcelona, 1971.