

LES SERVITUDS EN LA LLEI 5/2006, DE 10 DE MAIG, DEL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA, RELATIU ALS DRETS REALS. ESTUDI PRELIMINAR¹

María Luisa Zahino Ruiz
Departament de Dret Civil
Universitat de Barcelona

1. INTRODUCCIÓ

Les servituds es regulen en el capítol VI, títol VI, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya (CCCat), d'acord amb la Llei 22/2001, de 31 de desembre, de regulació dels drets de superfície, de servitud i d'adquisició voluntària o preferent (LSSDA), la qual deroga (disposició derogatòria CCCat).

En matèria de servituds, la Llei 22/2001 es va presentar com a renovadora (preàmbul, § 9, LSSDA)² i va derogar els articles 4-25 de la Llei 13/1990, de 9 de juliol, de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge (LANISRV), llei que, en el seu moment, va constituir un pas decisiu en

1. Aquest treball s'ha realitzat en el marc dels projectes 2005SGR 00759, «Grup d'estudi del dret civil català (UB-UAB)», i SEJ2005-08987, «Transmisión contractual de la propiedad y mecanismos de garantía en Europa», l'investigador principal dels quals és el doctor Ferran Badosa Coll.

2. El caràcter renovador de la Llei 22/2001 es feia palès en aspectes substantius, sistemàtics i terminològics de la regulació.

Pel que fa als aspectes substantius, cal destacar la renovació introduïda en relació amb: els modes de constitució del dret i l'àmbit dels subjectes legitimats, atès que s'eliminava la usucapió com a modalitat adquisitiva del dret (art. 7.4 i preàmbul, § 14 i 16, LSSDA) i s'ampliava l'àmbit dels subjectes legitimats, pel que fa a la seva constitució i adquisició —més enllà del propietari—, als titulars de drets reals limitats amb contingut possessori sobre la finca (art. 7.2 i preàmbul, § 15, LSSDA); la reordenació i l'ampliació dels supòsits d'extinció (art. 15 LSSDA) i el tractament específic de les conseqüències de la pèrdua de la utilitat de l'ús o de la impossibilitat d'exercici de la servitud (art. 15*b* i preàmbul, § 21, LSSDA); el règim de la modificació del contingut i de la forma d'exercici del dret (art. 9-11, 15-17 i preàmbul, § 19 i 21, LSSDA), i l'amplitud de l'objecte que s'atribuïa a l'acció confessoria com a mecanisme de protecció del dret, atès que abastava, fins i tot, les perturbacions futures de la servitud (art. 18 i preàmbul, § 22, LSSDA).

el procés de reforma i modernització del dret immobiliari de Catalunya per a intentar superar la regulació de les servituds continguda, fins al moment, en la Compilació del dret civil de Catalunya (CDCC), la qual va ampliar i adaptar a la realitat social i econòmica d'aquell moment (preàmbul, § 1 i 2, LANISRV).

Atès el caràcter renovador de la Llei 22/2001, el legislador català ha optat per regular la matèria en el llibre cinquè del Codi civil de Catalunya: «[...]», sense altres modificacions que les sistemàtiques i les necessàries per a l'harmonització del text en el Codi [...]» (preàmbul, III, § 15, Llei 5/2006). Cal avançar, però, que les modificacions en la regulació excedeixen les merament sistemàtiques i d'harmonització, especialment en matèria de constitució i extinció del dret i de les servituds forçoses.

2. EL CONCEPTE DE *SERVITUD*

La servitud —des d'un punt de vista objectiu— consisteix en una relació de servei que s'estableix entre finques fonamentada en la idea de *utilitat*. A partir d'aquesta premissa, es defineix en l'article 566-1.1 CCCat com a «dret real

En relació amb els aspectes sistemàtics, s'apreciava l'esforç del legislador, no només perquè, com en altres lleis civils catalanes, els articles apareixien precedits de rúbrica, sinó també perquè, menys dispersa que en la Llei 13/1990, la matèria es distribuïa en quatre seccions: la primera —«Disposicions generals» (art. 6-11 LSSDA) — feia referència al concepte, la constitució i el contingut de les servituds; la segona —«Servituds forçoses» — sistematitzava en tan sols tres preceptes —els art. 12-14 LSSDA— la regulació de les servituds forçoses, a les quals la Llei 13/1990 dedicava gairebé el doble —art. 18-24 LANISRV—; la tercera —«Extinció de les servituds» (art. 15-17 LSSDA)— regulava l'extinció del dret i la incidència de la modificació de les finques en l'existència de les servituds, i la quarta —«Protecció del dret de servitud» — comprenia, en només un precepte —l'art. 18 LSSDA—, el règim jurídic de l'acció confessòria.

I, quant als aspectes terminològics, destacava en el text la substitució de les clàssiques expressions «predi dominant» i «predi servent» per les de «finca dominant» i «finca servent» per a fer referència, respectivament, a la finca beneficiada per la constitució del dret i a la finca gravada per aquest dret. Aquesta substitució de termes, que podria semblar massa àmplia, es corresponia amb el concepte de *finca* que es deduïa de la legislació civil catalana com a exemple de bé immoble l'element bàsic del qual és el «sòl» com a suport d'edificacions, sembres, plantacions o obres de rompuda (art. 278 CDCC, 27, 39 i 41.1 LANISRV, i 29 de la Llei 2/2002, de 14 de març, d'urbanisme [LUrb]), i «caracteritzada per la "superfície"» (art. 7.2; DT^a 1^a.2b.1^a-3^a LC) i els límits (art. 39; 41.1 LANISRV; 9LSSDA; fonamentalment l'art. 8; 9 LAO)».

Finalment, la LSSDA no innovava, sinó que dotava d'una regulació pròpia una figura que només s'apuntava en la Llei 13/1990: la servitud sobre una finca pròpia. D'aquesta manera, el propietari o qui fos titular de drets reals limitats amb contingut possessori sobre diverses finques, podia establir entre aquestes les servituds que considerés convenient i, per tant, gravar-les de manera unilateral.

que grava parcialment una finca, que és la servent, en benefici d'una altra, que és la dominant».

L'eix del concepte és la idea de *utilitat* —benefici. La servitud és un dret real d'utilització o de percepció d'alguna utilitat d'una finca, que no comporta necessàriament possessió —atesa la seva consideració com a dret posseïble—³ i que suposa una subordinació del beneficiari personal al beneficiari real, ja que l'autèntic beneficiari és la finca. Es constitueix per a la utilitat —no necessàriament *exclusiva*—⁴ de la finca dominant (art. 566-4.1 CCCat) i és una qualitat positiva d'aquesta (arg. *ex art.* 13.2 de la Llei hipotecària [LH]), «de la qual és inseparable» (art. 566-4.1 CCCat).

Aquest plantejament —la idea que la titularitat del benefici és sempre real— és aparentment contradit pel que estableix l'article 566-1.2 CCCat, que es refereix als «titulars del dret de servitud» com a beneficiaris de la finca servent. Cal fer notar, però, que, malgrat la ubicació sistemàtica, els precedents de la norma permeten considerar que el precepte no es refereix tant al concepte de *servi-*

3. A propòsit dels drets reals susceptibles de possessió, Ferran BADOSA COLL, «Els sistemes adquirits a Catalunya», a ÀREA DE DRET CIVIL DE LA FACULTAT DE DRET DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA, *XIV Jornades de Dret Català a Tossa*, 2006, p. 5, distingeix la categoria dels drets possessoris de la dels drets posseïbles. El dret possessori —explica— «[...] és aquell el contingut del qual inclou el “dret a posseir” un objecte diferenciat (art. 521-7.3; 544-4.2, -9; 561-2.2; 562-2,-9; 569-23 també 522-2,-3-4)». De la llista de drets reals del llibre cinquè, l'autor inclou en aquesta categoria el dret d'usdefruit (art. 561-2.1), el dret d'ús (art. 562-1), el dret d'habitació (art. 562-9), els drets d'aprofitament parcial (art. 563-1), el dret de superfície (art. 564-1), el dret de vol (art. 567-1), la retenció i la penyora (art. 569-2.1) i l'anticresi (art. 569-23). No són, en canvi, drets reals possessoris (art. 531-23.3): el cens (art. 565-1), les servituds (art. 566-1.1), els drets d'adquisició (art. 568-1) i la hipoteca (art. 569-27). L'existència de drets no possessoris planteja, segons adverteix Badosa Coll, la qüestió connexa dels drets posseïbles o —diu— «que ells mateixos són l'objecte de la possessió (art. 522-7.2 fin; també 521-1.1; -2.2.3) i que consisteix en l'“ús” del seu contingut específic (art. 531-5)». En relació amb els drets no possessoris però sí posseïbles del llibre cinquè, assenyalava que «[...] es caracteritzen per la susceptibilitat de possessió “ad usucapionem”, a la qual és inherent la durada. Són dos. El cens (tot i que amb el nou art. 531-5 desapareix la quasipossessió de l'art. 3b LC que és usucapible (art. 565-3.c; -13.3). I la servitud on la usucapció ha estat una qüestió de política legislativa amb solucions diferents. Sí com a regla en la Comp. (art. 343 i 283 que n'establia les excepcions), no en la L.22/2001 (art. 7.3) i tampoc en el Llibre Vè (art. 566-2.4). Tanmateix aquests darrers no neguen la (quasi) posseïblitat de la servitud sinó només que valgui “ad usucapionem”.»

4. Malgrat el tenor literal de l'art. 566-4.1 CCCat, segons el qual «[l]a servitud es constitueix per a utilitat exclusiva de la finca dominant, [...]», cal tenir present que les servituds també poden beneficiar la finca servent, tal com es dedueix de l'art. 566-6.2 CCCat, segons el qual «[e]ls propietaris de la finca servent, si la servitud reporta una utilitat efectiva a llur finca, han de contribuir proporcionalment a les despeses d'establiment i conservació, llevat de pacte en contra», i també de l'art. 566-10.3 CCCat, que en matèria de servituds forçoses estableix: «La indemnització es redueix proporcionalment si els propietaris de la finca servent també utilitzen el pas, la connexió a la xarxa

tud com al contingut i a l'àmbit subjectiu del dret.⁵ Més encertada es mostrava, en aquest punt, la redacció de la norma en la Llei 13/1990 (art. 4.2 LANISRV) o en la Llei 22/2001 (art. 6.2 LSSDA), atès que, en referir-se a l'àmbit subjectiu del dret, es referien als titulars de la finca dominant —atesa la consideració de la servitud com a qualitat d'aquesta—, i no, com fa l'article 566-1.2 CCCat, als «titulars del dret de servitud».

La utilitat de la finca dominant és la *causa*⁶ que justifica el gravamen de la propietat i condiona l'existència (art. 566-1.1 i 566-4.1 CCCat), el contingut i el mode d'exercici del dret (art. 566-4 CCCat). La servitud grava la finca servent amb la finalitat exclusiva de proporcionar un benefici a la finca dominant, «es constitueix —diu l'art. 566-4.1 CCCat— per a utilitat exclusiva de la finca dominant, de la qual és inseparable»,⁷ i, encara que aquesta és la seva causa o finalitat, com el mateix precepte matisa, «[i]gualment, es poden constituir servituds recíproques entre finques dominants i servents».⁸

o l'aigua transportada o si, en general, obtenen algun benefici de les obres executades per a l'exercici de la servitud.»

5. La norma respon a la consideració de la servitud com a dret subjectivament real, atès que, com indicava Iván MATEO BORGE, *La servidumbre de propietario*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 107-108, a propòsit de l'art. 4.2 LANISRV, «la servidumbre no puede configurarse únicamente como una relación entre predios; se ha de entender a las servidumbres como un derecho personalizado», ja que —en paraules del mateix autor— «es evidente que el beneficio lo obtiene un predio a costa del otro, pero no podemos obviar que hace falta un elemento que dé plena virtualidad a esta situación: la utilización del beneficio».

6. Cal recordar en aquest punt que un dels principis que regia en el dret romà en matèria de servituds era que la servitud s'establí per raó de la utilitat objectiva del predi, que havia de ser permanent. A propòsit de la *perpetua causa*, Juan IGLESIAS, *Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, 6a ed., Barcelona, Ariel, 1972, § 74, p. 330, nota 10, explica que era interpretada de manera diversa pels autors. Segons Iglesias, alguns fan de la perpetuïtat de la servitud i de la perpetuïtat de la utilitat una mateixa cosa; d'altres —diu— «identifican la *perpetua causa* con el fin de la servidumbre. Hay quien la refiere al fundo dominante y quien al sirviente.» En aquest sentit, assenyala que, per a Arangio-Ruiz *perpetua causa* significa el que avui s'anomena *continuitat o estat ininterromput*, i el principi de la necessitat d'aquesta es refereix, en el dret clàssic, a les servituds urbanes. Per la seva part, comparteix la tesi de Perozzi i considera que la *perpetua causa* no va ser, en el dret clàssic, un requisit de les servituds.

7. La servitud es presenta, així, com a qualitat de la finca dominant, en la línia del que s'estableix en l'art. 13.2 LH, segons el qual «[l]as servidumbres reales podrán también hacerse constar en la misma inscripción del predio dominante, como cualidad del mismo».

8. Sobre aquesta precisió, Elena LAUROBA LACASA, «Les servituds», a Ferran BADOSA COLL (dir.), *Manual de dret civil català*, Madrid i Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 390, explica, a propòsit de l'art. 9.1 LSSDA, que «neix arran d'una esmena del Grup Parlamentari Popular (núm. 43), transaccionada per la Ponència». El supòsit és curiós i obliga a acudir al text de l'esmena: «Igualment, pot constituir-se la servitud de manera recíproca essent ambdós o més finques dominants i al mateix temps servents.» D'acord amb la redacció, sembla que existeixi una única servitud caracteritzada

La utilitat —*causa servitutis*— és consubstancial a l'existència de la servitud, és a dir, el dret només existeix si existeix una relació de servei, i és per això que en l'article 566-2.3 CCCat es consideren constituïdes sota condició suspensiva les servituds el contingut de les quals consisteixi en una utilitat futura, entre les quals —diu a tall d'exemple el precepte— «s'inclouen les referides a la construcció o l'enderrocament d'immobles».⁹ En aquests supòsits, la servitud neix amb efectes retroactius en el moment en què es compleix el fet condició.

per si mateixa com a recíproca i que la Ponència, amb bon criteri, va optar per una redacció que visibilitzava l'existència, almenys, de dues servituds (s'ha d'admetre que, en defensar l'esmena al Ple del Parlament —*Diari de Sessions del Parlament de Catalunya* de 17 de desembre de 2001, sèrie P, núm. 73—, la representant del Grup Parlamentari Popular parlava en plural de «les anomenades servituds recíproques», que estimava «servituds d'ús habitual»). Ara bé, sense més precisions, la prescripció resulta, com a mínim, supèrflua (i clarament prescindible): és evident que els titulars de les dues finques, en l'ús de la seva autonomia, poden establir servituds a favor de les seves finques; la clau respecte del règim jurídic rau en la tipificació de les servituds com a «recíproques», la qual podria vincular-se o bé a la constitució o l'existència (cada servitud depèn, per al naixement, de la constitució de l'altra, i passa anàlogament el mateix amb l'extinció —d'alguna manera, una noció de *reciprocitat* que té la millor expressió en matèria d'obligacions en l'art. 1124 CC), o bé a la identitat quant a la utilitat —probablement el supòsit que guiava l'esmena i el que ens sembla més adient—, o bé, potser, si és identificable, la relació entre els llocs d'exercici (p. ex., la senyalització d'un camí continu que passa per les dues finques), amb la presumpció que tots dos titulars es beneficiaran de cadascuna de les dues servituds. Procuren un indici les interlocutòries del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) de 27 de març de 1997 i 4 d'abril de 1997, que van tractar, i admetre explícitament, un supòsit de constitució de dues servituds qualificades de *recíproques* sobre predis contigus, el contingut —idèntic— de les quals havia estat fixat pels atorgants (si bé només l'abast de la utilitat i no altres qüestions).

9. La regulació del supòsit —inspirada en la Llei 395 de la Compilació del dret civil de Navarra i en l'art. 1029 del Codi civil italià— es justifica en els *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya: «Els drets reals»*, Lleida, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia i Interior, Observatori de Dret Privat de Catalunya, Secció de Dret Patrimonial, 2003, comentari al paràgraf 3 de l'art. 566-2, p. 213, per la seva freqüència i importància pràctica, tot i que es reconeix que les regles generals serien suficient per a donar una resposta als supòsits que es plantegin, i a tall d'exemple es fa referència als conceptes de «[...] condició suspensiva, concepte de règim jurídic immobiliari, que permet establir servituds a favor i en contra d'un edifici a construir [...]». Atesa la manca d'una regulació expressa d'aquest supòsit, la jurisprudència ha centrat l'atenció en la determinació dels efectes. Es diu, així, en la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) de 5 de febrer de 1990 (fonament jurídic [FJ] 3r, núm. 4), que «[a]un cuando es cierto que en nuestro Derecho positivo no existe un precepto como el recogido en el art. 1029 del Código Civil italiano (bajo la rúbrica de “servitú per vantaggio futuro” [...] es admitida la constitución de una servidumbre para asegurar a un fundo una ventaja futura. Es también admitida a favor o a cargo de un edificio a construir o de un fundo por adquirir; pero en este caso la constitución no tiene efecto sino desde el día en que el edificio es construido o el fundo es adquirido), y aunque la servidumbre predial es una modalidad de derecho real sobre cosa ajena que se caracteriza por la existencia de dos inmuebles, uno de los cuales está gravado en beneficio, ventaja o utilidad de otro (art. 530 del Código civil S. 10-7-1987), que además exige para su nacimiento a la vida jurídica en

Des d'un punt de vista objectiu, les utilitats que una finca pot proporcionar a una altra són molt diverses —fins i tot estètiques— segons les diferents destinacions econòmiques. Tot i així, el Codi civil de Catalunya —com la Llei 22/2001— sembla que concreta el benefici en dos possibles continguts: d'una banda, en l'atribució d'un ús determinat a la finca servent, i, de l'altra, en la limitació de les facultats del titular de la finca servent (art. 566-1.1 CCCat). Aquesta dualitat de continguts permet identificar en aquest punt la distinció entre servituds positives i servituds negatives que conté l'article 533 del Codi civil espanyol (CC) i que —tal com ja va fer notar el professor Puig Ferriol— també es podia deduir de l'article 4 LANISRV,¹⁰ reflexió que compartim, tot i que no sembla que la intenció del legislador fos introduir les categories en la llei, especialment una vegada eliminada la usucapió com a modalitat adquisitiva. Finalment, convé matisar que les servituds —positives o negatives— sempre limiten les facultats del titular de la finca servent.

caso de constitución contractual la concurrencia de un “modus acquirendi” (art. 609 y 1095 del Código civil), sin embargo nada obsta a que se pueda otorgar validez en nuestro derecho a un negocio jurídico por el que se constituye una servidumbre de luces y vistas a cargo de un predio existente y a favor de los pisos de un edificio por construir, en cuyo sentido se manifiesta la doctrina científica (se argumenta con base a los art. 1255, 1271 y 579 del Código civil; 9, tercera, de la Ley de propiedad horizontal, y 8, número cuarto, de la Ley hipotecaria); y es que, si bien el efecto real no se puede producir de presente (hasta llegado el momento), entre tanto, y cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la situación de pendencia —se habla de precontrato o situación preliminar; condición suspensiva; *conditio iuris*; *ius ad rem*; y alguna de estas posturas han tenido reflejo en la jurisprudencia, *ad exemplum* SS. 26-2-1942 y 21-10-1976—, es obvio que el contrato es válido y eficaz desde su inicio aunque sólo tenga efectos obligacionales (simple proyección de futuro, sin trascendencia real de presente) [...].»

10. A propòsit de la Llei 13/1990, Lluís PUIG FERRIOL, «Consideraciones generales en torno al derecho de servidumbre según la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, sobre acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad», *La Llei de Catalunya i Balears*, núm. 1 (1992), p. 787, assenyalava que «la distinció entre servidumbres positivas y negativas se obtiene del art. 4 de la Ley catalana, que se refiere a las servidumbres positivas en su apartado 2: “el titular del predi dominant pot utilitzar el servent en la mesura determinada pel títol constitutiu o en la llei”; y a las negativas se refiere su apartado 3: “el titular del predi servent no pot realitzar els actes ni exercir els drets per als quals estaria legitimat si no existia la servitud”». Així mateix, posava en relleu el caràcter encertat de la legislació catalana en matèria de servituds positives respecte de la formulació continguda en l'art. 533 CC, ja que considerava que «se corrige acertadamente la noción excesivamente amplia que de las mismas resulta del referido artículo del Código, que estima compatible —con dudosa oportunidad— con el concepto de servidumbre la imposición de un *facere* a cargo del titular del predio sirviente, cuando ello parece más propio de una obligación *propter rem* que de una verdadera servidumbre. De ello resulta que en el derecho catalán actual la servidumbre positiva es la que impone al propietario del predio sirviente el deber de tolerar que el titular de la servidumbre ejercite determinadas actividades que comportarán normalmente una invasión material y parcial del predio sirviente.»

3. LA CONSTITUCIÓ DEL DRET I L'ÀMBIT DELS SUBJECTES LEGITIMATS

Les servituds només es poden constituir per mitjà d'un títol, sia d'origen voluntari, sia d'origen forçós en els supòsits en què el propietari de la finca dominant pot exigir la servitud.¹¹

En la línia de la Llei 22/2001 —i més conforme amb la tradició jurídica catalana que la Llei 13/1990, de 9 de juliol—, la Llei 5/2006, de 10 de maig, elimina la usucapió com a modalitat adquisitiva de les servituds, de manera que «[c]ap servitud no es pot adquirir per usucapió» (art. 566-2.4 CCCat).¹² La supressió d'aquesta modalitat adquisitiva no qüestiona el caràcter posseïble del dret¹³ —si no fos posseïble, l'art. 566-2.4 CCCat seria superflu—, atès que respon a raons de seguretat jurídica i, en última instància, es fonamenta en el principi de llibertat del domini: evitar que la tolerància o la distracció d'un propietari dominic com a resultat el gravamen del dret de propietat, atès que és molt difícil de distingir entre possessió i actes merament tolerats.¹⁴

11. Interessa destacar en aquest punt que l'origen forçós del títol constitutiu demostra que la constitució del dret no és mai automàtica, atès que considerar el contrari ens situaria davant d'un límit ordinari del dret de propietat configurat en el Codi civil de Catalunya com a restricció establerta en interès públic (art. 545-2 CCCat) o en interès privat (art. 545-3 CCCat), que afecta la disponibilitat o l'exercici del dret i que no necessita un *acte exprés de constitució* (preàmbul, III, § 9, CCCat).

12. Cal recordar en aquest punt que els art. 6 i 11 LANISRV admetien la usucapió de totes les servituds, previsió que no es mostrava conforme amb la tradició jurídica catalana, atès que, com es comenta en els *Treballs preparatoris del llibre cinquè*, l'art. 283 CDCC exclouia de l'adquisició per usucapió un bon nombre de servituds, i l'art. 284 CDCC matisava els efectes d'algunes servituds adquirides per usucapió. Tot i això, convé advertir que, malgrat que en el context de la Llei 13/1990 era admissible la usucapió de tota classe de servituds, tal com comenten Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA, «Concordances i jurisprudència en relació amb l'art. 7 LSSDA», a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA, *Codi civil de Catalunya i legislació complementària*, Barcelona, Edicions Universitat de Barcelona, 2003, p. 552, «[d]egut a la breu vigència que ha tingut l'art. 11 LANISRV, no ha estat possible arribar a consumir cap usucapió en aplicació exclusiva del mateix i, per tant, només haurà estat eficaç per a completar un termini d'usucapió que hagués començat a córrer durant la vigència de la Compilació».

13. Vegeu la nota 3.

14. A aquests arguments, se n'hi afegeixen d'altres en els *Treballs preparatoris del llibre cinquè*, p. 214, basats en el dret comparat històric i vigent. Pel que fa als primers, s'argumenta que en el dret històric comparat existeixen alguns exemples de rebuig de l'adquisició de les servituds per usucapió. I, respecte a aquesta qüestió, es comenta que en el *droit coutumier* francès era habitual el rebuig de la usucapió sense títol, fins i tot en el cas de la usucapió centenària. I, a propòsit del dret comparat vigent, amb relació al Codi civil italià es comenta que, tot i que manté l'adquisició de les servituds per usucapió, durant el procés de reforma del Codi es va plantejar el debat de l'entorn de l'oportunitat de mantenir-les. La mateixa discussió s'ha plantejat en el dret anglès i en el dels Estats Units.

La Llei 5/2006 —com la Llei 22/2001— acull un concepte ampli de *títol*, no limitat al negoci jurídic,¹⁵ atès que, segons que es comenta en els *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* elaborats per la Secció de Dret Patrimonial de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, també és títol la resolució judicial que concedeix una servitud forçosa, la resolució judicial que, en un procediment de divisió, crea qualsevol tipus de servitud que contribueix a fer més equitatiu el repartiment¹⁶ o una resolució administrativa.¹⁷

La premissa de l'article 566-2 CCCat és ben clara: les servituds solament es constitueixen per mitjà d'un títol,¹⁸ però el precepte no es pronuncia sobre la suficiència d'aquest en els supòsits de constitució d'origen contractual. En els *Treballs preparatoris* citats, l'omissió es justificava en la no-necessitat de tradició, atès que, segons es comentava en aquests:

La referència només al «títol» elimina els dubtes sobre la necessitat de tradició i, per tant, d'utilització, moltes vegades, de conceptes merament ficticis i de difícil aplicació a moltes servituds, per exemple, les negatives, com ara la quasipossessió, article 3.b) LC, i la quasitradició.¹⁹

Tal justificació —compartida per alguns autors²⁰— no encaixa gaire bé en el sistema d'adquisició i transmissió dels drets reals que es dissenya en el títol III,

15. En aquest punt, el legislador s'aparta parcialment del criteri jurisprudencial, més restrictiu, que en matèria de servituds presenta el concepte de *títol* com a sinònim de *negoci jurídic*. En aquest sentit, vegeu les sentències del Tribunal Suprem de 2 de juny de 1969, 30 d'abril de 1993 i 1 de març de 1994, o la STSJC 37/2004, de 20 de desembre.

16. Es tracta de les servituds que Antonio M. BORRELL Y SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, vol. II: *Derechos reales*, 2a ed., Barcelona, Bosch, 1944, § 169, p. 201, anomena *judicials*. Sembla que el plantejament de la Llei coincideix amb la línia doctrinal d'aquest autor.

17. *Treballs preparatoris del llibre cinquè*, comentaris al paràgraf 1 de l'art. 566-2, p. 212.

18. Cal fer notar en aquest punt que, en relació amb el signe aparent de servitud, l'art. 566-3.2 CCCat estableix: «La servitud sobre una finca pròpia publicada únicament per l'existència d'un signe aparent, si s'aliena la finca dominant o la servent, solament subsisteix si s'estableix expressament en l'acte d'alienació.» Vegeu el que a propòsit del signe aparent es comenta en l'apartat VI d'aquest treball en matèria d'extinció.

19. *Treballs preparatoris del llibre cinquè*, p. 213.

20. És l'opinió, entre d'altres, de Maria Rosa LLACER MATAÇAS *et al.*, *Tratado de servidumbres*, coord. a cura d'À. L. Rebolledo Varela, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 876, que, en la línia de la tesi ja defensada per Martín GARRIDO MELERO, «Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña. Comentario a la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1992), p. 1583, a propòsit del marc normatiu anterior —la Llei 22/2001— considerava que «[...] el efecto real derivaría directamente del contrato: los actos tendentes a materializarla y el uso del derecho consentido por el dueño del predio sirviente indicarían en realidad el respeto del derecho real

capítol 1, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, l'article 531-1 del qual formula la insuficiència del títol tot generalitzant el model dual propi de la teoria clàssica del títol i el mode.²¹ Com observa Ferran Badosa Coll, els articles 531-1 i 531-3 CCCat no donen cap indicació sobre quan es necessita la tradició, per tant —diu— «la solució és atendre el contingut possessori de la tradició (art. 531-2-5) que ens donarà que la tradició serà indispensable per a l'adquisició contractual de tots els drets reals susceptibles de possessió en dues de les tres accepcions ja vistes: de “dret possessori” i “dret posseïble”, no el “concepte possessori”, ja que coincideixen amb els primers». A partir de l'argumentació anterior, conclou —i m'afegeixo a la seva opinió— que els drets posseïbles, en concret el de servitud, requereixen la quasitradició que resulta de l'article 531-5 CCCat.²²

La consideració de la constitució com a acte unilateral de disposició determina la legitimació del propietari per a constituir el dret, legitimació que en l'article 566-2 CCCat es fa extensiva als titulars de drets reals limitats possessoris, amb les limitacions lògiques que es deriven del contingut i de la durada del dret del qual són titulars, atès que ningú no pot donar més del que té. Aquesta idea

y no una forma de acuerdo traditorio». El plantejament se situa en la línia de pensament d'Antonio M. BORRELL Y SOLER, *Derecho civil vigente*, p. 195, segons el qual «[p]or contrato, sin necesidad de tradición o cuasi-tradición, queda constituida la servidumbre. El uso de una servidumbre por el dueño del predio dominante a ciencia y paciencia del sirviente, equivale a cuasi-tradición, pero ésta no es necesaria.» Una opinió diferent va mantenir en aquest punt José PELLA Y FORGAS, *Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas*, 2a ed., Barcelona, Bosch, 1969, p. 122, nota 1, el qual va acollir l'opinió de MORLÁ, *Empori utriusque juris*, tít. VI, *De servitutibus*, València, 1549, p. 50, i considerava que «[...] no nace instantáneamente la servidumbre por el simple pacto, sino con el uso y consinténdolo el promitente, porque tiene fuerza de entrega o tradición de la cosa, según la ley 20 del Digesto, de servit. urb. Praed».

21. A propòsit del sistema d'adquisició i transmissió que dissenya el Codi civil de Catalunya, Ferran BADOSA COLL, «Els sistemes adquisitius», p. 7, argumenta que el «títol adquisitiu» no equival al supòsit de fet de l'efecte transmissiu, tot i que n'és l'element principal. A aquest efecte, diu: «El 531-1 formula la insuficiència del títol generalitzant el model dual propi de la teoria clàssica del títol i del mode i la seva diferent jerarquia, és a dir, la prioritització del primer sobre el segon. Cosa lògica, perquè en la Codificació civil la teoria del títol i del mode pretén establir la insuficiència translativa del contracte obligacional tot rebutjant la teoria consensual de la transmissió (art. 1138 Cc. Fr. que situa en l'obligació contractual de lliurament). Aquesta dualitat i prioritització es manté en la possibilitat que el títol es complementi amb altres elements: “actes i formalitats”.»

22. El precepte, com observa Ferran BADOSA COLL, «Els sistemes adquisitius», p. 8 i 9, és equivalent a l'art. 1464 *in fine* CC, en el qual l'expressió *uso* es refereix precisament a les servituds, i cita com a precedent l'art. 1387 del Projecte de Codi civil de 1851, el comentari de Florencio García Goyena i el Digest 8,1,20: «[...] ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse.»

justifica la referència expressa en el precepte a les servituds voluntàries, que, d'entrada, sembla que són les úniques que els titulars de drets reals limitats amb contingut possessori poden constituir. I això és lògic, ja que el contingut i la durada de les servituds forçoses estan condicionats per les necessitats i les circumstàncies de la finca dominant —«finca sense sortida o amb una sortida insuficient a una via pública [...]» (art. 566-7.1 CCCat); «finca sense connexió a una xarxa general de sanejament o subministrament d'aigua, energia, comunicacions, serveis de noves tecnologies o altres serveis semblants [...]» (art. 566-8.1 CCCat); «[...] propietaris d'una finca que, a més, siguin titulars d'un recurs hídric extern a aquesta [...]» (art. 566-9.1 CCCat)—, i no pel contingut ni la durada del dret real limitat en qüestió. És, en definitiva, una qüestió de poder de disposició: el titular d'un dret real limitat no té legitimació per a gravar la finca amb un dret el contingut i la durada del qual excedeixin els del dret del qual és titular (art. 566-11*d* CCCat). A aquest raonament, hom hi podria objectar que el primer incís de l'article 566-2.1 CCCat, en fer referència a l'àmbit dels subjectes legitimats, no exclou la possibilitat que els titulars de drets reals limitats puguin constituir servituds de caràcter forçós, atès que estableix:

Poden constituir una servitud els propietaris de la finca dominant o la finca servent i els titulars de drets reals possessoris sobre aquestes.

Ara bé, noteu que el terme *constituir* apareix desproveït de rigor tècnic en el precepte, ja que no només al·ludeix a l'acte dispositiu, sinó també a l'adquisitiu, el caràcter beneficiós del qual justifica la legitimació del titular d'un dret real limitat possessori sobre la finca dominant per a poder-la exigir. Aquesta possibilitat era considerada de manera expressa en la Llei 22/2001, els articles 12, 13 i 14 de la qual atribuïen legitimació per a exigir la constitució de la servitud forçosa al propietari o a la persona titular de drets reals possessoris sobre la finca dominant. De manera contrària, els articles 566-7, 566-8 i 566-9 CCCat —exclosos de la remissió de l'art. 566-2.2 *in fine* CCCat— es refereixen exclusivament als propietaris de la finca dominant com a legitimats per a exigir la constitució del dret.

4. EL CONTINGUT I EL MODE D'EXERCICI DEL DRET

En matèria de contingut, la Llei 5/2006 distingeix entre el que anomena *general* i el que qualifica d'*accessori* (art. 566-4 i 566-6 CCCat).²³

23. En matèria de contingut, l'art. 566-5 CCCat regula allò relatiu a la servitud voluntària de llums i vistes, el règim jurídic de la qual s'ha de completar amb les disposicions contingudes en l'art. 546-10 CCCat, en matèria de relacions de veïnatge, per tal de determinar les possibilitats

El contingut general de la servitud s'identifica en l'article 566-4.1 CCCat amb la causa del dret —la utilitat que proporciona a la finca dominant—, aspecte que entronca directament amb el concepte de *servitud* que ofereix l'article 566-1.1 CCCat com a dret real limitat que grava la finca servent en *benefici* de la dominant. S'identifica, en paraules del professor Alonso Pérez, amb «el conjunto de facultades que el propietario (o poseedor) del fundo dominante tiene atribuidas sobre el predio sujeto al gravamen de la servidumbre, para extraer las utilidades que le atribuye esta modalidad de derecho real».²⁴ I aquestes facultats, d'altra banda, estan determinades pel títol constitutiu o/i per la llei, tal com es desprèn de l'article 566-1.2 CCCat, que estableix:

Els titulars del dret de servitud es poden beneficiar de la finca servent en la mesura en què ho determinen el títol de constitució o aquest codi.

Quant al contingut accessori —obligacional—, es relaciona amb les obres i activitats necessàries per a l'establiment i la conservació de la servitud, i amb l'assumpció i la distribució de les despeses que es deriven d'aquelles —obligacions *propter rem*.

d'edificació dels titulars de les finques. L'art. 566-5 CCCat descriu la servitud de llums i vistes a partir del contingut. És de llums la servitud que «[...] permet, d'acord amb el títol de constitució, rebre la llum que entra per la finca servent i passa a la dominant a través de finestres o lluernes». Pel que fa a la servitud de vistes, «[...] comprèn necessàriament la de llums i permet d'obrir finestres de la forma i les mides convingudes o habituals segons les bones pràctiques de la construcció». Noteu en aquest punt que s'ha corregit la norma de l'art. 10 LSSDA que presentava com a opcional —«[s]i el títol constitutiu no ho disposa altrament [...]»— que la servitud de vistes pogués comprendre la de llums, la qual cosa no tenia sentit perquè, com diu l'art. 566-5.2 CCCat, «[l]a servitud de vistes comprèn necessàriament la de llums [...]».

La servitud de llums i vistes limita les possibilitats d'edificar del propietari de la finca servent, ja que —llevat que el títol de constitució estableixi una altra cosa— si vol edificar ha de deixar davant de l'obertura l'androna a què fa referència l'art. 546-10.2 CCCat. D'altra banda, el que sí que pot fer el propietari de la finca servent és obrir finestres —no prospectives— que «[...] rebin la llum per la dita androna [...]» (art. 546-10.2 CCCat).

Ara bé, si la servitud és només de llums, les possibilitats d'edificar del propietari de la finca servent sembla que s'amplien, atès que «[...] pot edificar dins de l'espai de l'androna fins al caire inferior de l'obertura que dona llum» (art. 546-10.2 CCCat).

Pel que fa al titular de la finca dominant, les possibilitats d'edificació s'amplien, atès que pot construir en l'espai de l'androna a què fa referència l'art. 546-10.1 i 3 CCCat en matèria de límits al dret de propietat.

24. Mariano ALONSO PÉREZ, «El derecho real de servidumbre y su contenido (desde la perspectiva de la legislación de Cataluña)», *La Notaria*, núm. 9-10 (setembre-octubre 2001), p. 240 i 252.

Com a norma general, llevat que hi hagi un pacte de les parts interessades en sentit contrari —«[...] llevat que el títol de constitució estableixi una altra cosa»—,²⁵ ha d'assumir les despeses inherents a l'establiment i la conservació de la servitud —diu l'art. 566-6.1 CCCat— «[...] qui n'és titular, [...]», s'entén, de la finca dominant, que és la beneficiada. Correlativament, a partir de la mateixa idea de benefici i per tal d'evitar l'enriquiment, els propietaris de la finca servent —llevat que hi hagi un pacte en sentit contrari— també han de contribuir a les despeses d'establiment i conservació, proporcionalment a la utilitat efectiva que n'obtinguin (art. 566-6.2 CCCat).

Quant a les obligacions que el Codi civil imposa als titulars de la finca servent, es concreten en el deure de tolerar —quan s'escaigui— l'ocupació parcial de la finca, si això és necessari per a poder fer les obres d'establiment i conservació (art. 566-6.1 CCCat), i en l'obligació —general— de no fer consistent a no realitzar obres que perjudiquin o dificultin l'exercici de la servitud (art. 566-6.3 CCCat).

La qüestió relativa al mode d'exercici —contingut instrumental— és l'objecte dels paràgrafs segon i tercer de l'article 566-4 CCCat. La utilitat és l'element modulador de l'exercici del dret i, d'acord amb aquesta idea i amb el principi de llibertat del domini (art. 544-6.1 CCCat), l'article 566-4.2 CCCat estableix que la servitud «[...] s'exerceix de la manera més adequada per a obtenir la utilitat de la finca dominant [...]» i, alhora, actua com a element que n'evita l'exercici abusiu, ja que el mateix precepte exigeix que s'exerceixi de la manera «menys incòmoda i lesiva per a la finca servent».²⁶ Ara bé, l'equilibri que es pretén en l'article 566-4.2 CCCat és més aparent que real, ja que es trenca —de manera lògica—²⁷ en l'article 566-4.3 CCCat a favor de la finca dominant, atès que si

25. Sobre el caràcter imperatiu o dispositiu de la norma, vegeu el comentari de Pedro del POZO CARRASCOSA i Antonio GINER GARGALLO, a propòsit de l'art. 11 LSSDA, a «Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente (DOGC núm. 3556, de 18 de enero de 2002; BOE núm. 29, de 2 de febrero de 2002)», a Antonio CUMELLA GAMINDE i Mercedes TORMO SANTONJA (dir.), *Comentarios de derecho patrimonial catalán*, Barcelona, Bosch, 2005, p. 577.

26. Noteu que el criteri que segueix, en matèria de servitud forçosa de pas, l'art. 566-7.2 CCCat és diferent, atès que «el pas s'ha de donar pel punt menys perjudicial o incòmode per a les finques gravades i, si és compatible, pel punt més beneficiós per a la finca dominant».

27. Com ha assenyalat el professor Mariano ALONSO PÉREZ, «El derecho real de servidumbre», p. 240 i 252, «la servidumbre tiene sentido en función de las necesidades de un predio, que son su causa final. Supuesto un uso *civiliter* o normal, ha de tener prioridad sobre los perjuicios que el ejercicio del derecho real irroga al predio gravado.» Segons el professor Alonso Pérez, el que estableix l'art. 9.1 del llavors Projecte de LSSDA es trobava en la línia del seu plantejament, ja que considerava que «el párrafo 1º del art. 9 ha querido dar preferencia absoluta a la *utilitas fundi*, sin más

l'exercici de la servitud resulta massa oneros —«[...] excessivament carregós i incòmode [...]»— per al titular de la finca servent, aquest només pot exigir que es modifiquin la forma i el lloc d'exercici de la servitud si es garanteixen el valor de la finca dominant i la utilitat —benefici— que el dret li proporciona, i, a més, haurà d'assumir les despeses derivades de la modificació.

Aquesta norma —l'art. 566-4.2 CCCat—, concreció del deure *de suo iure civiliter uti*, es completava en la Llei 13/1990 amb el reconeixement al titular del predi servent del dret a ser indemnitzat «pels danys i perjudicis causats per l'ús de la servitud, de conformitat amb aquesta Llei, que no siguin conseqüència necessària del seu exercici» (art. 9.2 LANISRV). Com explicava el professor Puig Ferriol, la norma era conseqüència del principi que s'enunciava en el primer paràgraf del precepte sobre l'exercici *civiliter* del dret²⁸ de servitud i semblava que responia a la idea d'evitar l'exercici abusiu d'aquest dret reconeixent el dret del titular del predi servent a ser indemnitzat pels danys i perjudicis no derivats necessàriament de l'exercici de les facultats integrants del contingut del dret. Com indicava Borrell i Soler, la indemnització no té per objecte els perjudicis i les molèsties inherents a la servitud, atès que ja s'hauran tingut en compte en el moment d'establir-la, sinó que «si al usar una servidumbre, se causaren perjuicios que no fuesen consecuencia necesaria de la misma, tendrían que indemnizarse».²⁹ La norma va quedar al marge de la regulació de la Llei 22/2001, atès que l'article 9.3 LSSDA —en substituir el concepte de *ús* pel de *establiment*— semblava que atenia una qüestió ben diferent.³⁰ Pel que fa al llibre cinquè, la norma

limitaciones que las derivadas del párrafo segundo (menor incomodidad y lesividad posibles para el predio sirviente). Ha tratado de destacar, como principio fundamental, la idea de que la situación de servicio sólo tiene sentido en razón de la utilidad exclusiva de la finca dominante. La finca gravada sirve y sólo se beneficia del servicio de la dominante.»

28. Lluís PUIG FERRIOL, *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol. 1, 5a ed., València, Tirant lo Blanch, 1998, p. 295.

29. Antonio M. BORRELL Y SOLER, *Derecho civil vigente*, § 171, p. 207.

30. L'art. 9.3 LSSDA derivava de l'art. 9.2 LANISRV, però en alterar-se la formulació del precepte va variar també el concepte de *indemnització* i el sentit de la norma, que presentava llavors la redacció següent: «La persona titular del dret de propietat o de drets reals possessoris de la finca servent té dret a la indemnització dels perjudicis causats per l'establiment de la servitud.»

Els *Treballs preparatoris del llibre cinquè* permetien intuir que els perjudicis indemnitzables als quals feia referència la norma eren els derivats de la constitució de la servitud, conclusió que permetia dubtar del caràcter general del precepte, atès que la indemnització —encara que sigui prèvia— dels perjudicis causats per l'establiment només és requisit d'eficàcia en la constitució de les servituds forçoses. Tot i això, la ubicació sistemàtica del precepte en la secció primera —«Disposicions generals»— del capítol II de la LSSDA i la rúbrica que l'encapçalava —«Contingut general del dret de servitud»—, apuntaven el caràcter general de la norma i, alhora, feien dubtar del seu sentit, ja que semblava que no en tenia gaire reconèixer al titular de la finca servent —propietari o titular d'un dret

—sense gaire justificació— ha quedat restringida a l'àmbit de les servituds forçoses (art. 566-10.2 CCCat).

5. LES SERVITUDS FORÇOSES

El règim jurídic de les servituds forçoses és l'objecte de la secció segona del capítol VI, títol VI, del llibre cinquè del Codi civil. La regulació es presenta tècnicament millorada amb relació a la continguda en la Llei 22/2001, atès que l'article 566-10 CCCat regula de manera unitària la qüestió relativa a les indemnitzacions per l'establiment de servituds forçoses —i evita d'aquesta manera la repetició de normes que es palesava en els art. 12-14 LSSDA— i que s'han eliminat algunes normes en matèria de contingut accessori i mode d'exercici —com ara els art. 13.3 i 13.5 LSSDA— que resultaven reiteratives en relació amb les normes generals reguladores de la matèria.

5.1. LA CONFIGURACIÓ DE LES SERVITUDS FORÇOSES COM A LIMITACIONS DEL DOMINI

Les servituds forçoses, atesa la seva configuració com a restriccions del domini que s'estableixen en interès privat fonamentades en l'autonomia de la voluntat —«limitacions» (preàmbul, III, §9, i art. 545-1 i 545-4 CCCat)—, només es poden constituir mitjançant títol a instàncies del propietari de la finca dominant, que, si concorren les condicions establertes per la llei, pot exigir-les basant-se en les necessitats de la finca (art. 566-7, 566-8 i 566-9 CCCat). Malgrat el caràcter forçós del dret, és necessari, doncs, un acte exprés de constitució (preàmbul, III, § 9, CCCat): negoci jurídic,³¹ resolució judicial o resolució administrativa.

real possessori— el dret a una indemnització pels perjudicis causats per l'establiment de la servitud quan, en el cas de constitució onerosa d'una servitud voluntària, s'havia pagat un preu, i, en el cas d'una de forçosa, la indemnització era preceptiva.

31. Les servituds forçoses també es poden constituir per mitjà d'un negoci, i això no n'elimina el caràcter forçós. Així ho expressa el professor Manuel ALBALADEJO, *Derecho civil*, vol. III, *Derecho de bienes*, 9a ed., Barcelona, Bosch, 2002, p. 622, en considerar que «si el dueño del predio que será sirviente se aviene a constituir la voluntariamente (es decir sin esperar a que recaiga el fallo judicial o administrativo imponiéndosela) cumpliendo así espontáneamente con un deber que en otro caso se le impondría coactivamente entonces la servidumbre constituida debe de estimarse no voluntaria sino forzosa a los efectos que proceda (por ejemplo al de poder obtener posteriormente su extinción si se dan los requisitos legales para que sea extingible una servidumbre forzosa)». Vegeu, en sentit

El caràcter forçós de la servitud i la pèrdua d'utilitat que comporta per al titular de la finca servent, determinen que el pagament previ d'una *indemnització* —a mode de compensació o rescabament— es presenti en la llei com a requisit d'eficàcia de l'acte constitutiu, ja que «[...] solament es poden establir amb el pagament previ d'una indemnització igual a la disminució del valor de la finca servent afectada pel pas o la canalització» (art. 566-10 CCCat). La quantia de la indemnització es redueix proporcionalment en funció de la utilitat que els propietaris de la finca servent obtinguin de l'establiment de la servitud, és a dir, si, com exemplifica l'article 566-10.3 CCCat, «[...] els propietaris de la finca servent també utilitzen el pas, la connexió a la xarxa o l'aigua transportada o si, en general, obtenen algun benefici de la servitud».

No s'ha de pagar indemnització en els supòsits en què la situació fàctica que motiva la possibilitat d'exigir la constitució de la servitud —«[...] si una finca resta sense sortida a una via pública, sense connexió a una xarxa general o sense accés a l'aigua [...]»— està motivada per un acte de disposició sobre una o més parts de la finca originària o de divisió del bé comú, en el qual ha estat part qui tindria dret a reclamar-la. Cal fer notar, però, que la formulació de la norma en l'article 566-10.4 CCCat es presenta incompleta, atès que no diu —com sí que deien els art. 12.5, 13.6 i 14.6 de la Llei 22/2001— que en aquests casos el pas o, si escaigués, l'accés a la xarxa general o a l'aigua s'han d'obtenir a través de la finca originària —no es poden exigir a d'altres finques veïnes.

5.2. LA SERVITUD DE PAS

L'establiment de la servitud de pas requereix la concurrència d'una situació de fet: l'existència d'una finca sense sortida, o amb una sortida insuficient, a una via pública que impedeixi que es pugui explotar normalment. El Codi no parteix del supòsit excepcional que la finca no tingui cap sortida a la via pública, sinó que parteix del supòsit que una finca necessita una sortida a un camí públic per a poder ser explotada normalment, d'acord amb la seva

similar, l'opinió de Francisca LLODRÀ GRIMALT, «Constitución voluntaria y modificación de servidumbre forzosa de paso permanente (a propósito de la Sentencia de 4 de junio de 1998 de la Audiencia Provincial de Baleares)», *El Consultor Inmobiliario*, núm. 58 (juny 2005), p. 32, segons la qual, atès que la qualificació de *forçosa* o *voluntària* d'una servitud no es pot fer tenint en compte només l'acte o la forma de constitució, «una servidumbre constituida voluntariamente para responder a un supuesto de necesidad legalmente tipificado continúa siendo forzosa».

destinació econòmica. Com es deia en la STSJC de 3 de febrer de 2000 (FJ 6è) a propòsit de l'article 12.1 LSSDA i amb l'expressió «[...] utilització normal de la finca dominant» —substituïda ara per «[...] explotar normalment»:

[...] parte del supuesto de una finca que necesita una salida a camino público para ser utilizada como se debe, como sea necesario; esto es, como mejor convenga al destino de la finca [...] Destino, producción y finalidad de la finca habrán de constituir, pues, elementos definidores de la misma y su extensión.

Pel que fa al lloc d'exercici, la norma prioritza en la seva determinació el menor perjudici de la finca servent sobre el benefici de la dominant, ja que el pas s'ha de fer pel punt menys incòmode o perjudicial per a les finques gravades i, només quan sigui compatible, pel més beneficiós per a la finca dominant.³² En aquest punt, l'article 566-7.2 CCCat se separa del criteri general que es dedueix de l'article 566-4.2 CCCat, potser en consideració al caràcter forçós de la servitud.

5.3. LA SERVITUD D'ACCÉS A UNA XARXA GENERAL

La servitud d'accés a una xarxa general de sanejament o subministrament de serveis es regula en l'article 566-8 CCCat i la seva imposició requereix la concurrència d'un pressupòsit i dos requisits.

Quant al pressupòsit, es requereix l'existència d'una finca que no tingui connexió a una xarxa general —pública o privada— de sanejament o subministrament de serveis; entre aquests, la llei fa menció expressa de l'aigua, l'energia, les comunicacions i els serveis de noves tecnologies.

Pel que fa als requisits, es concreten en els següents:

— Que la connexió a la xarxa general de sanejament o subministrament de serveis no es pugui fer per cap altre lloc sense despeses desproporcionades.

32. En connexió amb aquesta idea i d'acord amb el professor Manuel ALBALADEJO, *Derecho civil*, p. 627, que segueix en aquest punt la Sentència de 8 de març de 1922, caldria precisar que el pas no només s'ha de fer pel punt menys perjudicial o incòmode per a les finques gravades, sinó que, si hi ha diverses finques limítrofes amb la dominant, la servitud s'ha d'establir, no sobre «la finca que convenga al que la solicita, sino por aquella de las colindantes a que se irroge menos perjuicio, en cuanto pueda conciliarse con esto la distancia más corta» (Sentència de 8 de març de 1922).

— Que la connexió no causi perjudicis substancials.³³

Doncs bé, si concorren les circumstàncies previstes en la llei, la persona titular del dret de propietat de la finca sense connexió a la xarxa general de sanejament o subministrament de serveis pot exigir als seus veïns l'accés a aquesta per mitjà de l'establiment d'una servitud d'accés de característiques adequades per a l'obtenció del servei, amb les connexions adients.

Quant al lloc d'exercici de la servitud, s'ha de conjugar el criteri tècnic amb el del menor perjudici per a la finca servent, de manera que l'accés a la xarxa general s'ha de fer pel sistema tècnicament més adequat i pel punt menys perjudicial o incòmode per a les finques gravades i, si és compatible —com succeeix en matèria de servitud de pas—, pel punt més beneficiós per a la finca dominant.

5.4. LA SERVITUD D'AQUËDUCTE

La servitud d'aqüeducte es regula en l'article 566-9 CCCat i el seu supòsit fàctic parteix com a premissa de la titularitat d'un recurs hidràulic situat fora de la finca dominant —«extern»—; en aquest cas, el propietari pot exigir als seus veïns l'accés al recurs hidràulic en qüestió mitjançant l'establiment d'una servi-

33. En aquest punt, s'ha adoptat el criteri utilitzat en l'art. 546-14.1 i 2 CCCat per a fer referència a les immissions legítimes que s'han de tolerar. Segons l'art. 546-14.1 CCCat, «[e]ls propietaris d'una finca han de tolerar les immissions provinents d'una finca veïna que són innòcues o que causen perjudicis no substancials. En general, es consideren perjudicis substancials els que superen els valors límit o indicatius que estableixen les lleis o els reglaments.» I, segons el paràgraf segon del mateix precepte, «[e]ls propietaris d'una finca han de tolerar les immissions que produeixen perjudicis substancials si són a conseqüència de l'ús normal de la finca veïna, segons la normativa, i si fer-les cessar comporta una despesa desproporcionada econòmicament». Com diu Joan EGEA FERNÁNDEZ, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Barcelona i Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 121-126 i 151-155, el concepte de *perjudici substancial* respon bàsicament a criteris econòmics, atès que «un perjuicio sustancial provoca una disminución en el valor de la finca». I, quant al que s'ha de considerar que és una despesa desproporcionada, s'ha d'acollir, en paraules del mateix autor, «un criterio objetivo diferenciado». Egea Fernández considera que «la proporcionalidad económica debe ser fijada bajo la consideración de las relaciones de vecindad, ventajas, inconvenientes y las posibilidades técnicas de organización de la productividad de un utilizador de tipo medio (no las de uno concreto) de la finca emitente. Ello significa que se debe considerar si la carga que originan las posibles medidas a adoptar puede ser soportada por una empresa de tipo medio. Una medida será económicamente desproporcionada cuando los costes tengan tal alcance que un usuario (empresario) medio no pueda obtener unos beneficios adecuados de forma duradera.»

tud d'aqüeducte, les característiques i l'amplada³⁴ de la qual han de ser suficients «[...] perquè la finca dominant es pugui explotar normalment».³⁵

Pel que fa a la imposició de la servitud, segons els articles 48.1 del Reial decret legislatiu 1/2001, de 20 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Llei d'aigües (TRLA), i 18.1 del Reial decret 849/1986, d'11 d'abril, pel qual s'aprova el Reglament del domini públic hidràulic (RDPH), són els organismes de conca —amb l'expedient administratiu previ—³⁶ els que poden imposar la servitud forçosa d'aqüeducte.

Quant al lloc d'exercici, en la línia de l'article 566-8 CCCat, es prioritza el criteri tècnic, de manera que el pas de l'aigua s'ha de fer pel punt i pel sistema de conducció tècnicament més adequats per a l'obtenció de la utilitat que es pretén per a la finca dominant i, només si és compatible, pel menys perjudicial o incòmode per a les finques gravades (art. 566-9.3 CCCat).

34. Quant a les modalitats i característiques de la servitud d'aqüeducte, vegeu els art. 23 i 24 del Reglament del domini públic hidràulic (RDPH):

Artículo 23

La servidumbre forzosa de acueducto se constituirá:

- a) Con acequia cubierta cuando lo exija su profundidad, su contigüidad a edificios o caminos o algún otro motivo análogo, o cuando lo estimare necesario la autoridad competente.
- b) Con acequia abierta, si así se solicitase y no estuviese incluida en los supuestos del apartado anterior.
- c) Con tubería o conducción impermeable cuando puedan ser absorbidas otras aguas, cuando las aguas conducidas puedan contaminar a otras o absorber sustancias nocivas, o causar daños a obras o edificios, y siempre que resulte necesario según el expediente que al efecto se instruya.

Artículo 24

Al establecerse la servidumbre forzosa de acueducto se señalará la anchura de los terrenos del predio sirviente que han de ser ocupados por la acequia o conducción y sus zonas de servicio.

35. En relació amb aquest punt, l'art. 19 RDPH estableix que la servitud d'aqüeducte pot imposar-se per motius d'interès públic o privat. Es consideren motius suficients d'interès privat els següents:

- a) Abastecimiento de viviendas y establecimiento o ampliación de riegos, aprovechamientos energéticos, balnearios o industrias, así como evacuación de las aguas sobrantes o residuales.
- b) Desecación de lagunas y terrenos pantanosos, siempre que se cumplan las previsiones contenidas en el capítulo V del título III de este Reglamento.
- c) Evacuación de aguas procedentes de alumbramientos artificiales, de escorrentías y drenajes.

36. En relació amb l'expedient administratiu justificatiu de la utilitat del gravamen, vegeu els art. 35-40 RDPH.

En relació amb el contingut accessori de la servitud i en aplicació del que es preveu amb caràcter general en l'article 566-6 CCCat, el titular de la finca dominant pot fer totes les obres necessàries per a la portada d'aigües —canonades, sèquies, mines, rescloses, etc.— i les ha de mantenir en bon estat de conservació a càrrec seu (art. 566-9.3 CCCat).³⁷

6. L'EXTINCIÓ DE LES SERVITUDS

L'extinció de les servituds és l'objecte de la secció tercera del capítol VI, títol VI (art. 566-11 i 566-12 CCCat).³⁸ Una primera lectura de l'article 566-11 CCCat palesa una reducció de les causes d'extinció de la servitud amb les regulades en l'article 15 LSSDA, que resulta justificada per la remissió a la regulació de les causes generals d'extinció dels drets reals (art. 532-1 a 532-4 CCCat).³⁹ La remissió s'ha de limitar a les causes derivades del títol de constitució (532-1 CCCat),⁴⁰ la pèrdua del bé (art. 532-1 i 532-2 CCCat)⁴¹ i la renún-

37. En el mateix sentit, segons els art. 26 i 27 RDPH:

Artículo 26

Serán de cuenta del que haya promovido y obtenido la servidumbre de acueducto todas las obras necesarias para su construcción, conservación y limpieza. A tal efecto se le autorizará para ocupar temporalmente los terrenos indispensables para el depósito de materiales, previa la indemnización, o en el caso de no ser su extensión fácil de prever, o no conformarse con ella los interesados, previo el depósito de una fianza suficiente. Estos o la Administración podrán compelerle a ejecutar las obras y mondas necesarias para impedir estancamientos o filtraciones que originen deterioro de los bienes colindantes.

Artículo 27

Si el acueducto atravesase vías públicas o particulares, de cualquier naturaleza que sean, quedará obligado el titular de la servidumbre a constituir y conservar las alcantarillas y puentes necesarios, y si hubiese de atravesar otros acueductos, se procederá de modo que no retarde ni acelere el curso de las aguas, ni disminuya su caudal, ni adultere su calidad.

38. Sobre la constància registral de l'extinció de les servituds, vegeu Pedro del POZO CARRASCOSA i Antonio GINER GARGALLO, «Ley 22/2001, de 31 de diciembre», p. 589.

39. Tot i això, cal notar que la redempció —no inclosa en la regulació general de les causes d'extinció— resta eliminada com a causa d'extinció de les servituds, a diferència del que succeïa en l'àmbit de la Llei 22/2001, l'art. 15e de la qual recollia la redempció convinguda entre el titular de la finca dominant i el titular de la finca servent com a causa específica d'extinció de la servitud.

40. La servitud s'extingeix també per causes inherents al seu títol constitutiu, com el compliment del termini o de la condició, a les quals feia referència expressa l'art. 15b LSSDA.

41. La concreció d'aquesta causa general d'extinció es troba en l'art. 566-11.1b CCCat.

cia (art. 532-1 i 532-4 CCCat).⁴² Cal excloure'n la consolidació, atès que «[u]na servitud no s'extingeix pel sol fet que s'arribi a aplegar en una sola persona la propietat de les finques dominant i servent [...]» (art. 566-3.3 CCCat).⁴³ La consolidació no constitueix causa d'extinció del dret, tot i que —diu el precepte— «[...] l'únic titular d'ambdues finques la pot extingir i obtenir-ne la cancel·lació en el Registre de la Propietat, sens perjudici de terceres persones»,⁴⁴ previsió que, òbviament, només serà operativa en relació amb les finques que es trobin inscrites,⁴⁵ d'acord amb l'article 79.2 LH.⁴⁶

42. La servitud s'extingeix també per la declaració unilateral —renúncia— del titular de la finca dominant, amb el límit del no-perjudici de tercers. Aquesta limitació és especialment rellevant quan la finca dominant està gravada amb un dret real limitat, atès que la renúncia a la servitud feta pel titular de la finca no pot perjudicar els seus titulars i, per tant, l'eficàcia de l'acte i l'oposabilitat als tercers que poden resultar perjudicats fan necessari el seu consentiment.

43. Com explica Ferran BADOSA COLL, «La constitució i la transmissió de drets reals al Codi civil de Catalunya», ponència presentada en el Congrés «La adquisición y la transmisión de los derechos reales en el Código civil de Cataluña. El derecho catalán en Europa», Barcelona, 30 de novembre i 1 de desembre de 2006, p. 5: «El sistema dels drets reals limitats com a limitatius del Llibre Vè té dues excepcions. Són els que es poden anomenar els “drets reals de propietari”: un d'antic, la servitud (566-3) i un de nou, l'usdefruit de propietari (Exp. Mot. III, par. 14; art. 561-16.1c). Són casos que operen sobre la consolidació excloent el seu efecte extintiu (art. 523-3). La situació de consolidació o d'identitat de titular dels drets més extens i menys extens, no du a l'efecte de l'extinció per absorció.» En relació amb ambdós casos, el mateix autor afegeix: «[...] el dret real limitat deixa d'ésser una restricció del dret de propietat. Es converteix en un seu component o facultat que esdevé autònom en mans del propietari de la cosa. És un punt de vista que té el suport de l'art. 541-1-2 en parlar de les “facultats residuals” de la propietat perquè permet concebre les facultats en general com separables de la propietat sense que hagin de pertànyer a un altre. L'acte de constitució ja no té connexió amb la transmissió que pot produir-se més tard o no arribar mai.»

44. El supòsit fa referència a l'anomenada *servitud final de propietari*, que, en paraules d'Iván MATEO BORGE, *La servidumbre de propietario*, p. 131, té lloc «cuando el propietario de un fundo gravado con una servidumbre adquiere el fundo dominante, o bien cuando el titular del predio dominante adquiere el predio del cual extrae un beneficio o utilidad, llegándose “a reunir en una sola persona les propietats del predi dominant i servent” (art. 17.1 LANISRV), la servidumbre se mantiene».

45. En els casos en què la servitud estigui inscrita, tal com adverteix Iván MATEO BORGE, *La servidumbre de propietario*, p. 170, a propòsit de l'art. 17 LANISRV, la simple renúncia no és suficient per a extingir la servitud, sinó que també és necessària la cancel·lació registral.

46. El supòsit encaixa en l'art. 79.2 LH, ja que el dret no s'extingeix per consolidació, sinó que es tracta, en paraules d'Iván MATEO BORGE, *La servidumbre de propietario*, p. 170 i 171, «de un supuesto muy cercano a la renuncia del interesado». A continuació, assenyala que «con arreglo al art. 82.1 LH, “las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública [...] se cancelarán [...] por [...] escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos”. Entre estos dos preceptos se configura el panorama de

Pel que fa a les causes específiques d'extinció, es concreten en les que s'exposen a continuació.

La lletra *a* —en relació amb la *causa servitutis*— es refereix a la manca d'ús del dret durant deu anys. S'ha escurçat el termini de trenta anys previst en l'article 15a LSSDA per tal d'adaptar-lo al nou marc normatiu. Pel que fa al còmput del temps, el no-ús es comença a comptar des que consta el desús —és a dir, de manera no retroactiva— o l'acte obstructiu en relació amb la usucupió alliberadora (art. 531-23.3 CCCat). La servitud sobre una finca pròpia s'exclou d'aquesta modalitat extintiva, la qual cosa resulta de la seva configuració —com es descriu en la Llei 22/2001, preàmbul, §17— com a «[...] relació de servei entre finques, l'exercici de la qual queda inclòs en l'exercici del dret de propietat fet pel propietari únic». La idea subjacent en la regulació de la servitud de propietari és la de considerar la servitud —des d'un punt de vista material— una qualitat de la finca dominant, per això en els supòsits de servitud sobre una finca pròpia es pot dir que «la servitud és latent, que existeix [...]» com a qualitat —valor econòmic—⁴⁷ de la finca dominant, encara que, com és lògic, és el propietari únic qui exerceix el seu contingut. En paraules de Mateo Borge, «mientras dura la reunión de predios, la legitimación que otorga el derecho no desaparece, sino que permanece en suspenso, ya que se le sobrepone el derecho de propiedad que otorga una legitimación mayor. El propietario podrá realizar los actos que quiera en virtud de su dominio, suspendiéndose, pero no extinguiéndose, la servidumbre.»⁴⁸

Amb relació a aquesta causa d'extinció, es considera la possibilitat de restabliment quan es tracta d'una servitud forçosa, cas en el qual no s'ha de pagar indemnització si la servitud es restableix dintre dels deu anys següents a la seva extinció. La norma té com a excepció el cas que la servitud s'hagi extingit per un acte propi dels titulars de la finca dominant (art. 566-11.3 CCCat).

la cancelación al que hace referencia el art. 17 LANISRV, siempre y cuando la servidumbre no se haya inscrito en virtud de mandamiento judicial o documento equivalente.» És per això que aquest autor considera que l'art. 190 RH és un precepte que no és aplicable a Catalunya en el cas de les servituds predials. I conclou que «la forma de cancelación será la normal u ordinaria: asiento de cancelación con las circunstancias previstas en los art. 103 LH y 193 RH».

47. Aquest punt de vista, com indica Ferran Badosa Coll en el pròleg a Iván MATEO BORGE, *La servidumbre de propietario*, p. 10, estava ja enunciat en l'art. 328.5 CDCC, que considera la servitud una qualitat de la finca dominant, raonament que s'inspirava en l'anterior art. 327.2 CDCC, que l'equiparava amb una millora útil. Segons l'art. 328.5 CDCC, en la compravenda a carta de gràcia, per a obtenir la redempció, el rediment ha de satisfer al titular de la propietat gravada: «5. El cost de les despeses inherents a la constitució de les servituds adquirides en profit de la cosa immoble venuda, calculat en pessetes constants des de la data de la venda.»

48. Iván MATEO BORGE, *La servidumbre de propietario*, p. 119.

La lletra *b* reitera la norma general de l'article 532-2 CCCat i estableix que la pèrdua total de la finca servent o de la finca dominant també constitueix causa d'extinció, causa d'altra banda lògica atesa la configuració de la servitud com a relació de servei entre finques.⁴⁹ En els *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* es destacava la importància d'aquest supòsit d'extinció en el cas de la propietat horitzontal amb la intenció de deixar clar que «no hi ha cap motiu perquè la servitud reneixi en un dels nous pisos que es construeixin, perquè encara que l'edificació fos idèntica, es considerarien nous objectes de dret (vegeu els articles 396 CCE i 3 i 5 LPH)».⁵⁰

La impossibilitat d'exercir la servitud afecta la *causa servitutis* i determina l'extinció sense possibilitat de restabliment (art. 566-11.1c i 566-11.2 CCCat).⁵¹ La norma de la no-reviviscència del dret té com a excepció el cas de les servituds forçoses, de manera que, com succeeix en el cas de l'extinció per manca d'ús, si es restableix en els deu anys següents a la seva extinció, no s'ha de pagar cap indemnització, llevat que la servitud s'hagués extingit per un acte propi dels titulars de la finca dominant (art. 566-11.3 CCCat).

En la lletra *d* de l'article 566-11 CCCat es fa referència a una causa d'extinció que sembla —encara que el precepte no ho diu expressament— limitada als supòsits en els quals la servitud és constituïda per qui és titular d'un dret real limitat de contingut possessori sobre la finca servent o la finca dominant. En aquests supòsits, ja ho hem dit anteriorment, la durada de la servitud coincideix amb la del dret real limitat en qüestió. En aquest sentit, l'article 566-11d CCCat estableix que la servitud s'extingeix per «l'extinció del dret dels concedents o del dret real dels titulars de la servitud», atès que la *causa servitutis* es concreta en la utilitat del dret real limitat en qüestió. Tot i això, la formulació del precepte és massa imprecisa des d'un punt de vista terminològic, ja que, sense més matisos, utilitza el terme *concedent* per a fer menció del titular de la finca servent, sense tenir en compte que el terme no solament es refereix a qui sigui titular d'un dret real limitat de contingut possessori sobre la finca, sinó també al propietari, cas en el qual l'extinció del dret no tindria lloc.

49. Segons Pedro del POZO CARRASCOSA i Antonio GINER GARGALLO, «Ley 22/2001, de 31 de diciembre», p. 593, aquest precepte pensa en la desaparició física de la finca, que —diuen— «deberá justificarse fehacientemente ante el registrador». I consideren que «no parece admisible una simple certificación técnica».

50. *Treballs preparatoris del llibre cinquè*, comentari a l'art. 566-9, p. 224.

51. Segons el que es comenta en els *Treballs preparatoris del llibre cinquè*, comentari a l'art. 566-10, p. 225, el motiu de la no-reviviscència de la servitud és clar: «[E]n el cas d'una servitud voluntària, és preferible mantenir la llibertat del domini; si la servitud és forçosa, sempre se'n pot tornar a demanar la constitució.»

En la lletra *e* es fa referència a una causa d'extinció que opera en el context de la servitud constituïda sobre una finca pròpia publicada únicament per l'existència d'un signe aparent i regulada amb caràcter general en l'article 566-3 CCCat. El simple signe aparent de servitud no determina la subsistència de la servitud en cas d'alienació de qualsevol de les finques, ja que «solament subsisteix si s'estableix expressament en l'acte d'alienació» (art. 566-3.2 CCCat). Amb aquesta norma, recollida ja en l'article 7 LANISRV i amb posterioritat en l'article 8 LSSDA, el legislador català prenia partit en la polèmica doctrinal i jurisprudencial que, durant el període de vigència de la CDCC, es va plantejar sobre la possible aplicació supletòria a Catalunya de l'article 541 CC, segons el qual:

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

Es tractava de determinar si el silenci de la norma catalana havia de considerar-se una llacuna, cas en el qual seria procedent l'aplicació supletòria de l'article 541 CC *ex* article 1 i la disposició final quarta CDCC, o si, al contrari, es tractava d'un «conjunt normatiu buit»⁵² o d'una institució desconeguda per considerar-se la norma estranya al dret civil català, cas en el qual el recurs a la supletòria resultava exclòs per la mateixa disposició final quarta CDCC, que establia que:

[...] regeixen supletòriament els preceptes del Codi Civil i de les altres lleis estatals de caràcter civil, en la mesura que no s'oposin⁵³ a aquelles disposicions o als principis generals que informen l'ordenament jurídic català.⁵⁴

52. La STSJC de 18 de setembre de 2003 defineix el conjunt normatiu buit en el seu fonament segon dient que «es tracta d'unes concretes situacions que no estan regulades, ni previstes ni desaprovades, ni permeses per la llei: és a dir que a la dita Llei no li interessa una determinada institució que pot estar regulada en un altre ordenament jurídic distint; en aquest darrer cas no és factible la integració a través d'un ordenament extern, pel fet que això suposaria infringir la voluntat del legislador».

53. En relació amb l'expressió «no-oposició», Ferran BADOSA COLL (dir.), *Manual de dret civil català*, p. 68, assenyala que «l'èmfasi en la “no oposició” permet definir la “llacuna” no com el silenci de la norma catalana sinó com la manca de regulació quan n'hi hauria d'haver. L'“oposició”, en canvi, és senyal que no hi ha llacuna i que la institució la regulació estatal de la qual es pretengui aplicar és “desconeguda” en el nostre Dret».

54. Ambdues posicions i els seus arguments són objecte d'una completa síntesi en les STSJC de 18 de setembre de 2003, 22 de setembre de 2003 i 2 d'octubre de 2003.

La regulació actual no admet dubte: «La servitud sobre una finca pròpia publicada únicament per l'existència d'un signe aparent, si s'aliena la finca dominant o la servent, solament subsisteix si s'estableix expressament en l'acte d'alienació»⁵⁵ (art. 566-3.2 CCCat).

La modificació de les finques —dominant o servent— pot determinar l'extinció del dret, raó per la qual aquesta qüestió es regula en la secció tercera del capítol VI. D'entrada, el caràcter indivisible de la servitud determina que les modificacions que puguin experimentar les finques —dominant o servent— no constitueixen causes d'extinció automàtiques, atès que només incideixen en l'existència del dret quan limiten o eliminen la utilitat.

La qüestió es regula en l'article 566-12 CCCat, que, encara que fa referència en paràgrafs diferenciats a les modificacions que puguin afectar la finca dominant (art. 566-12.1, 566-12.2 i 566-12.3) o la servent (art. 566-12.4), aplica el mateix criteri —vinculat a la *causa servitutis*— per a la regulació d'ambdós supòsits.

Així, encara que les modificacions de la finca dominant —divisió i segregació, agrupació i agragació— no determinen *a priori* l'extinció del dret, el pro-

55. A propòsit de l'art. 7 LANISRV i del concepte de *acte d'alienació*, el professor Lluís PUIG FERRIOL, «Consideraciones generales», p. 788, considerava que «si la separación de las dos fincas se produce por vía distinta a la transmisión, como sucederá en los casos de división de una cosa común o de partición hereditaria, entiendo que el supuesto quedará al margen de las prevenciones del art. 7, que se refiere sólo a la transmisión. Por tanto en los demás casos referidos, que no comportan una verdadera transmisión, la existencia de un signo aparente de servidumbre entre las dos fincas antes de su división o partición, se considerará como título para que continúe la servidumbre, a menos que antes se establezca lo contrario.» La qüestió ha estat també objecte d'anàlisi en la STSJ de 3 de febrer de 2000, en la qual es diu que «[t]ransmitida la finca B en escritura de partición de herencia y entrega de legados, tal cesión no entra en el concepto de "alienación" que utiliza el texto legal, según la doctrina catalana, porque, conforme al art. 52 del Codi de successions, la partición hereditaria ha de considerarse como un acto especificativo o determinativo de derechos que no tiene el alcance de alienación, ya que únicamente comporta la modificación de una situación jurídica anterior. Y esta solución enlaza con la tradición jurídica catalana, que admite que en la *divisio inter liberos* el testador asigna las fincas con la intención de que se mantenga la situación de hecho pre-existente» (FJ 4t). Finalment, el tema ha estat plantejat també en els *Treballs preparatoris del llibre cinquè*, on, a propòsit del comentari de l'art. 566-3, paràgraf segon —paral·lel a l'art. 8.2 LSSDA—, es comenta que el precepte és d'aplicació a qualsevol acte d'alienació, i amb relació a la partició i la divisió de la cosa comuna, tot i que es planteja la possibilitat d'afegir al precepte una frase del tipus «[e]l mateix s'aplica en els supòsits de partició hereditària i divisió de la cosa comuna», es considera finalment que això no és necessari si es té en compte el següent: «1. En aquests casos, el coneixement de la finca per part de l'adjudicatari possibilita la declaració explícita de manteniment de la servitud. A més, si es tracta d'una servitud "forçosa", el titular de la finca dominant podrà demanar la seva constitució o evitar-ne l'extinció. 2. En el cas de la partició, el testador podria haver imposat la continuació de la servitud, argument *ex art. 55.3 CS.*» Vegeu els *Treballs preparatoris del llibre cinquè*, comentari a l'art. 566-3, p. 217.

pietari de la finca gravada pot exigir l'extinció total o parcial si, com a resultat de la modificació, desapareix la causa de la servitud o aquesta només és útil per a alguna o algunes de les finques resultants. En els supòsits de divisió i segregació, segons l'article 566-12.2 CCCat, «[...] si la servitud solament és útil per a alguna de les finques resultants, poden exigir l'extinció de la servitud respecte a les altres finques»; i, quan es tracta de supòsits d'agregació i agrupació, «[...] si l'estructura de la finca resultant fa que la servitud no li reporti utilitat, poden exigir l'extinció de les servituds» (art. 566-12.3 CCCat).

I, pel que fa a les modificacions de la finca servent, l'article 566-12.4 CCCat inclou la divisió i la segregació com a úniques modificacions que poden afectar la utilitat de la servitud i, en la línia de l'article 566-12.1 CCCat, estableix que, si com a conseqüència de les modificacions esmentades només una o algunes de les finques gravades proporciona utilitat a la dominant, els titulars de les finques resultants que no reporten utilitat a la finca dominant poden exigir l'extinció de la servitud (art. 566-12.4 CCCat).

7. LA PROTECCIÓ DEL DRET: L'ACCIÓ CONFESSÒRIA

El mecanisme processal que permet al titular de la finca dominant mantenir i —si escau— restituir l'exercici de la servitud⁵⁶ és l'acció confessòria. La regulació de l'acció es conté en la secció quarta —«Protecció del dret de servitud» (art. 566-13 CCCat). Amb la finalitat de reforçar la protecció del dret, la defen-

56. En relació amb l'efecte de la restitució, s'ha plantejat si l'acció confessòria podria incloure un contingut indemnitzatori. Per a Judith SOLÉ RESINA, «La acción confesoria de servidumbre: ámbito de protección; naturaleza jurídica; legitimación; contenido y efectos», a Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (coord.) *et al.*, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tom III, Madrid, Civitas, 2004, p. 4345, l'efecte de la restitució «[t]iende a anular un estado de hecho sobrevenido antijurídico para que vuelva a ser posible el ejercicio de la servidumbre, y forma así, parte del contenido de la acción confesoria, por cuanto resulta imprescindible en la pretensión de mantener y restituir el ejercicio de la servidumbre. El resarcimiento de daños, en cambio, es objeto de una acción independiente.» Partint d'aquesta idea, l'autora considera que l'art. 18 LSSDA exclou del contingut de l'acció confessòria la indemnització dels danys i perjudicis i conclou que «no cabe siquiera plantear-se la posibilidad de que esta pretensión pueda apartarse de la normativa reguladora de la responsabilidad civil, de modo que sólo procederá cuando la lesión del ejercicio de la servidumbre sea culposo o doloso». Al contrari, Elena LAUROBA LACASA, a Ferran BADOSA COLL (dir.), *Manual de dret civil català*, p. 211, considera que, encara que no s'inclougi la possibilitat d'indemnització dels danys i perjudicis en la Llei, «també pot demanar-se en el mateix procés (Borrell i Soler també defensava que se sol·licités caució en atenció a possibles lesions futures), sense que sigui necessari acudir a l'art. 1902 CC». Aquesta tesi entronca amb el dret romà i amb el plantejament de Bernardo WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*,

sa que dispensa l'acció no es limita a les pertorbacions ja realitzades, sinó que —en la línia de l'acció negatòria (art. 544-4.1 CCCat)— s'amplia a les previsibles o futures (art. 566-13.1 CCCat).

L'article 566-13.1 CCCat atribueix naturalesa real a l'acció, la qual cosa obliga a limitar el terme *titular*, que el precepte fa servir per a fer referència als subjectes legitimats activament, al propietari i als titulars de drets reals limitats amb contingut possessori sobre la finca. Quant a l'aspecte passiu de la legitimació, l'acció es pot interposar no només contra el titular de la finca servent, sinó contra qualsevol que s'oposi o pertorbi l'exercici de la servitud, i també contra qui amenaci de fer-ho.⁵⁷

Quant a la finalitat, l'acció s'orienta a mantenir i restituir l'exercici de la servitud.⁵⁸ En matèria d'exercici, l'article 18.2 LSSDA feia referència expressa a la necessitat de provar l'existència del dret. La referència ha quedat al marge de l'article 566-13 CCCat, segurament perquè la necessitat de provar no és més que una conseqüència lògica del principi de llibertat del domini *ex articulo* 544-6.1 CCCat. Per tant, tot i l'omissió, la prova de l'existència del dret i la lesió causada o l'amenaça de causar-la en el futur és un requisit per a l'exercici de l'acció.

El termini de prescripció es concreta en deu anys a partir de l'acte obstructiu. D'aquesta manera queda eliminada la discordança que, en el context de la regulació anterior, es produïa entre el termini de prescripció de l'acció negatòria —que la Llei 13/1990 establia en cinc anys (art. 2.5 LANISRV)— i el termini de prescripció de l'acció confessòria —que la Llei 22/2001 concretava en trenta anys comptats des que tenia lloc l'acte obstructiu—, i que el Tribunal Superior

Diritto delle Pandette, vol. 1, Torí, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1930, § 217, p. 782 i 783, segons el qual «la rimozione della violazione del diritto, in quanto sia stato stabilito uno stato di cosa permanente contrario alla servitù, consiste nel ripristinamento dello stato di cosa corrispondente alla servitù, in ogni caso nel risarcimento del danno arrecato dalla colpa del violatore; inoltre l'offeso, anche qui come per la violazione della proprietà mediante turbativa, può esigere, che colla sentenza gli sia data sicurtà contro violazioni future.»

57. Sobre l'abast de la legitimació passiva de l'acció, vegeu la STSJC 40/2005, de 13 d'octubre.

58. A partir de la interpretació literal de l'art. 18.1 LSSDA, que, com l'art. 566-13.1 CCCat, feia servir l'expressió «mantenir i restituir l'exercici de la servitud» per a fer referència a la finalitat de l'acció confessòria, Judith SOLÉ RESINA, «La acción confesoria de servidumbre», p. 4332-4334, conclouïa que es tractava d'una acció de condemna, atès que «este precepto piensa en supuestos de perturbación del ejercicio y no de negación del derecho, con lo que la finalidad de la acción queda configurada por la condena al cese de la perturbación del ejercicio y no a la mera declaración de la existencia del derecho». El caràcter declaratiu de l'acció, en canvi, no admet dubte per al professor Lluís PUIG FERRIOL, *Institucions del dret civil de Catalunya*, p. 297, el qual, a propòsit de la mateixa expressió continguda en l'art. 5.1 LANISRV, afirma que l'acció confessòria és una acció principal-

de Justícia de Catalunya va solucionar amb l'aplicació analògica del termini de l'acció confessòria a la negatòria, tot entenent que el termini de cinc anys previst en l'article 2.5 LANISRV es limitava a l'acció negatòria en matèria d'immissions.⁵⁹

Finalment, a propòsit d'això anterior, cal fer notar que la nova regulació de l'acció negatòria s'aparta de la tesi del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i sembla que se situa en la línia dels *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya*,⁶⁰ en els quals s'optava —com sembla que es pot deduir de l'art. 544-7.1 CCCat— per la imprescriptibilitat de l'acció negatòria.

ment declarativa, encara —diu— «que la declaració del dret va acompanyada de la restitució o constitució efectiva de la servitud (STS de 18 de març de 1994)». En la mateixa línia d'opinió, cal fer notar que l'art. 566-13.1 CCCat també ofereix un argument que permet defensar el caràcter no estrictament de condemna de l'acció, atès que, com ja feia la Llei 22/2001, considera la possibilitat d'exercir-la contra pertorbacions previsibles.

59. Segons va expressar el TSJC en la Sentència de 16 de setembre de 2002, aquesta discordança no tenia cap justificació, atès que l'acció confessòria i l'acció negatòria són la cara i el revers de la mateixa institució. És per això que en la sentència esmentada i en la de 14 d'octubre de 2002 va mantenir la tesi que, quan l'art. 2.5 LANISRV establí que l'acció negatòria prescrivía al cap de cinc anys, ho feia perquè incloïa la categoria jurídica que regulava el capítol 2 de la Llei 13/1990, és a dir, les immissions. I, pel que fa a les servituds, optava per considerar el següent: «[...] la manca d'una posició concreta, segons la sistemàtica de la llei sobre la prescripció de l'acció negatòria en relació amb el dret real de servitud, aconsella omplir el buit legislatiu en base a una aplicació analògica de la norma més afí, que no és altra que el termini de prescripció que estableix la llei per a l'exercici de l'acció confessòria, avalada també pels precedents, especialment si no oblidem la importància fonamental que l'article 1,II de la Compilació atribueix a l'element històric a l'hora d'interpretar i d'integrar el dret civil vigent» (STSJC de 16 de setembre de 2002, FJ 6è). I, compartint la mateixa tesi, en la STSJC de 14 d'octubre de 2002 es conclouia: «[...] hem d'entendre que en relació amb el dret real de servitud, l'acció negatòria prescriu als trenta anys» (FJ 9è).

60. Segons el primer paràgraf de l'art. 545-10 CCCat dels *Treballs preparatoris del llibre cinquè*, «[l]acció negatòria dura mentre es mantingui la pertorbació, llevat que, tractant-se d'un dret usucapible, s'hagués consumat la usucapió». En els mateixos *Treballs*, en relació amb la interpretació de la norma es diu que «[m]és directament es podria afirmar, fins i tot, que "l'acció negatòria és imprescriptible [...]". Ambdues alternatives són equivalents, però és més clara la primera.» *Treballs preparatoris del llibre cinquè*, comentari a l'art. 545-10, p. 122-123.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil*. Vol. III: *Derecho de bienes*. 9a ed. Barcelona: Bosch, 2002.
- ALONSO PÉREZ, Mariano. «El derecho real de servidumbre y su contenido (desde la perspectiva de la legislación de Cataluña)». *La Notaria*, núm. 9-10 (setembre-octubre 2001), p. 229-260.
- BADOSA COLL, Ferran. *Compendi de dret civil català*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 1999.
- «La constitució i la transmissió de drets reals al Codi civil de Catalunya». Ponència presentada en el Congrés «La adquisición y la transmisión de los derechos reales en el Código civil de Cataluña. El derecho catalán en Europa». Barcelona, 30 de novembre i 1 de desembre de 2006, p. 3-6.
- «Els sistemes adquisitius a Catalunya». A: ÀREA DE DRET CIVIL DE LA FACULTAT DE DRET DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA. XIV Jornades de Dret Català a Tossa, 2006. [Ponència]
- BADOSA COLL, Ferran. [dir.]. *Manual de dret civil català*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2003.
- BORRELL Y SOLER, Antonio M. *Derecho civil vigente en Cataluña*. Vol. II: *Derechos reales*. 2a ed. Barcelona: Bosch, 1944.
- CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. *Las servidumbres administrativas (delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)*. Valladolid: Lex Nova, 2003.
- COBACHO GÓMEZ, José Antonio. «Reflexiones sobre la nueva regulación de las servidumbres en el derecho civil de Cataluña». A: CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio [coord.] [et al.]. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Tom. III. Madrid: Civitas, 2004.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan. *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*. Barcelona; Madrid: Marcial Pons, 1994.
- «La prescripción de la acción negatoria». *InDret*, núm. 1 (2003). [Working paper de dret català]
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep. «Concordances i jurisprudència en relació amb l'art. 7 LSSDA». A: EGEA FERNÁNDEZ, J.; FERRER RIBA, J. *Codi civil de Catalunya i legislació complementària*. Barcelona: Edicions Universitat de Barcelona, 2003.
- GARRIDO MELERO, Martín. «Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña. Comentario a la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1992), p. 1551-1617.
- IGLESIAS, Juan. *Derecho romano: Instituciones de derecho privado*. 6a ed. Barcelona: Ariel, 1972.
- ISAC I AGUILAR, Antoni. «La regulació futura de les servituds». A: *Materials de les V Jornades de Dret Català a Tossa*. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1990.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de derecho civil*. Vol. III. Madrid: Dykinson, 2001.
- LAUROBA LACASA, Elena. «Les servituds». A: BADOSA COLL, Ferran [dir.]. *Manual de dret civil català*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 387-401.
- «Anàlisi de la regulació de l'article 9 LSSDAP: algunes propostes de reforma amb vis-tes a la integració de la llei en el futur Codi civil de Catalunya». *La Notaria*, núm. 9-10 (setembre-octubre 2003), p. 225-234.
- LLÁCER MATAÇAS, M. Rosa. «Alienació de finques i servitud sobre finca pròpia». *La Notaria*, núm. 9-10 (setembre-octubre 2001), p. 261-271.
- LLÁCER MATAÇAS, M. Rosa [et al.]. *Tratado de servidumbres*. Coord. a cura d'Á. L. Rebolledo Varela. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2002, p. 831-986.
- LLODRÀ GRIMALT, Francisca. «Constitución voluntaria y modificación de servidumbre forzosa de paso permanente (a propósito de la Sentencia de 4 de junio de 1998 de la Audiencia Provincial de Baleares)». *El Consultor Inmobiliario*, núm. 58 (juny 2005), p. 22-45.
- MATEO BORGE, Iván. *La servidumbre de propietario*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- MORLÀ, Pere Agustí. *Empori utriusque juris*. València, 1549.
- NOGUERA DE LA MUELA, Belén. *Las servidumbres de la Ley de costas de 1988*. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA. SECCIÓ DE DRET PATRIMONIAL. *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya: «Els drets reals»*. Lleida: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia i Interior. Observatori de Dret Privat de Catalunya. Secció de Dret Patrimonial, 2003.
- PELLA Y FORGAS, José. *Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas*. 2a ed. Barcelona: Bosch, 1969.
- POZO CARRASCOSA, Pedro del; GINER GARGALLO, Antonio. «Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente (DOGC núm. 3556, de 18 de enero de 2002; BOE núm. 29, de 2 de febrero de 2002)». A: CUMELLA GAMINDE, Antonio; TORMO SANTONJA, Mercedes [dir.]. *Comentarios de derecho patrimonial catalán*. Barcelona: Bosch, 2005.
- PUIG FERRIOL, Lluís. «Consideraciones generales en torno al derecho de servidumbre según la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, sobre acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad». *La Llei de Catalunya i Balears*, núm. 1 (1992), p. 787-791.
- «Las acciones confesoria y negatoria según la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, sobre acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad». *La Llei de Catalunya i Balears*, núm. 1 (1992), p. 792-798.
- *Institucions del dret civil de Catalunya*. Vol. I. 5a ed. València: Tirant lo Blanch, 1998.
- SOLÉ RESINA, Judith. «La acción confesoria de servidumbre: ámbito de protección; naturaleza jurídica; legitimación; contenido y efectos». A: CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio [coord.] [et al.] *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Vol. III. Madrid: Civitas, 2004.
- WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette*. Vol. I i V. Torí: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1930.

