

# INHIBICIÓN LEXISLATIVA E DETERMINACIÓN XURISPRUDENCIAL DO DEREITO: ¿APLICACIÓN RETROACTIVA OU IRRETROACTIVA DO ART. 25 DA LDCG EN MATERIA DE CONSTITUCIÓN DE SERVIDUME DE PASO POR USUCAPIÓN?

(Comentario ás SS.TSX Galicia 15/98 e 16/98,  
do 24 de setembro de 1998)

Ramón P. Rodríguez Montero

Profesor titular da Universidade da Coruña.  
Maxistrado suplente do TSX de Galicia

## 1. O desenvolvemento dos acontecementos

Fronte ó momento temporal en que por obra do movemento codificador se produciu, ó longo do século XIX, a identificación do dereito coa normatividade establecida polo Estado a través da lexislación, o que rompía coa concepción xurisprudencial que o *ius commune* introducira na cultura xurídica europea ó asignarlle á actividade xurisprudencial unha función simplemente declarativa, e negarlle todo valor creativo no plano da normatividade, pódese constatar actualmente como dato certo o feito de que a realidade normativa tende a presentarse nos actuais sistemas xurídicos continentais na forma que reviste a interpretación xurisprudencial da legalidade –agora non necesaria nin exclusivamente identificada cos corpos normativos codificados, como demostra a vertixinosa dinámica a que se encontra sometida a realidade social moderna–, tanto a través das de-

cisións xudiciais como das formulacións realizadas respecto disto pola doutrina científica<sup>1</sup>.

Un claro exemplo do indicado pódese encontrar, dentro do ámbito xurídico galego, na resolución do grave problema formulado en relación coa determinación da posible aplicación con carácter retroactivo ou irretoactivo do disposto no art. 25 da Lei 4/1995 de dereito civil de Galicia (LDCG) en materia de constitución de servidume de paso por prescrición adquisitiva.

O dito problema de dereito intertemporal, certamente previsible nunha comunidade como a galega, na que desde sempre tódalas cuestións relativas á agricultura presentaron un carácter primordial, que espertou a sensibilidade popular, e que tamén, desgraciadamente, en bastantes ocasións, como demostran os acontecementos históricos, desatou paixóns incontroladas na vida cotiá, inconcibiblemente, non o tomou en consideración o lexislador galego ó proceder á redacción da vixente LDCG.

O lexislador galego, como é sabido, dando un importante paso cara a adiante, limitouse entón a recoñecer no segundo inciso do art. 25 do mencionado corpo normativo a posibilidade de que os particulares puidesen adquirir por prescrición as servidumes de paso, xunto a outros posibles modos ou formas de constitución –lei, dedicación do dono do predio servente, negocio xurídico bilateral–, cumprindo uns requisitos determinados –posesión pública, pacífica e ininterrompida durante o prazo de vinte anos–, o que responde así a unha suposta necesidade social sentida desde antigo no ámbito agrario galego, para intentar poñerlle fin á conflictividade causada pola proliferación de servidumes de paso e a falta dos correspondentes títulos constitutivos, segundo se manifestaba no prólogo da propia lei.

Á tal previsión lexislativa, entendida no sentido de recoñecer claramente a usucapción como posible forma de constitución das servidumes de paso, non acompañou sen embargo a resolución dun problema directamente conectado co recoñecemento da institución, a formulación da cal no futuro necesariamente se produciría, como intuíu e puxo de manifesto a doutrina<sup>2</sup> e confirmou o desenvolvemento posterior dos acontecementos: o

<sup>1</sup> PARICIO-FERNÁNDEZ BARREIRO, *Historia del Derecho Romano y su recepción europea*, 2ª ed. revisada, Madrid 1997, páx. 285 e segs.

<sup>2</sup> Cfr. BELLO JANEIRO, "La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de derecho civil de Galicia", en RJN n.º 14, 1995, páx. 34 e segs.; CORES TRASMONTE, "A lei 4/1995 do 24 de maio, de dereito civil de Galicia. Parte 2ª", en REGAP n.º 10, 1995, páx. 221; MOURE MARIÑO, "Lei 4/1995, do 24 de maio, de dereito civil de Galicia. Comentario ó título III: Dereitos reais", en AAVV, *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995, do 24 de maio)*, s.f., pero 1996, páx. 163 e segs.; REBOLLEDO VARELA, "A nova regulación da servidume de paso e serventías, do cómaro, do ribazo e do arro e ou retracto de graciosa na Lei 4/1995, do 24 de maio, de dereito civil de Galicia", en AAVV, *Dereito civil de Galicia (Comentarios...)* cit., páx.188 e

relativo á determinación da posibilidade de aplica-la nova forma de constitución recoñecida no ámbito galego (prescrición adquisitiva) con carácter irretroactivo ou retroactivo, é dicir, dispoñendo que unicamente aproveitarían para os efectos da adquisición das servidumes de paso por prescrición as situacións posesorias –que, loxicamente, cumprisen os demais requisitos establecidos pola lei– a partir da entrada en vigor do corpo normativo, ou ben, que tamén poderían ser alegadas e recoñecidas con plenos efectos aqueloutras situacións posesorias que, cumprindo os requisitos sinalados no art. 25 LDCG, se viñesen exercitando con anterioridade no tempo á mencionada entrada en vigor da propia lei.

Deste xeito, o lexislador galego perdeu incomprendiblemente a oportunidade histórica de actuar adiantándose ós acontecementos, ofrecendo lexislativamente a solución en calquera dos dous sentidos apuntados á cuestión indicada, evitando, como sucedeu, a súa formulación posterior.

A resolución lexislativa do daquela inminente problema da intertemporalidade en materia de prescrición adquisitiva das servidumes de paso púidose efectuar, como xa avanzamos noutro escrito<sup>3</sup>, pola vía que parecía máis simple, lóxica e segura: a introducción na lei dunha disposición transitoria específica –motivada, tanto pola especificidade e dificultade da cuestión formulada, a problemática da cal no ámbito do ordenamento común era sobradamente coñecida, como pola novidade que supoñía o dito recoñecemento da prescrición adquisitiva en relación coas servidumes de paso no ordenamento galego, no que ata entón fora ignorada– na que se prevese a retroactividade ou irretroactividade.

segs.; DÍAZ MARTÍNEZ, "Comentario a la Sentencia de 19 de marzo de 1996, A.P. de Orense", en RXG n.º 12, 1996, páx. 340 e segs.; RODRÍGUEZ MONTERO, "Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres y serventías en la vigente Ley de derecho civil de Galicia", en Foro Galego n.º 189, 1996, páx. 62 e segs.; ID., "La regulación de las servidumbres y serventías en la Ley 4/1995, de derecho civil gallego: un análisis crítico y comparativo con la legislación civil de otras comunidades autónomas", en RXG n.º 14, 1996, páx. 51 e segs.; RODRÍGUEZ PARDO, "Os dereitos reais na Lei de dereito civil de Galicia", en Foro Galego n.º 189, 1996, páxs. 56 e seg.; REBOLLEDO VARELA, "Derechos reales (servidumbres de paso y serventías y el retracto de graciosa) en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de derecho civil de Galicia", en AAVV, Derecho civil gallego, 1996, páx. 148 e segs.; FRAGA MANDIAN, "Un trascendental problema de derecho intertemporal: el artículo 25 de la Ley 4/1995, de derecho civil de Galicia", en La Ley (Galicia) suplemento al n.º 4282, 1997, páx. 1 e segs.; FREIRE SANTOS, "Comentario a la Sentencia de 8 de enero de 1997, Sec. 1ª A.P. de A Coruña", en Dereito, vol. 6 n.º 1, 1997, páx. 301 e segs.; DÍAZ FUENTES, Dereito civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995), 1997, páx. 108 e segs.; REBOLLEDO VARELA, "Art. 25 LDCG: el problema del derecho transitorio", en AAVV, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, tomo 37, vol. 1, 1997, páx. 263 e segs.; COLINA GAREA, "Disposición transitoria cuarta LDCG", en Comentarios cit., tomo 37, vol. 2, 1997, páx. 1443 e segs.; BUSTO LAGO, "Derecho intertemporal y modificación de las normas reguladoras de la usucapción extraordinaria veintenal de la servidumbre de paso ex artículo 25 de la Ley de Derecho Civil de Galicia", en La Ley (Galicia), suplemento ó n.º 4491, 1998, páx. 1 e segs.

<sup>3</sup> Vid., "La regulación de las servidumbres y serventías." cit., páx. 52.

Noutras compilacións e leis civís de diversas comunidades autónomas existían exemplos de solución nun e noutro sentido<sup>4</sup>, que perfectamente puido tomar, de maneira indicativa, en consideración o lexislador galego, o que, polos motivos que fosen, non se fixo. Iso si, unicamente se introduciu na lei unha críptica disposición transitoria cuarta a modo de “caixón de xastre” coa loable finalidade de poder resolver –sen excesivas garantías, como veremos máis adiante– todos aqueles problemas de dereito intertemporal que, como o sinalado, non se encontrasen especificamente solucionados en ningunha das outras tres disposicións transitorias anteriores, referidas a cuestións concretas, relativas ós contratos de arrendamentos rústicos realizados con anterioridade á entrada en vigor da lei, ós arrendamentos rústicos históricos e ás parcerías<sup>5</sup>.

A que, non sen certo rubor e coas reservas oportunas, cabería cualificar como “neglixencia lexislativa”, supuxo a necesaria remisión e resolución do complicado problema que nos ocupa ós órganos xurisdiccionais. A falta de previsión lexislativa provocou un xa vaticinado incremento da litixiosidade.

Neste sentido, a capacidade litixiosa dos particulares galegos resultou evidentemente rebordante. Así, por exemplo, á marxe do concreto problema a que nos estamos referindo, pero tamén en materia de dereito intertemporal e con carácter xeral, asombrosamente, en non poucas ocasións, primeiro chegou a cuestionarse a posible aplicación retroactiva dos preceptos contidos na LDCG a preitos incoados con data anterior á entrada en vigor da mesma –6 de setembro de 1995–, máxime cando resultaba canto menos difícil, por non dicir imposible, descoñecer ou eludirla clara e terminante doutrina establecida reiteradamente respecto disto polo Tribunal Supremo, recordada en diversas sentencias que dictou para o efecto o TSX de Galicia<sup>6</sup>: a lexislación aplicable ó suposto obxecto de debate é precisamente a que se encontra vixente no momento da presentación da demanda, ou, o que é o mesmo, que non poden resolverse cuestións litixiosas

<sup>4</sup> Cfr. en relación coas mesmas, REBOLLEDO VARELA, “A nova regulación da servidume de paso...”, cit., páx. 188 e seg.; DÍAZ MARTÍNEZ, “Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996...”, cit., páx. 341; RODRÍGUEZ MONTERO, “La regulación de las servidumbres...”, cit., páx. 52; FRAGA MANDIAN, “Un trascendental problema de derecho intertemporal...”, cit., páx. 3; DÍAZ FUENTES, *Dereito Civil de Galicia*, cit., páx. 111; REBOLLEDO VARELA, “Art.25 de la LDCG: el problema del derecho transitorio...”, cit., páx.264; BUSTO LAGO, “Derecho intertemporal y modificación de las normas reguladoras de la usucapión...”, cit., páx. 2.

<sup>5</sup> En relación coa disposición transitoria cuarta da LDCG, *vid.*, COLIMA GAREA, “Disposición transitoria cuarta LDCG”, cit., páx. 1417 e segs. e, en especial, polo que se refire á aplicación desta norma, páx. 1435 e segs.

<sup>6</sup> *Vid.*, respecto da Sentencia do TSX de Galicia do 24 de xuño de 1997 e outras do mesmo Tribunal Superior, recollidas no noso traballo titulado “*Precisiones históricas y jurisprudenciales en materia de serventías: Comentario a la S. del TSX Galicia del 24 de junio de 1997*”, en RXG n.º 16, 1997, páx. 303 e seg.

en virtude dunha lexislación que, no momento de presentarse a demanda, aínda non entrara en vigor; a presentación e admisión a trámite da demanda que realizase o órgano xurisdiccional produce o efecto procesual da *litispendencia*, a consecuencia procesual máis importante e característica da cal é a denominada *perpetuatio iurisdictionis*, que determina a ineficacia das modificacións que se produzan con posterioridade á presentación daquela, tanto respecto dos feitos como da norma xurídica.

Seguidamente, trala entrada en vigor da lei, a consecuencia da sinalada falta de previsión lexislativa, comezou a formularse ante os diversos órganos xurisdiccionais do ámbito galego o anunciado problema relativo á posible aplicación retroactiva ou irretroactiva do art. 25 LDCG en materia de constitución de servidumes de paso por prescripción adquisitiva.

Pode resultar ata certo punto estraño que, durante o *iter* temporal que discorre desde o momento en que se iniciaron os primeiros preitos tramitados con este contido ante os diversos xulgados de primeira instancia, pasando polo coñecemento en apelación dos mesmos a través das respectivas audiencias, ata chegar ó momento presente en que foron dictadas en casación pola Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia as dúas primeiras sentencias, 15/98 e 16/98, con data do 24 de setembro de 1998, ningún dos diversos grupos políticos galegos con representación no Parlamento de Galicia interviñese tomando a iniciativa coa finalidade de demanda-la resolución do mencionado problema, nun momento no que este xa se encontraba formulado de forma efectiva ante os tribunais de xustiza, esperando a que fosen os propios órganos xurisdiccionais os que procedesen á súa resolución. Nesa ocasión tampouco se acudiu ó mecanismo previsto na disposición adicional segunda da LDCG, na que literalmente se prescribe que “cada cinco anos, como máximo (desde o momento da entrada en vigor da lei, enténdese), sen prexuízo da iniciativa parlamentaria correspondente, a Mesa do Parlamento de Galicia designará unha ponencia, integrada por membros dos diversos grupos parlamentarios da Cámara, co fin de elaborar un informe comprensivo das dificultades e dúbidas que se advirtan na aplicación dos preceptos da presente lei e daquelas normas que se estimen necesarias para a conservación, modificación e desenvolvemento das institucións do dereito civil propio de Galicia”<sup>7</sup>.

Desgraciadamente, nin houbo iniciativas parlamentarias, nin a Mesa do Parlamento de Galicia procedeu a designar ningunha ponencia que, tralo correspondente estudio do problema formulado, lle propuxese á Cámara a introducción na lei dunha norma específica e clara que axudase a resolvelo. Así, tratándose en puridade dunha cuestión de política lexislativa, a súa resolución efectuouse por vía xudicial.

<sup>7</sup> A tal posibilidade fixemos referencia en “Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres...”, cit., páx. 72.

## 2. As SS.TSX de Galicia 15/98 e 16/98, do 24 de setembro de 1998: *iter* interpretativo

Como xa se sinalou, son dúas as históricas sentencias dictadas en casación pola Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia, ámbalas dúas con data do 24 de setembro de 1998 e nas que por primeira vez o Alto Tribunal analiza e resolve a cuestión que nos ocupa, e pronúnciase pola aplicación irretroactiva do disposto no art. 25 LDCG en materia de constitución de servidumes de paso por prescrición adquisitiva.

Ámbalas dúas sentencias, obxecto do presente comentario, encontran a súa causa en senllos recursos de casación –15/98 e 16/98– interpostos, respectivamente, contra as resolucións dictadas en apelación polas audiencias provinciais de Pontevedra (sección 3<sup>a</sup>) e Lugo; a primeira confirmatoria do dictame recaído en primeira instancia, en relación coa demanda formulada en exercicio de acción negatoria de servidume de paso, ante o Xulgado n.º 1 dos de Vigo, e, a segunda, parcialmente revogatoria da resolución recaída en Primeira Instancia en relación coa demanda formulada en exercicio de acción negatoria de servidume de paso, de acueducto e conducción eléctrica, ante o Xulgado n.º 1 de Viveiro, no sentido de declara-la inexistencia dunha servidume de paso e, pola súa vez, confirmatoria daquela resolución no referente á inexistencia das servidumes de canalización de auga e de conducción eléctrica.

Tales recursos, interpostos en casación ante o TSX de Galicia ó amparo do disposto no apartado 1º do art. 2 da Lei 11/93, do 15 de xullo do Parlamento galego, reguladora do recurso de casación en materia de dereito civil especial de Galicia, aséntanse nun único motivo, no que se denuncia infracción por aplicación indebida do art. 25 LDC de Galicia, por entenderen os recorrentes que tal precepto normativo, fronte ós termos en que se recollen os pronunciamentos dos respectivos xulgados n.º 1 de Vigo e n.º 1 de Viveiro –segundo a liña xurisprudencial unitaria establecida por tódalas demais audiencias provinciais de Galicia, no sentido de entender que non se pode estima-la aplicación irretroactiva da lei sen que haxa unha declaración explícita respecto disto por parte do lexislador–, contería un pronunciamento expreso de retroactividade, que se debe, por tal circunstancia e en consecuencia, computar entre os requisitos legalmente establecidos polo citado art. 25 para os efectos de adquisición da servidume de paso por usucapión, tamén o tempo de posesión do paso exercitado con anterioridade á entrada en vigor da mencionada LDCG.

A tal conclusión chegan os recorrentes invocando en ámbolos dous recursos unha interpretación gramatical do precepto, e argumentan con respecto a isto que na frase final do artigo, na que respecto do prazo de tempo de posesión para os efectos de usucapión das servidumes de paso se indica que “se comezará a contar desde o momento en que empezase

a exercitarse”, habería un pronunciamento expreso a favor da retroactividade.

En relación coa mencionada frase manifestámonos noutros artigos<sup>8</sup>, nos que se sinala que esta nos parecía innecesaria pola súa obviedade. A dita indicación contida no art. 25 LDCG é evidente que cobraría pleno sentido e resultaría clarificadora cando, como por exemplo ó reparar no art. 538 do CC, ou na Lei 397 da Compilación de dereito civil foral de Navarra<sup>9</sup>, se contraponen distintos grupos ou categorías de servidumes, as características estruturais das cales condicionan para estas un réxime xurídico diferente en canto á determinación do *dies a quo* para efectos posesorios: distinción entre servidumes positivas e negativas no art. 538 do CC; distinción entre servidumes positivas e negativas, e dentro destas últimas, pola súa vez, entre negativas aparentes e non aparentes na Lei 397 da Compilación de dereito civil foral de Navarra. Sen embargo, cando, como ocorre no art. 25 LDCG, non se produce unha contraposición entre distintos grupos ou categorías de servidumes, a introducción da matización indicada – “comezarse a contar...” –, sen explicitar nada respecto da posible aplicación retroactiva do precitado art. 25 LDCG, paradoxalmente actúa como un elemento de confusión, ó poder prestarse a posibles equívocos desde un punto de vista interpretativo, como sucedeu e certamente se pode constatar observando a argumentación utilizada polos recorrentes nos recursos formulados.

Así, apoiándose nunha suposta interpretación gramatical ou literal do sinalado no precepto, pretendeuse que a frase “comezarse a contar desde o momento en que empezase a exercitarse” contivese unha norma de dereito transitorio, referindo aquela de forma extensiva a partir da alusión que en relación cun tempo pasado se contén na súa última parte – “...desde o momento en que empezase a exercitarse” – a posibles situacións posesorias ocorridas non só desde, senón tamén con anterioridade á entrada en vigor da lei.

Como acertadamente se sinala nas dúas sentencias de casación dictadas pola Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia, a redacción do precepto

<sup>8</sup> Vid., “Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres...”, cit., páx. 51.

<sup>9</sup> Art. 538 CC: “Para adquirir por prescripción las servidumbres a que se refiere el artículo anterior (servidumbres continuas e aparentes), el tiempo de posesión contaráse: en las positivas, desde el día en que el dueño del predio dominante, o el que aprovecha a servidumbre, empezara a ejercerla sobre el predio serviente; e en las negativas, desde el día en que el dueño del predio dominante prohibiera, por un acto formal, ó del serviente a ejecución del hecho que sería lícito en la servidumbre”.

Lei 397 da Compilación de Navarra: “As servidumes adquirense pola prescripción ordinaria de bens inmoables, ou pola extraordinaria. O tempo empezará a contar, en servidumes positivas, desde o primeiro acto do seu exercicio; en negativas aparentes, desde a aparición dos signos de servidume; e en negativas non aparentes, desde a prohibición formal do acto que a servidume impediría realizar”.

non presenta unha tendencia clara e inequívoca a favor da retroactividade, e iso porque no art. 25 LDCG nada se expresa en relación con se o establecido na norma só se proxecta cara ó futuro, como adoita se-lo habitual, ou, así mesmo o fai, en tal caso excepcionalmente, cara ó pasado; é dicir, que o lexislador galego non determina claramente se a posesión coomezada antes da vixencia da lei pode aproveitarlle ou non ó posuidor para os efectos de adquisición da servidume de paso por prescrición.

No seu razoamento interpretativo, a Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia recorre directamente na súa Sentencia 15/98, en aplicación do disposto no art. 4.3 CC, ó art. 2.3 CC –no que, como é sabido, se sinala que “as leis non terán efecto retroactivo se non dispuxesen o contrario”–, que se cualifica como a norma interpretativa básica que preside o ordenamento xurídico en materia de dereito intertemporal e que debe de prevalecer a modo de presunción *ius tantom* nos casos dubidosos ou de non constancia inequívoca de retroactividade da lei nova.

Desde esta óptica predeterminada a sala, tras rexeita-la suficiencia do elemento gramatical ou literal para sustenta-la tese dos recorrentes a favor da retroactividade, procede seguidamente, segundo se indica na Sentencia 16/98, a interpreta-lo disposto no art. 25 LDCG, acudindo ós demais elementos interpretativos que proporciona o art. 3.1 CC.

Tras efectua-la correspondente análise do art. 25 LDCG, a Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia conclúe na súa Sentencia 16/98 que “non é posible admiti-lo carácter retroactivo da dita norma” (*sic*), e que “non se pode facer unha interpretación inequívoca do precepto que conduza a unha aplicación retroactiva da norma” (*sic*), na súa Sentencia 15/98, procedendo entón a examina-la cuestión formulada –cando en realidade tal cuestión xa parece quedar definitivamente resolta– na Sentencia 15/98 desde os principios que informan as disposicións transitorias do Código civil, ós que lle remite a xa mencionada disposición transitoria cuarta da LDCG a falta de disposición transitoria específica tanto na lei como no código, considerando inaplicable directamente o art. 1939 CC; e na Sentencia 16/98, desde a óptica do art. 1939 CC e da disposición transitoria primeira do citado corpo normativo, normas estas ás que se refiren os recorrentes no seu escrito de formalización do seu recurso de casación, con fundamento na disposición transitoria cuarta de LDCG.

O labiríntico e revesgado *iter* interpretativo que se segue nas dúas sentencias dictadas pola Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia, na nosa opinión, volve poñer de manifesto outra vez as especiais complicacións con que se encontraron neste caso os maxistrados do Alto Tribunal para os efectos de poder solucionar cun razoamento coherente e lóxico, desde o propio ordenamento galego, o dilema formulado e non resolto previamente, como sería o desexable, a consecuencia da inhibición do propio lexislador galego.



Respecto disto pode sorprendere –e, desde logo, resulta sintomática dun certo desaxuste– a circunstancia de que os maxistrados da Sala do Civil e Penal do Alto Tribunal da comunidade galega non aludan para nada en ningunha das dúas sentencias comentadas ó precepto que, en principio, parece que resultaría directamente aplicable en materia de interpretación do dereito galego, en concreto, o art. 2.2 LDCG, no que se prescribe que “o dereito galego se interpretará e integrará desde os principios xerais que o informan, os usos, os costumes, a xurisprudencia e maila doutrina que encarna a tradición xurídica galega”; polo contrario, recórrase directamente á aplicación dos preceptos contidos en materia de interpretación de normas contidos no CC, e iso, posiblemente, por entender, aínda sen sinalalo, que, segundo o disposto no art. 3.1 da LDCG, “se aplicará o CC e as demais leis civís comúns cando ó faltar costumes e leis civís galegas, esas normas non se opoñan ós principios do ordenamento xurídico galego”.

En calquera caso, o certo é que o TSX de Galicia, no seu afán por darlles cumprida e completa resposta ás peticións dos recorrentes, optou por formular e resolver dúas incógnitas en relación co indicado problema sobre a cuestión relativa á aplicación retroactiva ou irretroactiva da frase final contida no art. 25 da LDCG, a saber: en primeiro lugar, a de se o citado parágrafo contén na súa dicción unha norma clara a favor da retroactividade, e, en segundo lugar, no suposto de que a resposta fose negativa, a de cómo se resolve o dilema xurídico á vista dos principios que informan as disposicións transitorias do CC, ós que, pola súa vez, remite a disposición transitoria cuarta da LDCG<sup>10</sup>.

### 3. Interpretación do art. 25 LDCG

Centrándonos na primeira das incógnitas formuladas, interesa realizar dúas observacións.

En primeiro lugar, pódese constatar outra vez outro dos efectos que produciu, neste caso en relación co labor interpretativo que desenvolveron os órganos xurisdiccionais, a desafortunada introducción por parte

<sup>10</sup> Cabería cuestionarse, non sen certas dúbidas, se o *iter* interpretativo seguido puidese ser outro máis sinxelo, que se concretaría no recurso directo, en virtude do disposto no sinalado art. 2.2 LDCG, ás disposicións transitorias da propia LDCG, nas que, como é sabido, encontran a súa regulación os posibles problemas de dereito intertemporal que, como o que se debate –aplicación retroactiva do disposto no art. 25 LDCG, norma esta que, polo demais, tanto pola súa situación na lei, como polo seu contido, non se pode cualificar como de dereito intertemporal–, se formulen a consecuencia da súa entrada en vigor: en concreto, á disposición transitoria cuarta da LDCG, que, pola súa vez, remite ós principios informadores das disposicións transitorias do CC.

do lexislador galego da inoportuna frase “comezarse a contar desde o momento en que empezara a exercitarse”, no art. 25 LDCG.

Esta matización, que, como indicamos anteriormente, nos parecía innecesaria pola súa obviedade, posto que tal e como aparece formulada non faría máis que confirmar algo, polo demais, xa coñecido e pacífico na doutrina e xurisprudencia –en concreto, o encadramento sistemático da servidume de paso na categoría das denominadas servidumes positivas, para as que, como é sabido, por consistir nun facer por parte do titular do fondo dominante, se establece para efectos de prescrición adquisitiva o inicio do cómputo do tempo de posesión desde o momento en que esa situación (paso) comezase a exercitarse; fronte ás denominadas servidumes negativas, nas que a mencionada referencia temporal se computa desde o “acto obstativo” realizado polo propietario do fondo sobre o que se pretende impoñer-lo servicio<sup>11</sup>– foi a que deu pé á formulación dos recursos correspondentes, o que obrigaba o TSX de Galicia, en cumprimento do exercicio do seu labor interpretativo, a pronunciarse respecto da dita frase, tendo paradoxalmente que xustificar, desde o seu máis absoluto respecto e sometemento á lei e sen posibilidade de realizarlle a máis mínima crítica racional á mesma, a obviedade referida que se contén nela. E todo iso, tendo que recorrer, unha vez máis, ó ordenamento xurídico común, en concreto, ó art. 538 CC, coa redacción do cal en materia de servidumes positivas se establece un paralelismo entre este artigo e o 25 LDCG<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Así o entenderon, entre outros, e esta é unha opinión que compartimos: REBOLLEDO VARELA, “A nova regulación da servidume de paso...”, cit., páx. 190; ID., “Artículo 25 LDCG: el problema del derecho transitorio” cit., páx. 265; DÍAZ MARTÍNEZ, “Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996...” cit., páx. 341 e seg. En sentido contrario, cfr. MOURE MARINO, “Lei 4/1995, do 24 de maio de dereito civil de Galicia” cit., páx. 163 e seg. Para unha crítica á posición doutrinal sostida por este autor, *vid.*, DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, páx. 340 e REBOLLEDO VARELA, “Artículo 25 LDCG...” cit., loc. cit.

<sup>12</sup> Na nosa opinión, a mencionada frase (“comezará a contarse desde o momento en que empezase a exercitarse”), como indicamos *supra*, só encontra sentido e resulta clarificadora cando, como por exemplo ocorre no art. 538 CC, se contraponen distintos grupos ou categorías de servidumes, as características estruturais condicionan para as mesmas un réxime xurídico diferente en canto á determinación do *dies a quo* para efectos posesorios. Se tal contraposición non se produce, nin tampouco se establece unha variación respecto do encadramento da servidume a que se está facendo referencia (servidume de paso) nun grupo ou categoría distinta (servidumes negativas) no que ata entón se viña encadrando (servidumes positivas), que provoque a conseguinte alteración do réxime xurídico aplicado ata entón para esa servidume en canto á determinación do *dies a quo* para efectos posesorios (tomando entón como referencia temporal para os efectos do inicio do cómputo de tempo de posesión establecido para adquirir por prescrición a dita servidume de paso, non xa o momento desde o que o paso comezou a exercitarse, senón o momento en que se produciu o “acto obstativo” realizado polo propietario do fondo sobre o que se pretende impoñer ese servicio), como non sucede no art. 25 LDCG, a introducción na lei da matización indicada perde calquera sentido e resulta totalmente innecesaria pola súa obviedade.

En segundo lugar, tamén polo que se refire á interpretación que, nos seus aspectos histórico e finalista, realiza a Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia do contido do art. 25 LDCG na materia que nos ocupa, resulta preciso realizar outra posible matización.

Sinala a sala que, desde un punto de vista histórico, non existe unha mención expresa en ningún dos traballos preparatorios que serviron de base para a confección da actual LDCG, nin tampouco na –certamente descoidada neste aspecto, engadimos nós– exposición de motivos da propia lei, respecto da aplicación retroactiva ou irretroactiva do art. 25.

Por outra parte engade que, sen embargo, si resulta posible apreciar nos mencionados precedentes a necesidade –demandada con insistencia polos xuristas galegos, sinálase na Sentencia 15/98; demandada pola realidade social do campo galego, indícase na Sentencia 16/98– de recoñecer e regular, entre os diversos modos de adquisición das servidumes de paso, a usucapión; tal demanda, conclúe a sala, encontraría a súa resposta lexislativa no art. 25 LDCG.

Na nosa opinión, a partir desta última premisa a que se alude nas sentencias comentadas, en certa medida e desde un simple razoamento lóxico, pode resultar discutible que o Alto Tribunal rexeite de cheo, ó realiza-la interpretación desde un punto de vista finalista da lei, a posible retroactividade tácita do art. 25 LDCG, e iso porque, se é que se supón que o precepto estudiado xorde, como se manifesta polo TSX de Galicia na súa Sentencia n.º 16/98, para cubrir unha necesidade sentida pola realidade social do agro galego, implicitamente parece que se está recoñecendo, aínda inconscientemente, que coa aludida disposición normativa pretendeu establecer o lexislador galego, en prol do ben común, un novo réxime xeral e uniforme que servise para poder solucionar os supostos problemas formulados ata o momento en materia de adquisición de servidumes de paso, de maneira que nos podemos encontrar entón e, en tal caso, ante un dos limitados supostos posibles de retroactividade tácita admitidos xurisprudencialmente, ós que se fai referencia con carácter indicativo nas sentencias comentadas do TSX de Galicia. O que, desde logo, nos parece moi difícil de soste, partindo da premisa antes transcrita utilizada polo tribunal, é que –como se indica na Sentencia n.º 15/98– a vontade do lexislador galego puido se-la de establecer un período de tempo tan prolongado para a plena efectividade dunha norma que rompe coa estrutura consolidada polo CC ó longo de máis dun século.

En calquera caso, o TSX de Galicia, ante a incerteza que se presenta, ó realizar unha interpretación restrictiva en defensa da seguridade xurídica, inclínase nas súas dúas sentencias dictadas en casación, na nosa opinión acertadamente, pola irretroactividade.

Dicimos que nos parece que o TSX de Galicia resolve acertadamente a cuestión debatida e que a súa resolución resulta, na nosa opinión, a máis

adecuada, precisamente ante a incerteza que non só parece formular a propia lei na redacción que se lle dá ó art. 25, senón tamén nos seus propios antecedentes históricos.

Efectivamente é certo que, como indica a Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia, non existe unha mención expresa en ningún dos traballos preparatorios que serviron de base para a confección da actual LDCG, nin tampouco na exposición de motivos daquela, respecto da posible aplicación retroactiva ou irretroactiva do disposto no seu art. 25.

Tamén é certo que da lectura dos traballos preparatorios da lei, xa desde o I Congreso de dereito galego, resulta posible extrae-la conclusión de que os xuristas galegos viñan demandando expresamente e con insistencia o recoñecemento e regulación da prescrición adquisitiva entre os diversos modos de adquisición da servidume de paso.

Non obstante, o que na nosa opinión non parece tan claro –e esta é unha matización que cremos fundamental realizar– é que os xuristas galegos quixesen darlle ó modo de adquisición, o recoñecemento e regulación do cal solicitaban –polo menos a grande maioría dos que o solicitaban– un alcance tan amplo e xeral como algúns pretenderon<sup>13</sup>. Aquí é onde, na nosa opinión, estriba realmente a incerteza, que ata o momento presente non foi aínda cuestionada: ¿en que termos pretendían os proponentes da introducción da prescrición adquisitiva en relación coa servidume de paso que se recoñecese e regulase esta?; ó formularse a proposta, ¿estábase pensando na aplicación da usucapión como modo de adquisición para tódolos supostos posibles de paso, ou só para algúns casos moi concretos e determinados?

Unha hipotética solución a estas incógnitas quizais se puidese encontrar a partir das razóns aducidas coa finalidade de xustificar polos seus proponentes a introducción da usucapión entre os modos de adquisición das servidumes de paso.

Noutros traballos anteriores<sup>14</sup>, en referencia ós precedentes históricos do recoñecemento da usucapión como modo adquisitivo de servidumes

<sup>13</sup> Vid., REBOLLEDO VARELA, "La servidumbre de paso. El art.540 del CC.: interpretación e importancia en Galicia", en *La Ley* n.º 1392, páx. 1 e segs. Con anterioridade á vixente LDCG, como sinalamos en "Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres...", cit., páx. 59, n. 5, e "La regulación de las servidumbres y serventías..." cit., páx. 45, n. 14, a Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia, na súa Sentencia dictada con data do 25 de xaneiro de 1995, actuando como relator o seu presidente (Excmo. Sr. D. José Ramón Vázquez Sandes), desestimando o recurso de casación interposto sobre acción negatoria de servidume de paso, pronunciábase en relación coa que se cualificaba como "suposto costume de dereito civil de Galicia" relativo á adquisición por usucapión da servidume a través do seu uso ininterrompido durante vinte anos indicando expresamente que "é o certo que ese costume e esa práctica non existen en Galicia".

<sup>14</sup> "Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres..." cit., páx. 60 e seg.; "La regulación de las servidumbres y serventías..." cit., páx. 45 e segs.

de paso en dereito galego, transcribíamo-los argumentos con base nos cales xustificaba a ponencia da sección IV do I Congreso de dereito galego, realizado no mes de outubro de 1972, a súa proposta de recoñecemento e regulación das servidumes de paso e a súa adquisición polo instituto da prescripción, que agora convén volver recordar: "A distribución minifundista da propiedade rural en Galicia orixina un número extraordinario de predios enclavados, para o aproveitamento dos cales se veu realizando o paso desde tempo inmemorial a través doutras parcelas próximas ou colindantes con camiño público; esta práctica campesiña de usar tales camiños, na crenza de estar no dereito e posesión do paso, supón unha grave perturbación ó normal desenvolvemento e explotación do agro, á conciencia popular, ó sentido práctico da convivencia humana, e á realidade mesma, ó descoñecer un mínimo de dereitos a ser respectado no uso que a ciencia e a paciencia do dono servente se vén exercitando desde tempo inmemorial, polo dono do predio dominante sobre tal camiño. De aquí, a imperiosa necesidade de regular na futura compilación revisada esta servidume de paso galego, de tan xeneralizada extensión en prol da seguridade e da paz xurídica"<sup>15</sup>.

Unha argumentación similar á indicada, por non dicir practicamente idéntica, empregábase, avanzando no tempo, algúns membros da extinta Comisión Parlamentaria non permanente de dereito civil galego, que, na exposición de motivos do traballo presentado sobre a Compilación de dereito civil de Galicia<sup>16</sup>, xustificaban a introducción da usucapión dentro da normativa reguladora da servidume de paso, no art. 63.2 da súa proposta, presentándoa como unha "solución aconsellada polo máis puro pragmatismo", coa finalidade de poñerlle fin á considerable cantidade de litixios motivados pola indefinición dun grande número de servidumes e accesos ós predios, constituídos ó longo do tempo a consecuencia do excesivo repartimento da propiedade da terra en Galicia e do seu apropiado traballo, que de feito estiveron operando como servidumes de paso.

<sup>15</sup> Intentando resolver, segundo se dicía, o problema formulado pola eliminación, coa promulgación do vixente CC (arts. 539 e 540, en relación co art. 532 do mesmo corpo normativo), da prescripción como modo de adquisición das servidumes de paso, así como pola dificultade de poder acreditar ante os xulgados e tribunais a correspondente proba de inmemorialidade, no caso de que os ditos servidumes existisen con anterioridade á promulgación do CC, obstaculizando a permanencia e a estabilidade destas relacións xurídicas.

<sup>16</sup> A dita comisión, constituída no transcurso da II lexislatura, o día 9 de marzo de 1988, presentou no Parlamento galego os resultados do mencionado traballo con data do 22 de marzo de 1991. Sobre o dito traballo, a súa evolución e conclusión, *vid.*, LORENZO MERINO, "Un dereito civil para Galicia. La Propuesta legislativa de Compilación de dereito civil de 22 de marzo de 1991", en *La Ley* n.º 2995, 1992, páxs. 1 e segs.; *ID.*, *El dereito civil de Galicia y la Propuesta de Compilación de 22 de marzo de 1991*, 1992.

Finalmente, tamén na propia exposición de motivos da vixente Lei 4/95, de dereito civil de Galicia, maniféstase de forma breve en relación coa cuestión que nos ocupa que “a servidume de paso se ve sometida a unha regulación (arts. 25 a 32) que se lexitima na necesidade social de poñerlle fin á conflictividade causada pola proliferación de tal gravame e a falta dos correspondentes títulos constitutivos. O que resolverá o lexislador posibilitando, na marxe da súa natureza discontinua, a adquisición das mesmas pola usucapión de vinte anos”.

De todo o exposto parece poder extraerse a, tamén neste caso, paradoxal conclusión de que o recoñecemento da prescrición adquisitiva prevista na lei galega xurdiría fundamentalmente en relación cun específico tipo de servizos de acceso ou paso: os exercitados *de facto* e ó longo do tempo, de forma pública, pacífica e ininterrompida, polos propietarios ou titulares das leiras enclavadas –orixinadas a consecuencia do excesivo repartimento da terra: distribución minifundista da propiedade rural–, que para o seu aproveitamento necesitarían servirse para os efectos do mencionado paso a través doutras leiras próximas ou colindantes con camiño público.

Quizais pensando só en tales específicos servizos ou accesos de paso, relativos a leiras enclavadas, e non en calquera outros posibles, se formularía –polo menos así o parece inicialmente; non sabemos se con posterioridade tamén– a introducción e regulación normativa da prescrición adquisitiva, e aduciríase respecto disto que o non recoñecemento de tales supostos dereitos (de paso) suporía unha notable cantidade de litixios, nalgún caso cualificados como inxustos, por considerar que o paso do tempo –especificamente inmemorial– proviña dun título de por si máis que suficiente ó usucapiante, e, noutros casos, como inútiles, posto que ó trátase de leiras enclavadas, tales servizos poderían constituírse conseguindo, en definitiva, os mesmos efectos que coa prescrición adquisitiva, acudindo ó expediente previsto no art. 564 CC, relativo á constitución da servidume forzosa de paso.

#### 4. Determinación dos principios informadores das disposicións transitorias do CC

Deixando a un lado esta cuestión e volvendo ó comentario das sentencias analizadas, a Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia, tras resolver de forma negativa a incógnita formulada en primeiro lugar, relativa á determinación de se a parte final do art. 25 LDCG contén na súa dicción unha norma clara a favor da retroactividade, procede a continuación, en segundo lugar, a buscarlle a solución ó problema debatido recorrendo ós principios que informan as disposicións transitorias do CC, ós que remite

a LDCG en aplicación do disposto na súa disposición transitoria cuarta, a falta doutra disposición transitoria específica respecto disto.

Segundo se indicou, lonxe de achegar unha solución clara nun sentido favorable ou contrario á retroactividade, como se optou por facer noutras comunidades autónomas nesta materia<sup>17</sup>, e como parece que sería o razoable, o lexislador galego, co cómodo recurso xenérico ás disposicións transitorias do CC, non só non resolve o problema formulado, senón que volve complica-la xa de por si difícil tarefa interpretativa dos órganos xurisdiccionais.

O lexislador galego sitúa o intérprete noutra encrucillada interpretativa complicada e remíteo ó ordenamento xurídico común ou estatal, no que, outra vez, resulta necesario volver formularse outra pregunta, a contestación da cal tamén presenta notables problemas: ¿cales son os principios informadores das disposicións transitorias do Código civil ós que, tendo en conta a diferente regulación que se establece no ámbito xurídico galego –no que se reconece por primeira vez a posibilidade de adquirir-las servidumes de paso por prescrición–, habería que acudir para responder á cuestión de dereito intertemporal formulada?

A solución a que chega a Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia nas súas dúas sentencias dictadas en casación, trala aplicación dos sinalados principios informadores das disposicións transitorias do CC, é a mesma: irretroactividade do disposto no inciso final do art. 25 LDCG, confirmando a liña xurisprudencial seguida por tódalas audiencias galegas<sup>18</sup>.

Non obstante, aínda cando a solución a que se chegue sexa a mesma, cremos que, polo que se refire ós criterios utilizados pola sala en cada unha das dúas resolucións analizadas –f. x. 5º da Sentencia 15/98, e f. x. 6º da Sentencia 16/98, respectivamente– coa finalidade de determina-los mencionados principios informadores, pódense realizar algunhas observacións.

No f. x. 5º da Sentencia 15/98, tras sinalarse o que a modo de lema interpretativo se encontra no frontispicio dos mencionados principios informadores das disposicións transitorias do CC, que, segundo a sala, podería considerarse como primeiro e principal principio que informaría tódalas demais disposicións transitorias –contido no parágrafo inicial das ditas disposicións transitorias: “as variacións introducidas por este código, que prexudiquen dereitos adquiridos segundo a lexislación civil anterior,

<sup>17</sup> *Vid.*, *supra* n. 5 deste traballo.

<sup>18</sup> Incluída a A.P. de Ourense, que, inicialmente, sostivera o criterio contrario (retroactividade) na súa sentenza do 19 de marzo de 1996, na que, ademais se afirmaba a posibilidade de aplicar retroactivamente a Lei de dereito civil de Galicia á cuestión debatida no preito e incoada antes da súa entrada en vigor. Para esta sentenza, *vid.*, DÍAZ MARTÍNEZ, “Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996...” cit., páx. 337 e segs. A mencionada A.P. modificou o dito criterio con posterioridade por sentenza dictada con data do 10 de marzo de 1997.

non terán efecto retroactivo” –, procédese, a continuación, a transcribir sucintamente os que se indica que a doutrina resume como principios básicos e que aparecen recollidos nas catro primeiras disposicións transitorias do CC<sup>19</sup>, para finalizar concluíndo sinteticamente que, tanto se se contempla o problema desde o prisma dos dereitos adquiridos na extensión que tiñan recoñecida pola lei antiga (prefacio e transitoria primeira), como se se ve desde a óptica da inactividade do dono do predio servente que carecía de sanción na lexislación anterior (transitoria terceira), o resultado a que se chega é o da irretroactividade da lei nova.

A sala completa o seu razoamento na sentenza sinalada cunha referencia, neste caso algo máis ampla, ó art. 1939 CC, tamén considerada norma de dereito transitorio, e exclúe a súa aplicación directa ó suposto debatido por entender que o citado precepto se refire exclusivamente á distinta regulación da prescrición dada pola lei nova en relación coa derogada –o que non ocorre no ámbito galego, posto que a LDCG regula *ex novo* a usucapión das servidumes de paso–, indica, ademais, que o precepto en cuestión, en todo caso, mantén o principio de que a lei nova se aplica en exclusiva á prescrición comezada despois da súa vixencia, e que só excepcionalmente (prazos) pode falarse da súa aplicación retroactiva limitada, para concluír finalmente que tamén se se mira o momento en que deben comezar a computarse os prazos prescricivos (art. 1939) o resultado que se obtén volve se-lo da irretroactividade da lei nova.

No f. x. 6º da Sentencia 16/98, a cuestión formulada, segundo indica a sala, examínase “desde a óptica do art. 1939 do CC e da súa disposición transitoria primeira” (*sic*), por seren estas as “normas” (*sic*) ás que se refiren os recorrentes no seu escrito de formalización do recurso de casación.

Polo que se refire ó art. 1939 do CC, a sala –sen excluír expresamente, como fai na Sentencia 15/98, a aplicación directa do precepto á cuestión debatida– entende que, dado que do seu primeiro inciso resulta fácil deducir que a lei nova non se aplica ás prescricións que se encontrasen en curso baixo o imperio da lexislación anterior, e posto que o seu segundo parágrafo se encontra referido exclusivamente a un acurtamento do prazo prescricivo pola nova lexislación, resulta obrigado negarlle efectos adquisitivos á usucapión gañada baixo a vixencia do Código civil, que non

<sup>19</sup> Segundo a sala (S. 15/98) eses principios básicos, relativos polo que aquí interesa ás disposicións transitorias primeira e terceira, que son os que utiliza o tribunal no seu razoamento, resúmeos a doutrina da seguinte forma: “1º. Irretroactividade en todo aquilo que a nova normativa poida prexudicar dereitos xa adquiridos antes da entrada en vigor da lei nova, que se recoñecen explicitamente na extensión que tiñan de acordo coa lexislación baixo a que naceron, aínda que a lei nova non os contemple ou os regule de forma diferente (regra 1ª)”; “3º. Irretroactividade das disposicións sancionadoras ou privativas de dereitos dos actos ou omisións carentes de sanción na lei anterior, salvo que a sanción fose máis benigna (regra 3ª)”.



permitía tal modo de adquirir, e pódese dici-lo mesmo para os efectos de suma-lo período transcorrido baixo a anterior normativa.

Segundo a sala, a aplicación ó caso debatido da disposición transitoria do CC –que no seu inciso segundo contempla o suposto de autos, ó estarse declarando por primeira vez un dereito– tamén dá lugar á mesma solución, e iso porque, se ben na mencionada disposición transitoria primeira se contén unha regra xeral a favor da retroactividade, tal regra condiciónase para aqueles casos nos que se prexudique outro dereito adquirido de igual orixe –entendendo que coa dita expresión se fai referencia a dereitos de igual natureza ou que se proxectan sobre unha mesma materia–, como en opinión da sala ocorre no suposto formulado, no que se produce unha colisión entre o dereito do titular do predio pretendidamente servente, non limitado por dereito real de servidume, que actúa como recorrido no preito, e o dereito dos recorrentes a adquirir por usucapión, véndose aquel prexudicado pola aplicación do art. 25 LDCG, que reconece por primeira vez o dereito a adquirir por usucapión a servidume de paso.

Unha lectura separada, apresurada e superficial dos fundamentos de dereito transcritos nos que se analiza e resolve o problema debatido, quizais polo importante esforzo de simplificación que deste realiza neles o TSX de Galicia –en detrimento en parte dunha maior claridade expositiva, ó noso entender–, pode producir en quen descoñeza a situación en que se encontra a aludida cuestión de dereito intertemporal na doutrina, a errónea impresión de que o tema relativo á determinación e interpretación dos principios que informan as disposicións transitorias do CC, aplicables para resolve-lo problema no ámbito galego, resulta pacífico e non presenta especiais dificultades.

Neste sentido, en canto á determinación dos principios que informan as disposicións transitorias do CC, o problema parece que o resolve sen maiores dificultades a Sala do Civil e Penal en cada sentenza.

Sen embargo, cando se realiza un contraste entre ámbalas resolucións dictadas en casación, da súa lectura e análise conxunta pódese extrae-la conclusión de que os criterios de aplicación dos mencionados principios informadores das disposicións transitorias do CC seguidos pola sala, non son, ou, polo menos, a nós non nolo parecen, totalmente coincidentes.

En relación con esta cuestión, xorden fundamentalmente dúas dúbidas, xa postas de manifesto con anterioridade pola doutrina: ¿resulta aplicable o disposto no art. 1939 CC para resolve-la cuestión que nos ocupa?; ¿ocorre o mesmo co principio informador que se contén na disposición transitoria terceira do CC?<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Respecto da posible aplicación destas normas e a interpretación delas, cfr. MOURE MARINO, “Lei 4/1995 do 24 de maio de dereito civil de Galicia...”, cit., páx. 164; DÍAZ MARTÍNEZ, “Comentario a la Sentencia de 19 de marzo de 1996...”, cit., páx. 342 e

A primeira das cuestións formuladas obtén unha resposta clara na Sentencia n.º 15/98, o que non sucede na Sentencia 16/98; nesta última, a sala, sen sinalalo abertamente, parece non excluír directamente a aplicación á cuestión formulada do principio informador disposto no art. 1939, que utiliza para efectos interpretativos, coa finalidade de resolve-lo problema debatido.

Na súa Sentencia 15/98, como xa se indicou, a sala pronúnciase expresamente pola non aplicación directa do disposto no art. 1939 CC ó suposto en cuestión, o cal parece de todo punto lóxico, posto que se se acepta que o principio contido no mencionado artigo se encontra referido exclusivamente á distinta regulación da prescrición dada pola lei nova en relación coa lei derogada, e a LDCG regula *ex novo* a usucapión das servidumes, o sinalado no art. 1939 CC, evidentemente, non resulta aplicable ó caso obxecto de debate.

Non obstante, a sala, aínda malia pronunciarse na súa Sentencia 15/98 pola non aplicación directa do citado artigo 1939 CC, sen embargo, alude a este xunto co prefacio das disposicións transitorias do CC, a disposición transitoria primeira e a terceira do CC, coa finalidade de argumenta-la irretroactividade da lei nova: "se se mira o momento en que deben comezar a computarse os prazos prescritivos (art. 1939) a conclusión é sempre a da irretroactividade da lei nova" (f.x. 5º).

Do mesmo xeito que ocorre co principio contido no art. 1939 CC, a partir do contraste entre as dúas sentencias dictadas en casación, tamén se formula outra dúbida, neste caso, respecto da, na nosa opinión, bastante discutible posibilidade de aplicación do principio recollido na disposición transitoria terceira do CC<sup>21</sup>.

---

segs.; RODRÍGUEZ MONTERO, "Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres...", cit., páx. 62 e seg.; ID, "La regulación de las servidumbres y serventías...", cit., páx. 55 e segs.; FRAGA MANDIAN, "Un trascendental problema de derecho intertemporal...", cit., páx. 3 e segs.; DÍAZ FUENTES, *Derecho civil de Galicia*, cit., páx. 109 e segs.; REBOLLEDO VARELA, "Art. 25 LDCG: el problema del derecho transitorio", cit., páx. 265 e segs.; BUSTO LAGO, "Derecho intertemporal y modificación de las normas reguladoras de la usucapión...", cit., páxs. 3 e 5.

A citada cuestión tamén se formulou xurisprudencialmente no ámbito civil catalán -no que, como é sabido, tampouco se contén unha previsión específica en materia de dereito transitorio sobre a constitución de servidumes por usucapión- nun suposto semellante, referido á adquisición por prescrición dunha servidume de vistas. O TSX de Cataluña dictou respecto disto unha sentenza, con data do 17 de outubro de 1994, na que para fundamenta-la súa decisión -irretroactividade- tomou en consideración o mencionado art. 1939 CC, e a disposición transitoria terceira do mesmo corpo normativo. En relación coa citada sentenza, *vid.*, REBOLLEDO VARELA, "A nova regulación da servidume de paso...", cit., páx. 189 e seg.; DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, páx. 342 e segs.; FRAGA MANDIAN, *op. cit.*, páx. 3 e seg.; DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, páx. 111 e seg.; REBOLLEDO VARELA, "Art. 25 LDCG: el problema del derecho transitorio", cit., páx. 267 e segs.

<sup>21</sup> Á aplicación da disposición transitoria terceira CC, como sinala DÍAZ MARTÍNEZ, "Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996...", cit., páx. 345 e seg. e n. 26, "parece

A sala non alude para nada a esta na súa Sentencia 16/98, e, sen embargo, recorre á dita disposición na súa outra Sentencia 15/98, coa finalidade de resolve-lo problema formulado, e detense na nosa opinión escasamente na xustificación da súa aplicación.

Ningunha dúbida, pola contra, parece presentarse na sala en canto ó que se refire á aplicación do tamén moi discutido doutrinalmente principio que se contén na disposición transitoria primeira (inciso segundo) do CC, á aplicación do cal procede o TSX de Galicia en ámbalas dúas sentencias, concluíndo a irretroactividade da nova normativa na cuestión debatida, por entender que a aplicación retroactiva do art. 25 LDCG, ó recoñecerse ou declararse por primeira vez un dereito –dereito de adquirir por usucapión a servidume de paso– prexudicaría o outro dereito adquirido de “igual orixe” –considerando a sala na súa Sentencia 16/98 que, con esta expresión legal, o lexislador está facendo referencia a aqueles dereitos de igual natureza ou que se proxectan sobre unha mesma materia–, pertencente ó titular do predio pretendidamente servente, o que non se encontraba limitado na lexislación anterior polo dito dereito real de servidume.

Na nosa opinión, non só a interpretación do suposto principio informador da regra contida no segundo parágrafo da disposición transitoria primeira do CC formula notables dúbidas interpretativas dificilmente resolubles, como se pode observar se se acode á doutrina<sup>22</sup>, especialmente polo que se refire tanto á determinación do sentido atribuíble á discutible expresión “de igual orixe” recollida ó final do precepto en relación co dereito adquirido, como á determinación da existencia ou non dun dereito adquirido que puidese resultar prexudicado polo recoñecemento doutro dereito descoñecido anteriormente, senón que, ademais, a aplicación de tal principio informador, sempre segundo o noso criterio, supón introducirse nunha dinámica escabrosa de contraste entre dous dereitos, perfectamente respectables, coa conseguinte opción de preferencia por un deles, o que nos induce a cuestionar-la utilización de tal principio para poder resolver satisfactoriamente o problema de dereito intertemporal analizado<sup>23</sup>.

---

que puede oponerse un argumento nada desdeñable, pues parte de un carácter sancionador de la institución de la prescripción que es rechazado hoy unánimemente por la doctrina, para la que resulta más convincente buscar el fundamento de la prescripción, cualquiera que sea su clase, en el dato objetivo de la necesidad de dar certidumbre a las relaciones jurídicas, prescindiendo de teorías subjetivas basadas en una presunción de renuncia o abandono o en la sanción de una conducta negligente”.

<sup>22</sup> Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, “Comentario a la Sentencia de 19 de marzo de 1996...” cit., páx. 343 e segs.; RODRÍGUEZ MONTERO, “La regulación de las servidumbres y serventías...” cit., páx. 56 n. 37; FRAGA MANDIAN, “Un trascendental problema de derecho intertemporal...” cit., páx. 4; REBOLLEDO VARELA, “Art. 25 LDCG: el problema del derecho transitorio”, cit., páx. 267.

<sup>23</sup> Tanto a circunstancia de que no articulado de LDCG non se sinala nada en canto

## 5. Seguridade xurídica e irretroactividade

Na marxe destas apreciacións particulares e compartindo, como se indicou, o resultado final –irretroactividade– ó que chega a Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia nas sentencias comentadas, interesa finalmente destacar unha circunstancia importante á que alude a sala na súa Sentencia 15/98, como colofón do seu razoamento interpretativo: “a seguridade xurídica, predicamento do principio de irretroactividade das leis consagrado no noso dereito (art. 9.3 da Constitución española), debe prevalecer sobre a carencia de mandato expreso en contrario do lexislador” (f.x. 5°).

Certamente, a irretroactividade e a seguridade xurídica poden aparecer ligadas. Neste sentido, a regra ou principio xeral de irretroactividade das novas disposicións, dise, encontra o seu fundamento na esixencia de seguridade xurídica: trátase de asegura-la previsibilidade das consecuencias da conducta, sobre a base de que a armazón normativa que a rexe permanecerá invariable no futuro; e que se varía, non afectará ó acto realizado baixo a antiga lei<sup>24</sup>.

---

á súa posible aplicación con efecto retroactivo respecto das situacións posesorias de servidumes de paso anteriores á súa entrada en vigor, como a inexistencia de ningún principio informador recollido nas disposicións transitorias do CC que, na súa discutible aplicación, permita resolve-la cuestión de dereito transitorio formulada, facíanos optar pola solución que parecía máis sinxela, e así, recuperando o criterio xurisprudencial establecido polo TS na súa Sentencia do 14 de maio de 1903, sinalábámo-lo seguinte: “dado que en supostos como el que agora se plantea, en los que la nueva ley (LDCG) considera válidos actos (posesorios de servidumbre de paso) que bajo el imperio de la antigua (Compilación de derecho civil de Galicia, aprobada por Ley 7/1987, de 10 de noviembre) eran nulos, no existe ninguna disposición transitoria que por vía interpretativa autorice para llegar a la conclusión de que un acto nacido nulo, y por tanto ineficaz –identificando en este caso ineficacia con inexistencia para el derecho, es decir, con falta de vida real y legal para ningún efecto, como también parece hacer el TSJ de Cataluña en el F.J. 3° de su referida Sentencia de 17 de octubre de 1994–, cuya ineficacia sería originaria, automática y radical, deba adquirir por ministerio de la ley una vida que antes no tenía, quedando sanado por el mero hecho de que la nueva ley admita su validez, habría que estar a lo dispuesto en el art. 2.3 del CC, en el que, como es sabido, se establece el principio de irretroactividad, aplicable con carácter subsidiario y en defecto de determinación por la nueva ley sobre su posible efecto retroactivo”. Vid. “Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres...”, cit., páx. 63 e seg.

<sup>24</sup> Para unha aproximación ós conceptos de irretroactividade e retroactividade, así como para outras cuestións relativas a estes, *vid.*, con referencias bibliográficas e xurisprudenciais: CAPILLA RONCERO, voz “irretroactividad” (*derecho civil*), en AAVV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo III, 1995, páx. 3767 e segs.; ID, voz “retroactividad” (*derecho civil*), *op. cit.*, tomo IV, páx. 5985 e segs.; DÍEZ-PICAZO, L. M., voz “retroactividad de las normas” (*derecho constitucional*), *op. cit.*, tomo IV, páx. 5988 e segs. En relación co concepto de seguridade xurídica, cfr. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, 1991, especialmente páx. 90 e segs., e SAINZ MORENO, voz “seguridad jurídica” (*derecho constitucional*), *Enciclopedia Jurídica*, cit., tomo IV, páx. 6108 e segs., con bibliografía e algunhas apreciacións, na nosa opinión, discutibles.

Non obstante, o feito de que o principio de irretroactividade se fundamente na esixencia de seguridade xurídica, non quere dicir que tal principio deba de aplicarse en termos excesivamente ríxidos, senón que o mesmo, na súa aplicación, ha de compatibilizarse coas normais esixencias de evolución do ordenamento, precisamente coa finalidade de que este último non quede petrificado<sup>25</sup>.

Así, pode dicirse que a irretroactividade é, ata certo punto, unha compañe da seguridade xurídica, pero tamén resulta necesario matizar que, nun ordenamento no que existe unha previsión constitucional expresa en materia de irretroactividade, todo intento de vinculala ás esixencias de seguridade xurídica non pode menos que implicar unha ampliación dos supostos constitucionalmente prohibidos de retroactividade, o cal choca co criterio interpretativo do *favor legislatoris*<sup>26</sup>.

O principio de irretroactividade aparece positivizado no ordenamento xurídico común en dous preceptos: o art. 9.3 da Constitución española, e o art. 2.3 do CC (tamén no art. 2 do vixente Código penal, o contido do cal é substancialmente idéntico ó da indicada norma constitucional).

Partindo do dato de que é ó lexislador a quen, na súa tarefa de configuración e renovación do ordenamento xurídico, lle corresponde establecer libremente as solucións necesarias para regula-los problemas que presenta a sucesión temporal das normas a través de concretas disposicións transitorias ou ben mediante unha norma xeral de conflito, no citado art. 9.3 da Constitución española impónselle ó propio lexislador uns límites constitucionais infranqueables no momento de deseñar ese dereito intertemporal, o que lle garante o principio de "irretroactividade das disposicións sancionadoras non favorables ou restrictivas de dereitos individuais"<sup>27</sup>.

O lexislador pode, polo tanto, introducir na norma nova específicas disposicións transitorias que prevexan a resolución dos problemas de dereito intertemporal que se formulan, sendo posible perfectamente que dote a aquela de eficacia retroactiva, sempre dentro dos concretos límites establecidos no mencionado art. 9.3 da Constitución española, que en caso de conculcarse darán lugar á súa inconstitucionalidade.

Cando iso non ocorre, é dicir, cando o lexislador non establece específicas disposicións transitorias, entra en funcionamento o outro precepto ó que fixemos referencia, o art. 2.3 CC, que actúa nestes casos como norma de conflito temporal supletoria ou xeral, que se encontra dirixida ó

<sup>25</sup> Respecto do principio de irretroactividade no sentido indicado, *vid.*, por exemplo, entre outras, a STC 227/88 (f. x. 9º).

<sup>26</sup> Díez-PICAZO, L. M., *op. cit.*, páx. 5990 e seg.

<sup>27</sup> Respecto dos límites constitucionais impostos á retroactividade, *vid.*, Díez-PICAZO, L.M., *op. cit.*, páx. 5991 e seg.

intérprete e aplicador do dereito, e, máis concretamente, en posición preeminente, ó xuíz encargado de resolve-lo problema formulado.

Fronte ó que sucede co art. 9.3 da Constitución española, o art. 2.3 CC non contén un mandato dirixido ó lexislador, precisamente porque, nun ordenamento presidido por unha Constitución ríxida e suprallegal, o CC carece de rango para establecer de maneira xeral a validez das normas<sup>28</sup>. O art. 2.3 CC contén, iso si, unha regra vinculante para os operadores xurídicos, na que se lles ordena cómo deben interpretar e aplicar as normas en caso de sucesión temporal destas, establecendo a presunción *iuris tantum* de irretroactividade: as normas só teñen eficacia retroactiva se elas mesmas así o dispoñen; o que significa que, en ausencia dunha autoregulación respecto disto, ou de específicas disposicións transitorias, as ditas normas operan só *pro futuro*, é dicir, que o operador xurídico non pode outorgarlles efectos retroactivos.

De acordo co indicado estimamos que, mellor que sinalar que debe de prevalecer a seguridade xurídica como predicamento do principio de irretroactividade das leis consagrado no noso dereito (art. 9.3 da Constitución española) sobre a carencia de mandato expreso en contrario do lexislador, segundo indica a Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia na súa Sentencia 15/98, sería máis axeitado dicir que, a falta ou en defecto de específicas disposicións establecidas en concreto polo lexislador galego coa finalidade de poder resolve-lo problema de dereito intertemporal formulado, ó ser insuficiente a remisión que con carácter xeral se efectúa, para os efectos da súa resolución, ós principios que informan as disposicións transitorias do CC (disposición transitoria cuarta da LDCG), prevalece o principio de irretroactividade, en virtude do disposto no art. 2.3 CC, que actúa neste caso como norma de conflito temporal supletoria ou xeral, vinculante para o intérprete: “as leis non terán efecto retroactivo se non dispuxesen o contrario”.

A seguridade xurídica, entendida con fórmula esquemática como certeza sobre o ordenamento xurídico aplicable e os intereses xuridicamente tutelados<sup>29</sup>, debe de prevalecer sempre, nos termos indicados anteriormente, por imperativo constitucional; naqueles casos dubidosos, como o que nos ocupa, nos que o ordenamento xurídico –neste caso, galego– non ofrece unha certeza suficiente como para poder resolve-la cuestión formulada, ante o silencio do lexislador, a regra ou principio xeral que debe de aplicalo intérprete é o da irretroactividade (art. 2.3 CC).

Coas históricas sentencias dictadas en casación pola Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia, resólvese definitivamente o grave problema presentado en relación coa determinación da posible aplicación con ca-

<sup>28</sup> Díez-PICAZO, L. M., *op. cit.*, pág. 5991 e seg.

<sup>29</sup> STC 15/86 (f. x. 2º).

rácter retroactivo ou irretroactivo do disposto no art. 25 LDCG en materia de constitución de servidumes de paso por prescripción adquisitiva.

Deste xeito, a través da interpretación xurisprudencial, péchase un período de incertezas e de dúbidas provocado por unha inescusable falta de previsión lexislativa, o que pon de manifesto, como sinalabamos ó inicio deste comentario, que, tamén naqueles ordenamentos xurídicos que responden a un modelo de dereito de tipo legal, o labor desenvolvido pola xurisprudencia, tanto a través das decisións xudiciais como das formulacións realizadas pola doutrina científica, non se limita á simple aplicación mecánica da normativa contida nos textos, senón que, en determinadas ocasións, tamén se concreta claramente nunha importante actividade creadora do dereito, desenvolvendo o ordenamento xurídico, sobre todo cando o propio ordenamento, incomprendiblemente, non ofrezca solucións lexislativas a problemas concretos, a formulación dos cales resulte certamente previsible.

Que se resolverse o problema formulado no ámbito xurídico galego optando por solucionalo nun sentido determinado –irretroactividade– non quere dicir, evidentemente, que no futuro non se poidan formular outras cuestións conexas con aquel. Así, non é excluible que, como se dixo, durante os anos próximos se inicien litixios por parte de todos aqueles propietarios que, sendo conscientes de que no prazo de vinte anos, contados a partir da entrada en vigor da LDCG, o seu veciño pode adquirir por prescripción o dereito de paso cumprindo os requisitos establecidos no art. 25, pretendan evitar tal circunstancia acudindo ós xulgados e ós tribunais en defensa do seu dereito de propiedade libre de cargas ou gravames<sup>30</sup>.

En calquera caso, na nosa opinión, este hipotético incremento no futuro da conflictividade, no suposto de que así se confirmase, non serviría para desmentir a validez da solución alcanzada nas presentes sentencias polo TSX de Galicia, solución esta que, na nosa opinión, se presenta xuridicamente no seu resultado final como a máis adecuada e acertada para resolver-lo difícil problema de dereito intertemporal tal e como aparecía formulado, a consecuencia da inhibición lexislativa. ■

<sup>30</sup> DIAZ FUENTES, *Dereito civil de Galicia*, cit., páx. 109 e 113 e segs.

## SENTENCIAS

*Sentencia núm. 15/98 de data 24 de setembro de 1998.*

*Tribunal:* Sala do Civil e do Penal do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia.

*Maxistrado relator:* Ilmo. Sr. D. Pablo Saavedra Rodríguez.

*Materia:* acción negatoria de servidume de paso.

*Conceptos básicos:* dereito de propiedade e servidumes.

*Comentario:* o TSX de Galicia examina neste recurso o problema formulado sobre a posible retroactividade do disposto na parte final do artigo 25 da LDCG, referido á adquisición das servidumes de paso por usucapión, contestando as que considera dúas interrogantes básicas: a primeira, a de se o citado parágrafo do artigo contén unha norma de dereito transitorio clara a favor da retroactividade, ó que responde negativamente; e, a segunda, relativa a cómo se soluciona o dilema xurídico á vista dos principios que informan as disposicións transitorias do Código civil, ós que remite a disposición transitoria cuarta da LDCG, que procede a interpretar, concluíndo a irretroactividade da lei nova.

*Lexislación citada:*

▬ Lei 4/1995, do 24 de maio, do Parlamento de Galicia, de dereito civil de Galicia: art. 25; disposición transitoria 4<sup>a</sup>.

▬ Lei 11/1993, do 15 de xullo do Parlamento de Galicia, reguladora do recurso de casación en materia de dereito civil especial de Galicia: art. 2, ap.1; art. 4.

▬ Lei 3/1992, do 1 de xullo, do dereito civil foral do País Vasco: disposición transitoria 4<sup>a</sup>.

▬ Código civil español: art. 2.3; art. 4.3; art. 538; art. 1939; disposición transitoria 1<sup>a</sup>; disposición transitoria 3<sup>a</sup>.

▬ Constitución española de 1978: art. 9.3.

### *Fundamentos de dereito*

**Primeiro.** O único motivo do presente recurso de casación, interposto ó abeiro do artigo 2º, apartado 1º, da Lei 11/93, do 15 de xullo do Parlamento de Galicia, denuncia infracción do artigo 25 da Lei 4/1995, do 24 de maio, tamén do Parlamento galego, de dereito civil de Galicia.

Argumenta para o efecto que, no presente litixio, os demandantes –hoxe recorridos– exercitaron unha acción negatoria de servidume, co obxecto de impedi-lo paso dos demandados –aquí recorrentes– por un camiño



que atravesas as súas propiedades. E que, contra tal pretensión, a representación destes opuxo fundamentalmente que os seus mandantes adquiriran o dereito de paso en virtude da súa posesión pública, pacífica e ininterrompida durante máis de vinte anos, tal e como permite o artigo 25 citado da Lei galega 4/1995 que textualmente di que: "A servidume de paso adquirese por lei, por dedicación do dono do predio servente ou por negocio xurídico bilateral, calquera que sexa a forma na que aquel se expresase. Igualmente, pódese adquirir pola súa posesión pública, pacífica e ininterrompida durante o prazo de vinte anos, que comezará a contarse desde o momento en que empezase a exercitarse.

Parte na súa argumentación de que ámbalas dúas sentencias, a de instancia e a de apelación, aceptan como probado que os demandados-recorrentes acreditaron a concorrencia na posesión dos catro requisitos legalmente establecidos para os efectos da usucapión, e considera que sobre esa base as sentencias deberían ter rexeitado a demanda, polo que ó non facelo infrinxen o precepto citado.

Considera, ó revés que a resolución de instancia e a da Audiencia, aquí impugnada, que a disposición ten forza retroactiva e que polo tanto se debeu computa-lo tempo de posesión do paso exercitado con anterioridade á entrada en vigor da Lei 4/1995 de dereito civil de Galicia, e conclúe, en apoio da súa tese, expoñendo as razóns de dereito en que a fundamenta: 1º) Interpretación gramatical do disposto no citado artigo 25. 2º) O artigo 25 contén unha norma específica de dereito transitorio. E 3º) Por aplicación da disposición transitoria 1ª do Código civil á que se remite a transitoria 4ª da Lei galega 4/1995.

**Segundo.** Deixando a un lado a cuestión relativa a se a declaración fáctica da sentenza obxecto de recurso dá por probado que a posesión dos demandados-recorrentes sobre o camiño litixioso reúne os requisitos de ser pública, pacífica, ininterrompida, e por máis de vinte anos, afirmación dos recorrentes que é cuestionada expresamente de adverso no seu escrito de impugnación do recurso, e que de ser destoutra forma levaría consigo o rexeitamento do motivo, e como consecuencia do recurso, cómpre analizar como primeira cuestión o debate xurídico de fondo sobre a posible retroactividade do artigo 25 da LDCG no punto relativo á adquisición por prescrición da servidume de paso, respondendo así, por outra parte, esta sala a un problema que está a xerar crecente litixiosidade e sobre o que xa se produciu abundosa literatura xurídica, ó tempo que se resolve o recurso formulado.

**Terceiro.** O problema sobre a posible retroactividade do disposto na parte final do repetido artigo 25 da LDCG, sobre a adquisición das servidumes de paso por usucapión, presenta dúas interrogantes básicas ás que cómpre responder. A primeira é a de se o citado parágrafo contén unha norma de dereito transitoria clara a favor da retroactividade, e a segunda,

para o caso de resposta negativa, é a de cómo se soluciona o dilema xurídico á vista dos principios que informan as disposicións transitorias do Código civil, ós que remite a disposición transitoria cuarta da LDCG para responder ós demais problemas de dereito intertemporal que se lle formulen por causa da súa entrada en vigor (os relativos ós arrendamentos rústicos e ás parcerías, ós que lles dedica especificamente as disposicións transitorias 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup> e 3<sup>a</sup>).

Convén, non obstante e con carácter previo, recordar que a norma básica que preside o noso ordenamento xurídico en materia de dereito intertemporal (art. 4.3 do Código civil) é a contida no artigo 2.3 do código, que establece que: “as leis non terán efecto retroactivo se non dispuxesen o contrario”, que debe prevalecer nos casos dubidosos ou de non constancia inequívoca da retroactividade da lei nova, a modo de presunción *iuris tantum* de irretroactividade da norma (SSTS 29/04/86 e 19/04/88).

**Cuarto.** Abordando desde esa óptica a análise do texto da parte final do artigo 25 da LDCG que indica que a posesión *ad usucapionem* “comezará a contarse desde o momento en que empezase a exercitarse”, utilizado polo recorrente e por parte, certamente minoritaria, da doutrina para defende-la retroactividade da lei neste punto, o primeiro que cómpre salientar é que non é un precepto claro e inequívoco a favor da retroactividade, xa que por un lado non fai referencia ningunha á vixencia da lei nova, como por exemplo o fai a norma correlativa do País Vasco (“a posesión dunha servidume de paso comezada antes da vixencia desta lei aproveitaralle ó posuidor para os efectos da súa adquisición por prescripción”), co que non é claro se se refire ó pasado ou só ó futuro a partir da vixencia da norma, que é a súa vocación ordinaria.

Por outro lado cómpre tamén salientar que admite outro tipo de interpretación, como puxo de relevo un sector da doutrina, totalmente allea ó dereito transitorio. Nese sentido o texto citado limitaríase a configurar como positiva a servidume de paso, indicando que o tempo de posesión se conta, por pertencer a ese tipo de servidumes, desde que aquela comeza a exercitarse, e non desde que o titular do predio servente realiza actos obstativos para o exercicio das facultades que o dereito real lle confire, e é moi significativa respecto disto a case idéntica redacción do precepto co disposto no artigo 538 do Código civil cando se refire ás servidumes positivas.

En segundo lugar, é necesario constatar que os traballos preparatorios da LDCG non aclaran tampouco cál foi a vontade respecto disto do lexislador de Santiago, pois se ben é certo que o precepto é froito da presión exercida polos xuristas galegos para que se regulamentase con urxencia o dereito a prescribi-las servidumes de paso no noso dereito, xa desde o Primeiro Congreso de dereito galego realizado na Coruña no ano 1972 non hai constancia, nos traballos da Comisión Parlamentaria nin na ex-

posición de motivos da lei, de que se lle quixese dar efecto retroactivo á norma.

Tampouco, desde o punto de vista da finalidade da lei, pode falarse da retroactividade tácita desta, pois o precepto nese punto nin está nos limitados casos admitidos pola xurisprudencia: disposición que condena, como incompatible para os seus fins morais e sociais, a situación anteriormente constituída (a título de exemplo SSTS 03/02/1914, 22/11/1918, 26/01/1980 da Sala do Contencioso-Administrativo, 05/07/1986 da Sala do Social e STC 9/1981 do 31 de marzo), disposición interpretativa doutra norma (SSTS 11/03/75 e 05/07/1986 da Sala do Social), ou disposición que teña por obxecto o establecemento dun réxime xeral e uniforme (SSTS 26/05/1969, e as repetidas do 05/07/1986 do Social e a do TC 9/1981, do 31 de marzo); nin é obrigado pensar que dada a súa finalidade debe ter aplicación retroactiva necesaria, xa que a vontade do lexislador galego ben puido se-la de establecer un período de tempo prolongado para a plena efectividade dunha norma que rompe coa estrutura consolidada polo Código civil ó longo de máis dun século.

En conclusión, pois, hai que dicir que non se pode facer unha interpretación inequívoca do precepto que conduza a unha aplicación retroactiva de norma, polo que debe prevalece-la *vis atractiva* do disposto no artigo 2.3 do Código civil a favor da irretroactividade.

**Quinto.** Cómpre, en consecuencia, busca-la solución nos principios que informan as disposicións transitorias do Código civil, ós que remite a transitoria cuarta da LDCG, a falta de disposición transitoria de aplicación específica tanto na lei coma no código.

No frontispicio deles encóntrase a modo de lema interpretativo de todas a seguinte declaración, que pode considerarse o primeiro e principal principio que as informa: "as variacións introducidas por este código, que prexudiquen dereitos adquiridos segundo a lexislación civil anterior non terán efecto retroactivo".

Os principios ou regras xerais encóntranse, ademais de no parágrafo inicial, nas catro primeiras transitorias, e son especiais as restantes, agás a 13ª que contén unha norma de "analogía iuris", idéntica á contida na transitoria 4ª da LDCG.

Estes principios básicos resúmeos a doutrina da seguinte forma:

1º) Irretroactividade en todo aquilo que a nova normativa poida prexudicar, dereitos xa adquiridos antes da entrada en vigor da lei nova, que se recoñecen explicitamente na extensión que tiñan de acordo coa lexislación baixo a que naceron, aínda que a lei nova non os contemple ou os regule de forma diferente (regra 1ª).

2º) Validez dos actos e contratos realizados baixo o imperio da lei vella, sempre que fosen válidos de conformidade con ela (regra 2ª).

3º) Irretroactividade das disposicións sancionadoras ou privativas de

dereitos dos actos ou omisións carentes de sanción na lei anterior, agás que a sanción fose máis benigna (regra 3ª).

4º Retroactividade das normas relativas ó exercicio, duración e procedemento para facer vale-los dereitos e accións (regra 4ª).

Por último é obrigada a referencia ó artigo 1939 do Código civil dada a súa condición de norma transitoria, segundo ten declarado a xurisprudencia (STS 16/11/1988), incluso con carácter previo ás outras pola súa condición de norma máis antiga. Específico para a prescrición, non é de aplicación directa ó suposto que nos ocupa, dado que a LDCG regulamenta *ex novo* a usucapión das servidumes de paso e o artigo 1939 refírese só á distinta regulamentación da prescrición dada pola lei nova en relación coa derogada, mais, en todo caso, mantén o principio de que a lei nova se aplica en exclusiva á prescrición comezada logo da súa vixencia, e só excepcionalmente (prazos) pode falarse da súa aplicación retroactiva de forma limitada.

A aplicación destes principios obriga a pronunciarse pola irretroactividade do disposto no inciso final do artigo 25 da LDCG, como así o fixeron tanto a sentenza do Xulgado número 1 de Vigo como a recorrida da Audiencia de Pontevedra (sección 3ª), e como unanimemente nas súas resolucións o veñen facendo tódalas audiencias galegas (cómpre sinalar que o criterio sostido inicialmente pola Audiencia de Ourense na súa Sentencia do 19/03/1996 foi modificado con posterioridade pola do 10/03/1997).

Tanto se se contempla o problema desde o prisma dos dereitos adquiridos na extensión que tiñan recoñecida pola lei vella, (prefacio e transitoria 1ª) como se se ve desde a óptica da inactividade do dono do predio servente que carecía de sanción na lexislación anterior (transitoria 3ª), como tamén se se mira ó momento en que deben comezar a computarse os prazos prescricivos (artigo 1939), a conclusión é sempre a da irretroactividade da lei nova.

A seguridade xurídica, predicamento do principio de irretroactividade das leis consagrado no noso dereito (artigo 9.3 da Constitución española), debe prevalecer sobre a carencia de mandato expreso en contra do lexislador.

**Sexto.** En conclusión, cómpre rexeita-lo motivo e con el o recurso, confirmando a resolución obxecto do mesmo, sen facer especial pronunciamento en canto ás custas desta casación (artigo 4 da Lei 11/1993 do Parlamento galego), mais con declaración da perda do depósito constituído, ó que segundo o artigo 1715 da Lei de procesamento civil se lle dará o destino legal.

*Resolución:* rexeitamento do recurso de casación.

*Sentencia núm. 16 de data 24 de setembro de 1998.*

*Tribunal:* Sala do Civil e do Penal do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia.

*Maxistrado relator:* Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso.

*Materia:* acción negatoria de servidume de paso, de acueducto e conducción eléctrica.

*Conceptos básicos:* dereito de propiedade e servidumes.

*Comentario:* o TSX de Galicia examina neste recurso o problema formulado sobre a posible retroactividade do disposto na parte final do artigo 25 da LDCG, referido á adquisición das servidumes de paso por usucapión. Tras realizar unha interpretación xurídica do mencionado precepto, partindo dos principios establecidos no artigo 3 do Código civil, chegou á conclusión de que non é posible admiti-lo carácter retroactivo da dita norma. Procédese a examina-la cuestión debatida desde a óptica do artigo 1939 do Código civil e da súa disposición transitoria primeira –normas estas ás que, segundo os recorrentes, remitirá a disposición transitoria 4ª da citada Lei 4/1995, de dereito civil de Galicia– que alcanza a mesma conclusión anteriormente sinalada: irretroactividade da lei nova.

*Legislación citada:*

▮ Lei 4/1995, do 24 de maio, do Parlamento de Galicia, de dereito civil de Galicia: art. 25; disposición transitoria 4ª.

▮ Lei 11/1993, do 15 de xullo, do Parlamento de Galicia, reguladora do recurso de casación en materia de dereito civil especial de Galicia: art. 2, ap. 1; art. 4.

▮ Lei 3/1992, do 1 de xullo, do dereito civil foral do País Vasco: disposición transitoria: 4ª.

▮ Lei 15/1967, do 8 de abril, da Compilación do dereito civil especial de Aragón: disposición transitoria: 10ª.

▮ Código civil español: art. 2.3; art. 3; art. 538; art. 1939; disposición transitoria: 1ª.

### *Fundamentos de dereito*

**Primeiro.** Ó amparo do ordinal 1º do artigo 2º da Lei 11/1993, do 15 de xullo, reguladora do recurso de casación en materia de dereito civil especial de Galicia, os recorrentes aducen, como único motivo, a infracción do artigo 25 da Lei 4/1995, do 24 de maio, do dereito civil de Galicia, ó entender que na sentenza da Audiencia Provincial de Lugo se realiza unha aplicación indebida do dito precepto, en canto considera o expresado tribunal que non pode aplicarse retroactivamente a falta dun pronunciamento expreso do lexislador que afirma como inexistente.

**Segundo.** En efecto, o fundamento de dereito cuarto da sentenza recorrida en casación nega a aplicación retroactiva do citado artigo 25, e expresa que “certo é que falta un pronunciamento específico do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, que é o competente para crear xurisprudencia respecto disto, no que atinxe á aplicación retroactiva do disposto no artigo 25 da Lei 4/1995 do dereito civil de Galicia. Non obstante a inexistencia de tal xurisprudencia, o certo é que este tribunal, como tamén o resto das audiencias provinciais de Galicia coa soa excepción dun pronunciamento da AP de Ourense pero xa contradito por outros posteriores, ten indicado que non se pode estimar, sen que haxa pronunciamento expreso do lexislador, a aplicación retroactiva da lei, pois senón veríanse crebados posicionamentos e actitudes mantidos polos propietarios dos predios que, coñecían que, segundo a lexislación común, non se gañaba a usucapión polo feito de que fose consentido o paso, o que agora podería dar lugar a situacións de inxustiza ou incerteza xurídica que irían, incluso, máis alá cás propias situacións fácticas que a regulación galega está chamada a solucionar.

Polo tanto, a petición do actor de entender que o seu predio está libre tense que ver estimada segundo o propio principio xeral de que a propiedade se presume libre, e como neste preito non se acreditou que o dereito de paso se acadara por algún dos xeitos de adquisición que se dispoñen no propio art. 25 da lei galega (Lei de dedicación do predio servente, negocio xurídico ou usucapión) é polo que, neste punto, ten que verse estimada a demanda rectora”.

**Terceiro.** En oposición frontal á anteriormente indicada fundamentación xurídica, entenden os recorrentes que o precepto contén un pronunciamento expreso de retroactividade, que invoca para o efecto a súa necesaria interpretación consonte as regras establecidas no artigo 3 do Código civil, obrigando así a esta sala a se pronunciar por primeira vez sobre unha cuestión amplamente discutida no ámbito doutrinal e sobre a que xa se manifestaron numerosas sentencias das audiencias provinciais do territorio que comprende este Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, todas elas rexeitadoras da aplicación retroactiva, a excepción, que saibamos, dunha da Audiencia Provincial de Ourense de data 19 de marzo

de 1996, contra a que se interpuxo recurso de casación ante esta sala, estimado por Sentencia do 11 de outubro de 1996, na que se acollía o primeiro motivo do recurso relativo á aplicación indebida do artigo 25 da Lei 4/1995, do 24 de maio, a un preito iniciado por demanda interposto o 12 de abril de 1995 e no que recaeu sentenza en primeira instancia o 4 de setembro seguinte.

Na indicada sentenza deste tribunal, innecesario foi examinala natureza ou non retroactiva do mencionado artigo 25, pois suficiente era fundamentar para a estimación do motivo casacional a incorrección que supoñía aplicarlle á cuestión debatida unha lexislación que non só non entrase en vigor no momento da presentación do escrito da demanda senón tamén ó tempo no que recaeu sentenza en primeira instancia.

**Cuarto.** A frase utilizada no artigo 25, relativa a que o prazo de vinte anos “comezará a contarse desde o intre en que empezase a exercitarse”, contén na expresión “empezase a exercitarse” unha incuestionable referencia a un tempo pasado, mais disto non se deduce a natureza retroactiva do precepto.

Nunha interpretación gramatical –entendemos máis axustado falar de elemento gramatical interpretativo–, primeira á que acoden os recorrentes para soste que o lexislador establece expresamente a retroactividade, poderíase chegar a entender que a referencia a ese tempo pasado non en contra o seu límite na entrada en vigor da Lei 4/1995, e comprende o tempo de posesión transcorrido antes da súa vixencia, mais non o entendemos así desde a perspectiva interpretativa exposta, pois o emprego polo lexislador do tempo imperfecto de subxuntivo tamén pode significar que a utilización do dito tempo o é para os sos efectos de concreta-lo *dies a quo* a partir do que debe iniciarse o cómputo de vinte anos, isto é, sen que conteña un pronunciamento expreso sobre o dereito transitorio ou intemporal, que é o que en definitiva esixe o artigo 2, apartado 3 do Código civil ó dicir que “as leis non terán efectos retroactivos senón dispuxesen o contrario”.

E non compartímo-lo posicionamento do recorrente, pois dada a natureza excepcional da retroactividade non é susceptible de interpretación extensiva e si o sería aquela que ante unha expresión equívoca, cal é a que analizamos, chegase á conclusión da natureza retroactiva do artigo 25.

Insistindo no exposto parece oportuno lembrar que o parágrafo 3 do artigo 2 do Código civil ten un carácter interpretativo, dirixido ó xuíz, que o obriga a entender que no caso de dúbida debe decidirse pola non retroacción da lei, e que mesmo naqueles casos en que a lei dispoña que se aplique retroactivamente, ha de facelo prudentemente e con sentido restrictivo.

**Quinto.** Desbotando, conforme o anteriormente exposto, o elemento gramatical ou literal como suficiente de seu para sustenta-la tese dos re-

correntes en prol da retroactividade do artigo 25, unha interpretación xurídica esixe, incluso aínda que admitisemos que gramaticalmente existe unha aparencia clara a favor da natureza retroactiva do precepto, acudir ós demais elementos interpretativos que o artigo 3 do Código civil facilita.

Respecto disto convén xa indicar que un exame das distintas etapas polas que pasou a elaboración da Lei 4/1995 revélanos que en ningunha delas se fixo mención expresa a favor ou en contra da retroactividade do artigo 25, e iso malia que precedentes legislativos existían nun e noutro sentido, concretamente, a favor da retroactividade, a disposición transitoria cuarta da Lei 3/1992, do 1 de xullo, do dereito civil foral do País Vasco ó dispoñer que “a posesión dunha servidume de paso comezada antes da vixencia desta lei aproveitaralle ó posuidor para os efectos da súa adquisición por prescrición”, e en contra, a disposición transitoria décima da Lei 15/1967, do 8 de abril, da Compilación do dereito civil especial de Aragón, ó expresar que “na aplicación das modificacións introducidas no réxime de usucapión de servidume (arts. 147 e 148) o termo conta-se a partir do día da súa entrada en vigor”.

E tampouco resulta ocioso recordar, para corrobora-lo xa dito verbo de que o artigo 25 non contén disposición de carácter transitorio, que a frase “empezase a exercitarse” utilizada no dito artigo non difire esencialmente da empregada polo artigo 538 do Código civil que establece como día para o inicio do cómputo da posesión que orixina a adquisición da prescrición das servidumes positivas prevista no artigo anterior –e a servidume de paso é unha delas– aquel en que o dono do predio dominante, ou o que aproveitase a servidume, “empezase a exercerla sobre o predio servente”.

Certo é que a realidade social do campo galego demandaba a necesidade de recoñecer e regula-la adquisición por usucapión da servidume de paso –e sirva só a título de exemplo o I Congreso de dereito galego ou a Sentencia deste tribunal do 25 de xaneiro de 1995– e certo é que o emprego do adverbio “fundamentalmente” polo artigo 3 do Código civil denota a necesidade dunha atención especial no labor interpretativo ó espírito e á finalidade das normas, pero nin o un nin o outro permiten entende-la natureza retroactiva tácita do tantas veces citado artigo 25, pois se ben a manifestación da retroactividade non require unha forma expresa, e está fóra de toda dúbida o dito carácter cando o contido da lei nova revele claramente que para que poida ser debidamente aplicada debe dársele efecto retroactivo (Sentencia do Tribunal Supremo do 26 de novembro de 1934) ou cando así o esixa a ética ou o ben común ou cando a finalidade que persegue é establecer un réxime xeral e uniforme (Sentencia do Tribunal Supremo do 26 de maio de 1969) ou cando se trate de normas interpretativas, complementarias, de desenvolvemento ou executivas



doutras vixentes (Sentencia do Tribunal Supremo do 11 de marzo de 1975), ningunha das expresadas circunstancias concorren no suposto de autos, e é de significar respecto disto que a interpretación debe ser restrictiva en defensa da seguridade xurídica, como o corroboran os moi concretos e limitados supostos nos que se admitiu a xurisprudencia, fundamentalmente en materia de filiación (Sentencia do Tribunal Supremo do 12 de xullo de 1985) e en aplicación do artigo 921 bis da Lei de procesamento civil (Sentencia do mesmo tribunal do 30 de maio de 1988).

**Sexto.** Chegando á conclusión, consonte todo o anteriormente exposto, de que desde unha interpretación xurídica do artigo 25 da Lei 4/1995 e á luz do artigo 3 do Código civil, non é posible admiti-lo carácter retroactivo da dita norma, cómpre examina-la cuestión formulada desde a óptica do artigo 1939 do Código civil e da súa disposición transitoria primeira, en canto ás ditas normas se refiren os recorrentes no escrito de formalización do recurso de casación, que expresa que a disposición transitoria cuarta da citada Lei 4/1995 se remite ós principios que informan as disposicións transitorias do Código civil.

O artigo 1939 do Código civil, considerado pola xurisprudencia como dereito transitorio común, contén unha norma especial con relación á disposición transitoria primeira do dito texto legal, e é a de que a prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, se rexe pola lei vixente no momento en que o fenómeno de prescripción comezou a producirse.

Do seu inciso primeiro fácil é deducir que a lei nova non se aplica ás prescripcións que se encontrasen en curso, baixo o imperio da lexislación anterior.

Pois ben, ó ser isto así, e ó ir referido exclusivamente o seu segundo parágrafo a un acurtamento do prazo prescricional pola nova lexislación, obrigado é negarlle efectos adquisitivos á usucapión gañada baixo a vixencia do Código civil que non permitía tal modo de adquirir; e o mesmo procede dicir para os efectos de suma-lo período transcorrido baixo a anterior normativa.

A igual solución rexeitadora chegamos se a normativa que se aplica é a disposición transitoria primeira do Código civil, que certamente contempla o suposto de autos no seu inciso segundo, e que non é outro que o da declaración por primeira vez dun dereito.

Para o dito suposto de recoñecemento por primeira vez dun dereito, a disposición transitoria que analizamos contén unha regra xeral en prol da retroactividade ó dicir que "terá efecto desde logo, aínda que o feito que o orixine se verificase baixo a lexislación anterior" e unha excepción ó condicionala para aqueles casos en que prexudique outro dereito adquirido, de igual orixe.

Aplicando a dita disposición transitoria ó caso debatido, necesario é salientar que o hoxe aquí recorrido, en canto titular do predio pretendi-

damente servente, se vería prexudicado pola aplicación do artigo 25 da Lei 4/1995 que reconece por primeira vez o dereito de adquirir por usucapión a servidume de paso.

A colisión entre o dereito do titular do predio pretendidamente servente, non limitado por dereito real de servidume, e o dos recorrentes a adquirir por usucapión, parece fóra de toda dúbida, e entendendo como entendemos que a mención legal a dereitos “de igual orixe” se refire a aqueles de igual natureza ou que se proxectan sobre unha mesma materia, a decisión de adoptar non pode ser outra que a xa adiantada.

**Sétimo.** O rexeitamento do único fundamento en que se basea o recurso comporta o seu rexeitamento, sen facer especial pronunciamento sobre o pagamento das custas ó non apreciar temeridade ou mala fe (artigo 4 da Lei 11/1993, do 15 de xullo).

*Resolución:* rexeitamento do recurso interposto pola representación procesual.