

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE 8 DE ENERO DE 1997 DE LA SECCIÓN 1ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA CORUÑA

SERVENTIA Y CAMINO PÚBLICO. INCONGRUENCIA : APLICACIÓN DE UNA INSTITUCIÓN NO ALEGADA POR LAS PARTES. SERVIDUMBRE DE PASO: MODOS DE ADQUISICIÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 4/1995, DE 24 DE MAYO. Oponibilidad frente a terceros de los documentos privados.

María Freire Santos*

Universidad de Santiago de Compostela

El interés de esta sentencia dictada el 8 de enero de 1997 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de La Coruña (La Ley, 1977, núm. 4282) reside en constituir una clara muestra de las tensiones que la entrada en vigor de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, está produciendo en los Tribunales de Galicia y no porque rechacen la aplicación de un Derecho propio, ciertamente innovador en algunos aspectos, sino precisamente por lo contrario, por la especial sensibilidad que la Judicatura de nuestra Comunidad Autónoma viene demostrando con el Derecho civil gallego, rompiendo así con los históricos recelos habidos durante la vigencia de la Compilación de 1963 lo que, en ocasiones, hace que se produzcan situaciones como a las que se llega en la sentencia comentada que no dejan de producir una cierta perplejidad.

El origen del litigio es una acción negatoria de servidumbre de paso planteada el 21 de julio de 1995, pocos días después de la publicación de la Ley 4/1995 en el Diario Oficial de Galicia (6 de junio de 1995) y antes de su entrada en vigor el 6 de setiembre de 1995 que, en consecuencia, resultaba sencillamente inaplicable y aunque fue mencionada por el demandado en sus

* Becaria de Investigación.

fundamentos de derecho no basó su oposición en existencia de servidumbre adquirida por título o usucapión, sino en la circunstancia de ser el camino público, es decir, en último término, en negarle al demandante legitimación activa por no ser propietario del terreno presuntamente gravado con la servidumbre.

La sentencia de primera instancia dictada el 9 de julio de 1996, vigente pues la Ley 4/1995, desestima la demanda fundamentalmente por dos razones : por la eventual existencia de prescripción adquisitiva de 20 años (art. 25) y la apreciación de la existencia de una serventía (art. 30). Apelada la sentencia, el recurso se fundamenta en tres motivos : A) Incongruencia de la sentencia por aplicar una institución, la serventía, no alegada por las partes ; B) Inexistencia de serventía y C) Inaplicación de la Ley 4/1995 y la adquisición por usucapión en ella regulada. La sentencia comentada acoge los tres argumentos con una fundamentación jurídica que va más allá de la resolución del caso concreto para resumir cuál es la doctrina, al menos de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, no sólo en materia de adquisición de la servidumbre de paso por título, por usucapión inmemorial o por usucapión del art. 25 de la Ley 4/1995 y su aplicación irretroactiva sino, y sobre todo, y esta es la cuestión más importante y más opinable de la sentencia, en materia de incongruencia procesal si se puede aplicar el Derecho civil gallego cuando no ha sido alegado por las partes.

1. EXISTENCIA DE INCONGRUENCIA

Planteados los términos de la controversia en el sentido de acción negatoria de servidumbre de paso frente a alegación del carácter público del camino, la sentencia de primera instancia acude a la figura de la serventía, que no fue alegada expresamente por los demandados, para desestimar la demanda y ello para la Audiencia constituye incongruencia pues, se argumenta que

“Al actuar de ese modo la juzgadora *a quo* infringe el principio dispositivo y es incongruente con los términos del debate planteado durante el litigio ya que, frente a la alegación de la parte actora de que no existe servidumbre alguna que discurre por entre sus dos fincas que en el pasado constituyeron una

unidad y que ahora pretende cerrar, la parte demandada opone el carácter público del lugar de paso, mientras que la sentencia se basa en la existencia de una serventía, que es instituto totalmente diferente, la cual, al no haber sido invocada en la contestación, no mereció el examen de la contraparte ni la proposición de prueba orientada a su dervirtuación. Del principio dispositivo emana, como una de sus derivaciones el deber de congruencia. Este deber de congruencia no es hoy una mera obligación procesal, sino que ha adquirido rango constitucional por obra de la doctrina del Tribunal Constitucional nacida en torno a la interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. Conforme a dicha interpretación, el principio de congruencia se halla íntimamente ligado con el de contradicción y con el derecho de defensa, por lo que puede tener relevancia constitucional, añadiendo que el derecho a la tutela abarca, no sólo el derecho a la obtención de una resolución motivada y, siendo factible, de fondo, sino también el de que dicha resolución definitiva se atenga, en lo esencial, a los términos del debate, y sea congruente con las pretensiones deducidas en el proceso sin alterar las mismas en términos que se modifique lo consentido por ellas”.

En base a ello, la aplicación de una institución como la serventía que no había sido alegada por las partes, y de cuya invocación no pudo defenderse el actor, es calificado por la Audiencia como «alteración de la causa de pedir», derivando de este modo, pese a tratarse de una sentencia desestimatoria y, por lo tanto y *ab initio* congruente, en la incongruencia procesal, pronunciamiento que se realiza con total independencia de si realmente en el caso concreto existía o no serventía que, como se vera a continuación, se entiende, con acierto, que no existía. Y es precisamente en este extremo, a mi modo de ver, donde radica la importancia de esta sentencia, ¿deviene alterada la causa de pedir por aplicar el derecho que no ha sido alegado por las partes? La cuestión se plantea cada vez con más frecuencia y todavía, en mi opinión, no cabe concluir una línea definitiva en la doctrina jurisprudencial.

Sabido es que a diferencia de lo que ocurre con los hechos, y tratándose de las normas de derecho, como recuerda la sentencia de 10 de octubre de 1996 de la Audiencia Provincial de Cáceres, el juzgador desempeña un papel activo, pues motiva el fallo mediante preceptos jurídicos que ninguna de las partes ha invocado, o incluso alegado erróneamente. Es la base de hecho y el suplico de la demanda, y no la fundamentación jurídica la que determina

la congruencia de la resolución judicial, conforme al principio jurídico de la teoría de la sustanciación de la demanda y de la libre búsqueda y aplicación de la norma por los Tribunales (SAP de Guadalajara de 14 noviembre de 1996). En base a ello, y a mi modo de ver, no supone necesariamente incongruencia acudir a una norma no invocada por ninguna de las partes, tal y como ha sido declarado por el Tribunal Supremo.

Y así, la sentencia de 16 de febrero de 1990, establece que la incongruencia viene “referida a la necesidad de que entre la parte dispositiva de la resolución judicial y las pretensiones oportunamente deducidas por los contendientes exista la máxima concordancia y relación, y ello tanto en lo que afecta a los elementos subjetivo y objetivo de la relación jurídico-procesal como en lo que atañe a la acción ejercitada, sin que su exigencia alcance a los razonamientos alegados por las partes o el Tribunal, pues el principio “iura novit curia” exige únicamente alcanzar las pretensiones sustanciales formuladas por las partes, nunca, sin embargo, la total sumisión del fallo a aquéllas, como consecuencia del principio «da mihi factum, ego dabo tibi ius» y la de 1 de junio de 1991 afirma que “la doctrina de la sustanciación, que sigue esta Sala, permite que extraída la esencia de los hechos se apliquen los principios «da mihi factum, dabo tibi ius» y «iura novit curia», pero con el límite impuesto por la congruencia, de que no se altere la acción ejercitada, pues su cambio conculcaría el principio de contradicción”, doctrina reiterada en la sentencia de 9 de febrero de 1993 al decir que “en verdad es necesario para que el cambio del punto de vista jurídico sobre los sostenidos o debatidos por las partes alcance enjundia a efectos de causar incongruencia de la sentencia o previa indefensión, que se produzca una alteración o mutación del objeto del proceso, pero nunca estos defectos se extienden a las legítimas variantes que conforme al principio «iura novit curia» cabe se produzcan en las calificaciones jurídicas de los hechos”.

Pero la sentencia comentada no solo acude al principio dispositivo, sino que, haciéndose eco de una reciente y moderna corriente jurisprudencial, también se refiere a los principios de tutela judicial efectiva y de indefensión, derivado de una interpretación amplia del art. 24 de la Constitución. Y así, es doctrina sustentada en las sentencias de 28 de mayo de 1985, 9 de febrero de 1988 y 9 de noviembre de 1993 que la sustitución de las cuestiones o temas de debate por otras distintas, y la alteración de la causa o razón de pedir,

apartándose de los fundamentos fijados en los escritos fundamentales, tiene todo el alcance de que con ello se coloca a la parte a quien perjudica el pronunciamiento judicial, en una situación de indefensión prohibida por el art. 24 de la Constitución Española, al privarle de la posibilidad de rebatir lo que no fue objeto de alegación y alterando al mismo tiempo el principio contradictorio que informa nuestro ordenamiento procesal. Y en este sentido, merece la pena mencionar igualmente la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 18 de septiembre de 1996, donde literalmente se dice «las partes, desconociendo la razonabilidad en que se apoya la apreciación fáctica del Juzgador, ven limitado o impedido su derecho de defensa frente a la resolución judicial». Igualmente la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de julio de 1996, y siempre en relación a cualquier alteración de los hechos, no por el cambio de vista jurídico.

Pero de la misma manera, que a mi juicio, no necesariamente adolece de incongruencia la resolución que utilice normas no alegadas por las partes como la aquí estudiada tampoco necesariamente supondrá indefensión para las partes.

Y es que en supuestos como el del presente caso, independientemente de que efectivamente no se trataba de una serventía, en el que de los hechos alegados y de la prueba practicada deduce el juzgador que en realidad están llamando, por desconocimiento, camino público a lo que en Derecho es serventía cabe pensar si realmente se puede afirmar que tal sentencia sea incongruente o que incluso cause indefensión. El principio «iura novit curia» autoriza al Juez civil a aplicar las normas jurídicas que estime procedentes, así como a modificar el fundamento jurídico en que se basan las pretensiones de las partes, siempre y cuando la decisión sea acorde con las cuestiones de hecho y de derecho que los litigantes hayan sometido a conocimiento del órgano jurisdiccional sin alterar la causa de pedir esgrimida en el proceso, ni transformar el problema en otro distinto (sentencia de 11 de noviembre de 1996); en el caso, si verdaderamente de serventía se tratase, ni se habría alterado la causa de pedir ni se habría transformado el problema planteado en otro distinto siendo de plena aplicación la doctrina de la sentencia de 1 de julio de 1996 que sintetiza adecuadamente la postura actual del Tribunal Supremo sobre la aplicación por el Juez de norma no alegada :

“En relación con el tema de la congruencia en las sentencias, sus límites definidores aparecen configurados en las declaraciones jurisprudenciales de esta Sala, que a continuación se transcriben, entresacadas del conjunto doctrinal: “que si bien es cierto que el principio jurídico procesal de la congruencia, puede verse afectado por la falta de concordancia entre los elementos fácticos aducidos por los litigantes en apoyo de sus pretensiones y los acogidos por los Tribunales cuando les sirvan de fundamento esencial para emitir el fallo, no lo es menos que cabe apreciarse su realidad y existencia de acuerdo con el resultado de la prueba practicada, cosa que no puede provocar una incongruencia”, “no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes, y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia, por ello, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, le está permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada”, “la armonía entre los pedimentos de las partes con la sentencia, no implica necesariamente un acomodo rígido a la literalidad de lo suplicado, sino que ha de hacerse extensiva a aquellos extremos que le complementen y precisen o que contribuyan a la fijación de sus lógicas consecuencias, bien surjan de los alegatos de las partes, bien sean precisiones o aportaciones en sus probanzas, porque lo perseguido no es otra cosa que el Tribunal se atenga a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad”, “no se produce incongruencia por el cambio de punto de vista del Tribunal respecto al mantenido por los interesados, siempre que se observe absoluto respeto para los hechos, que son los únicos elementos que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes, si bien con la facultad del juzgador de fijar los alegatos de modo definitivo según el resultado de las pruebas”, “la congruencia exige únicamente no alterar las pretensiones substanciales formuladas por las partes, nunca la literal sumisión del fallo a aquéllas, y así, el principio «iura novit curia» autoriza al Juzgador a emitir su opinión crítica y jurídicamente valorativa sobre los componentes fácticos presentados por las partes, habida cuenta del principio «da mihi factum, ego dabo tibi ius», “no adolece de incongruencia el fallo que atiende a lo pedido en la demanda y reconvenición, ni altera el «petitum» ni la «causa de pedir» pues se ha limitado a entrar en puntos de hecho implícitos e inseparables de la cuestión planteada», «supone pronunciarse en término de congruencia al decidir sobre lo alegado, aplicando los pertinentes preceptos legales, aunque no se hubieran invocado, al ser de aplicación la reiterada doctrina concerniente a que la

aplicación del derecho incumbe al Tribunal, aun sin alegación de parte, según los principios «iura novit curia» y «da mihi factum, ego dabo tibi ius», y la supuesta incongruencia ha de surgir no de los considerandos o fundamentos de la sentencia, sino de su parte dispositiva en relación con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el pleito, ya que el recurso de casación ha de dirigirse contra el fallo, no frente a los razonamientos de la sentencia, excepto cuando éstos sean premisa obligada de aquél, no valiendo, por tanto, hacer la crítica de uno de los razonamientos, máxime, cuando la sentencia resuelve todos los puntos planteados”.

Por otra parte, el planteamiento de la congruencia y la tutela efectiva realizado en la sentencia comentada tiene una importancia y una repercusión, a mi juicio de mayor trascendencia, pues parece poder derivarse de la misma, que serían los abogados los encargados y responsables de progresar en derecho, toda vez que la cualificación profesional que se presupone en la dirección letrada de cada parte haría inexcusable un error en la calificación jurídica de lo solicitado en la demanda. En este sentido podemos observar la misma sentencia que paradójicamente la propia Audiencia cita para apoyar sus fundamentos en torno al verdadero concepto de serventía, (sentencia de 10 de julio 1985), donde curiosamente es el Tribunal de Apelación el que introduce el elemento «serventía» en el pleito, pues las partes desconociendo tal institución como así consta en el cuarto considerando, no lo habían alegado. Pero, y volvemos a lo mismo, no lo habían alegado literalmente, pues de los hechos y de la prueba se deduce claramente que era una serventía, procediendo el Tribunal ha destacar sus diferencias con la servidumbre.

«Tiene presupuestos de hecho diferentes» dice la sentencia comentada y por supuesto que servidumbre y serventía tienen presupuestos distintos, que son instituciones distintas; pero lo cierto es que la juzgadora de instancia, no acertó jurídicamente no por aplicar una figura que no se alegó, sino porque en este caso no se trataba de serventía, no reunía los requisitos de la misma. Por eso exclusivamente en este caso se puede aceptar que se altera la causa de pedir, pero sólo por el caso concreto de que se trata, no como doctrina general. Si en cambio, efectivamente de una serventía se tratase, en absoluto, a mi modo de ver, cabría alegar incongruencia ni indefensión, pues no habría alteración de hechos, sino correcta calificación jurídica por el Juzgador de la institución realmente sometida a debate.

2. SERVENTIA, SERVIDUMBRE DE PASO Y CAMINO PÚBLICO

Con independencia de estimar la existencia de incongruencia por aplicar una norma no alegada por las partes, la sentencia comentada realiza una acertada crítica de la decisión del Juzgador de instancia por utilizar «términos sumamente confusos», ya que equipara la serventía al camino público, apoyándose en las sentencias del Tribunal Supremo de 10 junio de 1985 y 14 de mayo de 1993, así como en la sentencia de 22 de julio de 1994 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia para diferenciar la servidumbre y la serventía, y además para dejar claro que nada tiene que ver esta última con un camino público.

Por lo que respecta a la distinción entre servidumbre de paso y serventía señala MOURE MARIÑO (*Dereito Civil de Galicia, Comentarios á Lei 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia*, pág. 158), que si bien ambas instituciones tienen como objeto un servicio de paso, se trata de dos derechos reales diferentes. La servidumbre de paso es un derecho real sobre cosa ajena, por lo que requiere la existencia de dos predios, uno dominante cuyo titular tiene el derecho de ejercitar el paso, y otro sirviente en que el dueño está obligado a soportar el gravamen. La serventía es un derecho real sobre cosa propia pues aunque en ella concurren una pluralidad de predios todos sus titulares son copropietarios del camino por el que se ejercita el paso y, en este sentido, la serventía no es un derecho real sobre cosa ajena sino que es de cotitularidad compartida por los usuarios.

Es interesante hacer referencia a la definición que da la Real Academia Española. Dice así: Serventía (De servir). Sustantivo femenino, Asturias, Canarias, Cuba y Méjico. Camino que pasa por terrenos de propiedad particular y que utilizan los habitantes de otras fincas para comunicarse con los públicos». Señala en este sentido MOURE MARIÑO ("Comentario a la sentencia de 22 julio de 1994 T.S.J.G"., RXG 1994, 199), que no se habla para nada de Galicia, olvidándose que es muy posible que de España salió exportada para Méjico y Cuba y que nuestra emigración a esas naciones es tan importante como pudo haber sido la canaria y la asturiana. La serventía, históricamente es una institución vinculada al *agra* y nace cuando los titulares de varias fincas rústicas contiguas, en presente o en pasado, para una mejor explotación, en una zona con condiciones semejantes de

producción, las dedican al mismo cultivo, en rotación de plantación y recolección, y cada uno de los propietarios de las fincas colindantes, cede, casi siempre por la cabecera o por donde sea más beneficioso para todos, una franja de terreno para el paso de las personas, animales y carros (hoy tractores con o sin remolque y maquinaria agrícola). Así se constituye un camino de paso permanente para procurar un mayor y mejor rendimiento de las fincas que constituye la *serventía de agra*, actualmente expresamente recogida en el art. 31 de la Ley 4/1995. No es un derecho real sobre cosa ajena, sino más bien una especie de derecho nacido por un *do ut des o do ut facias*: cedo mi terreno y dejo pasar por él, para que tú cedas el tuyo y dejes a mi y a los demás pasar por el. Así, brota un derecho real de todos sobre cosa propia y en beneficio de todos. Concluye MOURE MARIÑO insistiendo en que no es un derecho sobre cosa ajena, por lo que no se le pueden aplicar las normas de una servidumbre de paso, ni se puede invocar como acción protectora del dominio, la negatoria de servidumbre, ni se puede presumir la libertad de cargas y gravámenes, ni mucho menos hacer recaer la carga de la prueba en el demandado.

Por otra parte, la serventía también nace vinculada hasta la no hace mucho división de la propiedad en Galicia como recuerda igualmente, la sentencia de 3 de mayo de 1995 de la Audiencia Provincial de La Coruña, que reconoce la existencia de un camino de serventía para servicio de un «eido» enclavado, que se distingue de la servidumbre de paso en que el terreno por el que discurre no es parte integrante de ningún predio sirviente, sino condominio del que son titulares los distintos usuarios, y que se asemeja a aquella en que solo se utiliza en favor de los que están enclavados, no de los que tienen acceso directo por la vía pública. En ella se establece que serán supuestos de serventía y no de servidumbre de paso, los caminos con un origen similar al del art. 541 Código Civil, es decir, fincas originariamente de un único propietario que se han ido dividiendo sucesivamente dejando un camino común en el que, por distintas razones, normalmente de antigüedad, no se puede acreditar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos del art. 541.

Ahora bien, aunque tal haya sido su origen, es lo cierto que actualmente la serventía es una institución más amplia referida a un acceso a diferentes fincas no exclusivamente vinculado a tareas agrícolas y que no constituye

camino público sino privado, y así la serventía es un camino que pasa por terrenos de propiedad particular y que utilizan los habitantes de otras fincas para comunicarse con los públicos. La serventía sólo se refiere a camino privado al servicio común de los propietarios colindantes, sin requerir la existencia de un predio dominante y otro sirviente, consustanciales a la servidumbre, y que al hallarse constituida sobre terrenos de la propiedad particular de cada uno de los colindantes, éstos tienen el derecho de usar, disfrutar y poseer en común, a los efectos de paso, sin que sea concebible el derecho individual a pedir su extinción. Ahora bien, así como no puede ser pedida individualmente su extinción, tampoco puede ser pedida individualmente la declaración de su existencia, pues la serventía no constituye un derecho individual del titular de un predio dominante. (SAP Pontevedra de 8 de febrero de 1996).

Además el art. 30 de la Ley Especial de Galicia de 24 de mayo de 1995, deja claro asimismo que la serventía implica el paso sobre un terreno que no tenga carácter público. Se trata de una figura diferente de la servidumbre y ajena al camino público. Dice así, el art.30 «El paso que se efectúa sobre un terreno que no tenga carácter público y del que no conste el dominio o la identidad individualizada de los que lo utilizan será considerado serventía o servicio, cualquiera que fuese lo que cada uno de los usuarios o causantes hubiese cedido para su constitución o establecimiento».

En el caso concreto resuelto por la sentencia comentada, la Audiencia de La Coruña entiende que, a la vista del resultado de la prueba practicada, no se dan los requisitos para apreciar la existencia de una serventía afirmando que “no se trata de un camino perteneciente a los colindantes que sirva de comunicación con un camino público, pues la pericial ha puesto de relieve que la senda (en su tramo no asfaltado sino de tierra y piedra) termina precisamente en la finca de los demandados, que está cerrada con muros, sin continuidad hacia otras fincas ni comunicación con camino público”, debiéndose de resaltar, no obstante, que aunque efectivamente la serventía requiere, por su propia configuración, comunicación de las fincas con camino público desde el que se accede lo que no es necesario, y otra cosa parece deducirse de la sentencia, es que la serventía comience y acabe en camino público pues es perfectamente posible que concluya en una de las fincas a las que da acceso sin continuidad posterior.

3. LA ADQUISICIÓN DE LA SERVIDUMBRE POR USUCAPIÓN Y LA APLICABILIDAD DE LA LEY 4/1995

Rechazada la existencia de serventía, la sentencia comentada entra a analizar el problema de la posible adquisición de la servidumbre de paso cuya estimación implicaría la desestimación de la demanda. Sobre este extremo es de recordar que la servidumbre de paso sólo se adquiere, conforme a los arts. 539, 540 y 541 del Código civil, en virtud de título, por escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, por sentencia firme o por destino del padre de familia, ninguno de cuyos supuestos se consideran probados por lo que ha de acudir al principio general de que la propiedad se presume libre mientras no se demuestre lo contrario.

Ahora bien, como no podía ser de otra manera nuevamente se plantea en la sentencia el problema de la adquisición de esta servidumbre por usucapión y la posibilidad o no de la aplicación retroactiva del art. 25 de la Ley 4/1995 pues frente al Código Civil que sólo permite la adquisición de servidumbre de paso por prescripción inmemorial, el art. 25 de la Ley gallega permite expresamente la adquisición por usucapión: «...Igualmente, pódese adquirir pola súa posesión pública, pacífica e ininterrompida durante o prazo de vinte anos, que comenzará a contarse desde o momento en que empezase a exercitarse» siendo el principal problema que suscita este artículo 25 el de su retroactividad o no, esto es, si resultaría posible adquirir por usucapión una servidumbre de paso, por ejemplo, 3 años después de entrar en vigor la ley, porque ya durante 17 años antes se venía usucapiendo, o si por el contrario el cómputo de los 20 años comienza a contarse a partir de la entrada en vigor de dicha norma.

MOURE MARIÑO (*Dereito Civil de Galicia...cit.*, pág. 164), ha fundamentado el carácter retroactivo del art. 25 en:

- La propia expresión en él contenida de que el plazo de 20 años «comenzará a contarse desde el momento en que hubiese comenzado a ejercitarse», en la propia interpretación gramatical de dicha norma.
- En la aplicación del art.1939 del Código Civil, que regula cuestiones de derecho intertemporal en materia de usucapión.

- En la Disposición Transitoria 1ª del Código Civil según la cual se registrarán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos de hechos realizados bajo su régimen.

Por su parte DIAZ MARTINEZ («Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996, A.P. de Orense» RXG 1995, núm. 12), a mi juicio, con mejor criterio y mayor acierto, rebatiendo todos y cada uno de los anteriores argumentos, llega a la conclusión de que no ha de darse aplicación retroactiva al art. 25 de la Ley 4/1995, y por ello el tiempo de posesión ha de empezarse a contar desde la entrada en vigor del mencionado texto legal. En el mismo sentido de irretroactividad se pronuncian REBOLLEDO VARELA en *Dereito Civil de Galicia, Comentarios á Lei 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia*, pág. 188, RODRIGUEZ MONTERO en «Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres y serventías en la vigente Ley de Derecho Civil de Galicia», *Foro Galego*, 1996, págs. 62 y siguientes y más recientemente, es un completo estudio del estado doctrinal y jurisprudencial de la cuestión, FRAGA MANDIAN, «Un trascendental problema de derecho intertemporal : el artículo 25 de la Ley 4/1995 de Derecho Civil de Galicia», *La Ley*, núm. 4282.

La sentencia comentada no comparte el criterio de la Juzgadora de instancia de admitir la adquisición de la servidumbre de paso por usucapión y entiende que el art. 25 de la Ley 4/1995 es inaplicable por dos motivos :

El primero por la circunstancia de que la demanda se presenta el 21 de julio de 1995, mientras que la Ley gallega entra en vigor el 6 de septiembre de 1995. La sentencia de 19 de marzo de 1996 de la Audiencia Provincial de Orense (RXG 1996, 101) consideró en caso similar aplicable la Ley gallega lo que a todas luces ha de rechazarse pues el apartado 4º de la única Disposición transitoria de dicha norma gallega remite a los principios que informan las disposiciones transitorias del código civil para resolver los problemas de derecho intertemporal que se susciten por mor de la entrada en vigor de la misma, pero en el caso concreto resuelto ningún problema de derecho intertemporal se plantea.

El segundo por considerar que aunque la demanda se hubiese interpuesto tras la entrada en vigor de la Ley 4/1995 en cualquier caso dicha

Ley sería irretroactiva en relación con la aplicación del art. 25 de la misma. Y así se argumenta en la sentencia comentada que :

“En todo caso, aquellos principios parten fundamentalmente del principio de irretroactividad de la ley (aunque con las matizaciones introducidas por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 27/1981, 6/1983, 99/1987 y 227/1988 que ahora no afectan) por lo que no cabría aplicación de la ley gallega en el caso que nos ocupa. Debe recordarse que la Jurisprudencia interpretativa de la Disposición transitoria 1ª del Código Civil (sentencias de 12 de marzo de 1984, 29 de abril de 1986 y 29 de abril de 1988) ha declarado que las disposiciones legales, si no previenen lo contrario, no ordenan más que para el porvenir ni rigen más actos que aquellos que se producen con posterioridad a su promulgación, de donde se deduce que las situaciones jurídicas creadas al amparo del texto de una norma no pueden ser alteradas sin que el legislador dé expresamente a las mismas efectos retroactivos”

La comentada sentencia viene así a sumarse a la doctrina sentada por otras Secciones de la propia Audiencia Provincial de La Coruña en contra de la aplicación retroactiva del art. 25 de la Ley 4/1995. En este sentido las sentencias de 22 de octubre de 1996, Sección 2ª y 23 de setiembre de 1996, Sección 3ª, así como la sentencia de 4 de junio de 1996 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra.

Rechazada la aplicación retroactiva del art. 25 de la Ley 4/1995 la sentencia de 8 de enero de 1997 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de La Coruña agota la argumentación analizando la posible concurrencia de la usucapión inmemorial y los requisitos para ello exigidos :

“La cuestión de la posibilidad de adquisición por usucapión de la servidumbre de paso, pese a las controversias que ha suscitado, encuentra una tendencia restrictiva en el Código civil, y la jurisprudencia sólo ha dejado abierto el portillo de la aplicación de la Disposición transitoria primera de aquel cuerpo legal, de lo que se deduce la subsistencia de las servidumbres discontinuas adquiridas bajo la legislación anterior por prescripción inmemorial, y en base al art. 1939 - “la prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo” -, ha

estimado la Sala 1ª del Tribunal Supremo que basta que la prescripción hubiera solo principiado, y no terminado, durante la legislación anterior (sentencia de 7 de enero de 1920). En efecto, si se prueba la inmemorialidad de un uso de servidumbre no cabe distinguir la época anterior al Código y la posterior, al efecto de considerar no terminada la prescripción hasta después de su publicación, porque, una vez aceptado su carácter inmemorial, la continuidad de su ejercicio, vigente ya el Código, no engendra dicho carácter sino que lo corrobora y confirma”.

En base a ello, podemos apreciar como esta sentencia, aun rechazando que en el caso concreto concurriera un ejercicio inmemorial anterior a 1889, se englobaría dentro de aquella tendencia jurisprudencial que frente a las que consideran que la prescripción inmemorial debe estar consumada ya a la entrada en vigor del Código Civil. (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1961 y 15 de febrero de 1989, y de la Audiencia Provincial de Orense de 5 de enero de 1995 y 30 de diciembre de 1995), o a aquellas otras que exigen la prueba no sólo de que el paso se venía ejerciendo antes de la entrada en vigor del Código Civil sino que tampoco existe memoria de su establecimiento (sentencia de 23 de febrero de 1996 AP de Cuenca), considera suficiente que el paso comenzara a ejercitarse antes de su entrada en vigor aunque la usucapición no estuviera consumada (sentencias AP de Granada de 11 de octubre de 1993, AP de Alava de 28 de marzo de 1995 y TSJG de 16 de mayo de 1995).

4. OPONIBILIDAD DEL DOCUMENTO PRIVADO DE PARTICIÓN

Por último se detiene la sentencia comentada en el estudio de la autenticidad y la no oponibilidad frente a terceros del documento privado en el que se recogía una partición de herencia, y ello en base a los arts. 1225 y 1227 del Código Civil. La demanda se había dirigido contra los herederos de una persona ya fallecida, compareciendo uno de ellos con la alegación de falta de legitimación pasiva “ad causam” pues el que se suponía presunto predio dominante había sido adjudicado en partición hereditaria a otro de los hasta entonces coherederos, único que se pretendía fuese condenado.

La sentencia rechaza la excepción por considerar que la partición, en cuanto realizada en documento privado, es inoponible frente a tercero y, en consecuencia, condena a todos los herederos sin distinción imponiéndoles las costas en una decisión que ha de estimarse ajustada a Derecho pues si bien es cierto que, conforme al art. 1068 del Código Civil, la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados y, en consecuencia, a partir de la misma el propietario del pretendido predio dominante es único y sólo él ostenta legitimación pasiva para ser demandado en una acción negatoria no es menos cierto que debemos recordar que los documentos públicos y los privados tienen idéntica eficacia probatoria entre las partes; la única y fundamental diferencia que entre ellos existe es que mientras los documentos públicos prueban por sí mismos la identidad del autor y de su fecha, es decir hacen fe de su autenticidad, en el caso de documentos privados es necesario probar la misma. Y demostrada y declarada la autenticidad de los documentos privados, su eficacia «inter partes» es igual que la de los públicos, quedando en consecuencia centrada la diferencia entre unos y otros a su eficacia frente a terceros ajenos al documento cuestionado, de modo que los documentos privados sólo producen efecto entre las partes que los han suscrito, mientras que los documentos públicos, en virtud de la fe pública inherente a la intervención del Notario o fedatario público, determina la eficacia de tales documentos frente a terceros respecto a la fecha y al hecho que motiva su otorgamiento (sentencia de 25 de marzo de 1988). La eficacia de un documento privado se limita exclusivamente a las personas que lo han firmado y a sus causahabientes por lo que la oponibilidad de un negocio jurídico o de sus consecuencias frente a terceros, exige o bien que dicho negocio se acoja a la publicidad registral, o bien que sea efectivamente conocido por los terceros y que se pruebe el hecho de ese conocimiento. Como en principio, los documentos privados no son susceptibles de inscripción su contenido sólo podrá ser eficaz frente a los terceros que lo conozcan, no en otro caso (sentencia de 17 de octubre de 1989).