

El futur del Dret patrimonial de Catalunya

Tossa de Mar, 17 a 19 de setembre de 1998

Immissions, servituds i relacions de veïnatge

Enric Brancós Núñez

Notari de Girona

Membre de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Sumari. I. De l'acció negatòria. II. De les immissions. III. De les servituds. IV. De les servituds forçoses. V. Mitgeria de càrrega. VI. Relacions de veïnatge.

Tal com diu el preàmbul de la Llei 13/1990, de 9 de juliol, de l'acció negatòria, les immissions (o immixtions, segons el Diccionari de l'Institut d'Estudis Catalans), les servituds i les relacions de veïnatge -que serà de referència constant- "amb aquesta Llei es fa un pas més vers la reforma i la modernització del dret immobiliari de Catalunya, i es continua el procés d'actualització constant i necessària expansió del nostre dret".

Aquest procés segueix endavant i ara ja és l'hora en què convé analitzar els resultats de la regulació aprovada fa vuit anys. No cal dir que el nivell tècnic de la norma aprovada al seu moment és remarcable.

Pel que fa a l'ordre lògic amb què s'abordà la matèria -regular primer l'acció negatòria per passar després al tractament especial de les immissions i seguir amb les servituds i relacions de veïnatge- és opinable, però procuraré aprofitar-lo per tal de comentar la llei.

El comentari té com a finalitats principals repassar l'estat actual de la jurisprudència i la doctrina sobre la matèria i, simultàniament, revisar alguns dels plantejaments de política jurídica que inspiren la norma que, en algun punt concret, donen lloc a resultats discutibles. Atesa la limitació de temps, només podré entrar en alguns dels aspectes principals.

Així, doncs, sense més preàmbul, passem a l'estudi dels diferents capítols:

I. De l'acció negatòria

1.- L'actual regulació de l'acció negatòria, donada després de la fase

parlamentària, que va escurçar el termini de prescripció de l'acció a cinc anys, obre un interrogant considerable sobre la seva naturalesa i finalitat. El termini de cinc anys sembla suficient per actuar quan es tracta d'immissions. En canvi, resulta impossible integrar-lo dins el mecanisme general d'usucapió de les servituds, que es produeix als trenta. I no sembla que el legislador hagi volgut prendre partit per la teoria que sosté, entre altres, ALBALADEJO,¹ que no és necessari que els terminis d'usucapió i de prescripció de l'acció coincideixin. Només cal imaginar la situació que es donaria si passats els cinc anys de prescripció de l'acció el propietari de la finca servent realitzés sistemàticament actes d'interrupció de la prescripció. Ni l'un tindria acció per defensar-se, ni l'altre completaria l'adquisició del dret. Es produiria una dissociació *ad aeternum* entre titularitat i exercici. No pot ser aquesta la intenció del legislador. Em sembla que, sense voler-ho, el legislador ha deixat palès un problema de fons que s'arrossega des de molt lluny. Sota un mateix nom, el d'acció negatòria, s'han vingut tractant unitàriament accions que protegeixen drets diferents. La negatòria de la llei 13/90, i ho dedueixo de les paraules d'ANTONI ISAAC pronunciades aquí mateix, es pretén aplicable a tota classe de pertorbacions: jurídiques, produïdes per qui s'atribueix el domini o un dret real, materials o immissions, pertorbacions sense immixtió, pertorbacions negatives, pertorbacions de tipus ideal. És a dir, un antibiòtic d'espectre ampli. Que no pot ser així ho reflecteix la mateixa llei quan intenta ajustar un termini de prescripció. Si anés a fons en el terreny de la legitimació activa per exercir l'acció, també tindria les mateixes dificultats, tal com veurem.

No es pot amagar que la finalitat de l'acció negatòria, dins uns marges més o menys constants, ha fluctuat al llarg dels temps.

Al dret romà clàssic i postclàssic constituïa un mitjà de protecció del propietari per fer efectiva la llibertat del domini davant de qui li ocasionava una pertorbació amb la pretensió de ser titular d'un dret real inexistent. Tal com diu SCHULZ², va ser la forma negativa de la intentio la que va donar el seu nom a l'acció negatòria. En definitiva, tenia per objecte la negació d'un pretès dret real que limitava la propietat que es presumia plena. El que resultava vençut podia ser obligat a oferir la *cautio de amplius non turbando* o promesa de no ocasionar noves molèsties o pertorbacions. SCHULZ presenta exemples de *l'actio negatoria* en relació al dret d'usdefruit, la servitud de pas i la servitud *altius tollendi*. I - conclou- *l'actio negatoria* no procedia quan algú s'interferia en la propietat d'altri sense al·legar cap dret. En aquest cas el propietari estava facultat per recórrer als interdictes però no a l'acció negatòria. El camp de *l'actio negatoria* eren les pertorbacions que la llei 13/90 classifica com jurídiques³.

Al dret justinianeu s'utilitza una acció, amb el títol de negatòria, per protegir el domini davant d'immissions que, per ser originades en l'exercici del domini d'una finca veïna, no suposen pertorbació possessòria directa ni precisen de l'empara de cap dret real o personal en la finca aliena. És el famós cas de la taverna casiarica o

fàbrica de formatges que produïa una insuportable ferum al veí (D. 8,5,8,5). Estem dins el camp del que avui, amb més o menys encert, es coneixen per pertorbacions materials -i, més concretament, indirectes- derivades de les relacions de veïnatge. En aquest supòsit, la ingerència sobre la finca aliena no es basa en un pretès dret que autoritza la intervenció directa, que era el terreny propi de la *actio negatoria* postclàssica, sinó només en la llibertat de gaudir de la pròpia. Però s'utilitza la mateixa *actio* per manca d'una altra més específica. Al dret justinianeu, el camp de l'*actio negatoria* eren les pertorbacions que la llei 13/90 classifica com a materials.

Diu EGEA⁴ que aquest serà el contingut de l'acció negatòria als primers temps del ius commune, per posteriorment tornar als orígens on es limitava a l'àmbit de les servituds, i cita OLIVA (s.XVI), que la defineix com l'acció real que correspon al que defensa la llibertat del domini d'un predi davant el que pugui al·legar un dret de servitud. (Observi's que no es parla d'altres drets reals).

Ja en temps moderns CASTAN TOBEÑAS⁵ sosté que l'acció negatòria només es refereix a pertorbacions realitzades en base a un pretès dret real però no a les pertorbacions de pur fet, que han de ser objecte dels interdictes.

Altres autors, com ara ALBALADEJO⁶ i LACRUZ⁷ entenen que l'acció negatòria protegeix també contra les pertorbacions exclusivament fàctiques així com contra les pertorbacions, amb traducció possessòria o no, que es fonamenten en un pretès dret real.

I, encara, altres com DÍEZ PICAZO⁸ remetent la protecció contra les pertorbacions materials a les accions interdictals o a la reivindicatòria (en la qual, segons l'autor esmentat, "conflueixen la defensa possessòria i la utilització de títols jurídics") mentre que consideren l'acció negatòria com a "purament declarativa", és a dir, que no inclou la defensa possessòria en sentit estricte.

Resumint, el ventall de diferents concepcions doctrinals de l'acció va des de les teories que consideren que l'àmbit propi de la negatòria són, exclusivament, les pertorbacions que no es basen en cap dret real i no impliquen possessió de la finca pertorbada -en definitiva, les immissions (així, el dret justinianeu i, molt probablement, el paràgraf 1.004 del BGB)- fins a les teories que apliquen la negatòria només a les pertorbacions de dret (CASTAN). Dins d'aquesta darrera línia fins i tot hi ha qui exclou de la negatòria el fet possessori en considerar l'acció negatòria com a acció purament declarativa (DÍEZ PICAZO). I, finalment, hi ha qui defensa que l'acció negatòria cobreix tota classe de pertorbacions, materials o jurídiques, actuals o potencials, emparades o no en un dret real (ALBALADEJO i LACRUZ).

En aquest punt cal preguntar-se: d'on vénen tantes divergències?

En part, de l'obsessió de la doctrina per etiquetar les accions. A Roma, els drets derivaven de les accions. La situació actual és la contrària. El dret es val de l'acció per fer-se efectiu, i és en funció del seu contingut que se li assigna la més adient. L'acció no és origen sinó conseqüència. Així, doncs, es fa necessari identificar correctament els punts de partida.

Tal com deia al principi, hi ha diferents supòsits de pertorbació:

- a) les pertorbacions possessòries causades amb la pretensió d'ostentar un dret real en cosa aliena, és a dir, precàries;
- b) les pertorbacions possessòries sense al·legació de cap mena de dret;
- c) les pertorbacions no estrictament possessòries en general - immiscives o no- excloent les derivades del veïnatge, és a dir, les que no són conseqüència de l'exercici d'un altre dret de propietat; i
- d) el cas especial de les pertorbacions de caràcter immisciu, no estrictament possessòries, fruit d'una situació de veïnatge, és a dir, de l'exercici de les facultats dominicals per part del veí en la seva pròpia finca.

Aclareixo que entenc per pertorbacions no estrictament possessòries les que suposen enuig però no privació de la possessió del propietari.

A quin d'aquests supòsits es refereix la llei 13/90?

En un principi sembla que la llei 13/90 volia comprendre tots els quatre supòsits. La tradició jurídica portava en aquesta direcció, i també el preàmbul de la llei, que diu, literalment:

"Aquesta acció (l'acció negatòria) permet al propietari de fer cessar totes les pertorbacions il·legítimes del seu dret que no siguin objecte de l'acció reivindicatòria",

i, alhora, constitueix la base sobre la qual s'edifica la resta de la llei. També l'article 2 quan diu que

"L'acció negatòria té per objecte la protecció de la llibertat del domini dels immobles i el restabliment de la cosa a l'estat anterior a una pertorbació jurídica o material".

Però després que el Parlament de Catalunya canviés el termini de prescripció de l'acció de trenta anys pel de cinc ja no resulta tan clar que el concepte d'acció negatòria clàssic, la negatòria de les servituds, encaixi dins la regulació. La usucapció trentenària de la servitud, com es compagina amb els cinc anys? Quina ha de ser la

regulació de la negatòria de les servituds? D'on ve la confusió?

És indubtable que la llei 13/90 s'inspira en el dret alemany i, concretament, l'article 1 té molt a veure amb el paràgraf 1.004 del BGB. Però el paràgraf 1.004 no es un precepte aïllat sinó que forma part d'un esquema general integrat:

a) pel paràgraf 985, que regula l'acció reivindicatòria;

b) el propi 1.004, que regula les pertorbacions no estrictament possessòries en general, siguin o no immiscives (recordo aquí la idea d'enuig que no suposa privació de la possessió);

c) el paràgraf 906, que regula el cas especial de les pertorbacions no estrictament possessòries immiscives derivades de les relacions de veïnatge, i

d) el 1.000, que regula el dret de retenció del posseïdor.

És a dir, dels quatre supòsits de pertorbació que exposava al principi, el paràgraf 1.004 sembla específic pel tercer, pertorbacions no possessòries en general, això és, no derivades del veïnatge. El cas especial de les immissions derivades del veïnatge ja serien objecte del paràgraf 906. I, finalment, les pertorbacions possessòries ja basades en un pretès dret real, ja precàries, es contemplarien dins la reivindicatòria del paràgraf 985.

Observi's la seqüència lògica:

Paràgraf 985: "El propietari pot exigir del posseïdor l'entrega de la cosa";

Paràgraf 1.004: "Si la propietat és pertorbada de qualsevol manera que no suposi retenció o privació de la possessió... (és a dir, que el pertorbador no posseeix de cap manera) ...el propietari en pot exigir la cessació";

I, finalment, el paràgraf 906: "El propietari d'una finca no pot impedir la propagació (és a dir, no pot exigir la cessació) de gasos, vapors, olors, fum, sutge, calor, soroll, vibracions o immissions semblants procedents d'una altra finca, sempre que...".

Dins aquest esquema general, quina és la posició de les pertorbacions derivades d'un pretès dret de servitud? S'entenen pertorbacions que suposen privació o retenció de la possessió i que, en conseqüència, quedarien fora del paràgraf 1.004 del BGB? També quedarien fora dels articles 1 i 2 de la llei 13/90 que s'inspiren fonamentalment en el paràgraf 1.004?

Crec que, en un principi, el projecte era generalitzar l'article 1.004 de manera que compregués totes les pertorbacions, materials o jurídiques, àdhuc les regulades en els altres paràgrafs del BGB que hem vist. ISAAC AGUILAR, a les V Jornades, va incloure dins el concepte pertorbacions jurídiques protegides per l'acció negatòria les ocasionades per qui s'atribueix la propietat o un dret real, com ara la servitud; i dins el concepte de pertorbacions materials, les immissions i, àdhuc, pertorbacions sense immixió (fotografies sobre finca aliena), pertorbacions negatives (privació de senyals de telecomunicació o vistes) o pertorbacions de tipus estètic o ideal. Els drets reals en cosa aliena, especialment la servitud, en la mesura que afectarien la possessió immediata -però no la mediata- del propietari, entrarien dins la negatòria. Només anirien a la reivindicatòria les pertorbacions possessòries produïdes per qui reclamés la possessió, almenys mediata, en concepte de propietari. És el cas d'afrontament de dos drets de propietat incompatibles.

Després que es fixés, en tràmit parlamentari, la prescripció de l'acció als cinc anys difícilment es pot sostenir que l'acció negatòria de la llei 13/90 sigui la tradicional negatòria de servituds i gravàmens en general. En tot cas serà la negatòria d'immissions i pertorbacions no possessòries. La negació dels pretesos drets de servitud i altres de caràcter real s'haurà d'obtenir, con fins avui havia deduït la jurisprudència, de l'acció reivindicatòria. La reivindicatòria per passiva serà l'altra acció negatòria.

Per tal que fos completament clar que l'acció negatòria de l'article 2 comprèn la negació dels drets reals en cosa aliena, la traducció literal del paràgraf 1.004 del BGB en parlar de privació o retenció de la possessió hauria d'haver-se completat en el sentit, apuntat per l'alemany HEDEMANN⁹ i l'espanyol ALBALADEJO¹⁰, que per estar fora de l'àmbit de la negatòria la despossessió ha de ser total. I, més que de despossessió total, jo diria de la privació de la possessió mediata (i també immediata al seu cas) inherent o derivada del domini per part d'un altre presumpte propietari. En no fer la distinció, es pot considerar que l'article 2 remet tot els supòsits de pertorbació possessòria, que hem vist abans, a la reivindicatòria.

Des d'un punt de vista dogmàtic no resulta cap novetat. Encara que l'article 2 de la llei 13/90 digui que l'acció negatòria és incompatible amb la reivindicatòria, el cert és que la negatòria -almenys la de servituds i altres drets reals- vindria a ser l'espècie dins el gènere de la reivindicatòria. La reivindicatòria té per objecte la protecció de totes aquelles facultats inherents al domini. Bona prova d'això és que en l'àmbit del Codi civil la negatòria sempre s'ha entès derivada de l'article 348, 2 CC, que contempla la reivindicatòria. Tal com diu literalment LACRUZ¹¹: "Parece

preferible entendre, con la jurisprudencia, que el texto en cuestión (l'article 348,2 CC) comprende todas las acciones que nacen del dominio: la reivindicatoria, la declarativa del dominio, la negatoria, la llamada aqua pluviarum, los interdictos de obra nueva y obra ruinoso, la acción rescisoria del dominio y la publiciana". I cita, entre moltes d'altres posteriors, les sentències del TS de 3 de juny de 1964 i 26 de febrer de 1945. De fet, en el Codi civil no hi ha hagut acció negatòria formalment etiquetada però es despenja de la protecció general dispensada al propietari per obtenir la llibertat del domini, d'un domini que es considera expansiu i, en principi, sense limitacions. En aquest sentit podia cobrir tant les pertorbacions materials com les jurídiques, directes i indirectes, actuals o futures i previsibles.

Vista la situació creada per la llei 13/90, reconduir la negació dels pretesos drets reals en cosa aliena a l'acció reivindicatòria -amb el seu termini de prescripció de trenta anys- sembla el més coherent i lògic. Diria que és gairebé inevitable per obviar el termini de prescripció als cinc anys de l'article 2.

Igualment, també sembla lògic limitar l'acció negatòria de l'article 2 de la llei 13/90 a les pertorbacions no estrictament possessòries i, en especial, a les derivades de les relacions de veïnatge. En el terreny de les immissions, el que s'havia fet fins ara era estendre, d'una manera en certa mesura artificial, l'acció reivindicatòria, els interdictes possessoris o la responsabilitat per acte il·lícit. Ara bé, la reivindicatòria no resulta del tot adequada ja que, en matèria d'immissions, es topa amb una altra titularitat dominical indiscutible, la del tercer que provoca les immissions en utilitzar un predi propi. Cal anar a cercar l'ajut de la doctrina de l'abús del dret, o dels actes d'emulació o de la funció social de la propietat, como ho ha fet la jurisprudència, per tal d'adaptar l'acció reivindicatòria a les necessitats i problemes que plantegen les immissions. Tampoc la protecció interdictal, ja que en matèria d'immissions la pertorbació no consisteix, en paraules de la pròpia llei, en una privació o reteniment indegut de la possessió, encara que la jurisprudència, amb bon criteri, hagi estès a aquests supòsits d'immissions l'interdicte per recobrar la possessió pacífica. Ni finalment, les accions de responsabilitat civil per acte il·lícit, ja que, tal com apunta la doctrina (EGEA, GARRIDO MELERO), el caràcter il·legítim de la pertorbació no implica la concurrència de culpa o negligència sinó només que el propietari, per disposició de llei o per negoci jurídic, no estigui obligat a suportar la pertorbació. D'altra banda, aquest tipus d'accions tenen efecte indemnitzatori i només la seva posterior extensió jurisprudencial les ha completat amb la cessació. Però, en canvi, no sembla possible que en una acció per responsabilitat civil es demani només la cessació sense indemnització, com permet la negatòria. És més, només la negatòria permet reclamar el restabliment de la situació anterior a la pertorbació. Així doncs, l'acció negatòria és l'acció específica per aquest tipus de pertorbacions, cosa que no vol dir que no tingui com objecte, i per vocació, el tractament de les pertorbacions en general. En aquest sentit, la regulació de l'acció negatòria no suposa cap innovació però sí una clarificació molt important. Era

molt convenient explicitar, tal como ho fa la llei catalana, els efectes propis de la negatòria, que són: la indemnització, el restabliment i la cessació o abstenció, i no conformar-se amb el desenvolupament jurisprudencial de l'acció reivindicatòria.

Així doncs, l'acció negatòria de l'article 2 -amb el termini de prescripció de cinc anys- tindrà més sentit dins el camp de les immissions i les pertorbacions no possessòries. Tanmateix, aquest punt també em sembla discutible, ja que només es possible el termini de cinc anys si convenim que la immixtió continuada no pot usucapir-se en el mateix termini de temps donant lloc a un dret real. O, contràriament, si convenim que les immissions no poden ser objecte d'usucapió. En tornaré a parlar més endavant.

Tornant al principi, dels quatre grups de pertorbacions que distingia inicialment, la negatòria de la llei 13/90 regularia les pertorbacions no possessòries i les immissions il·lícites derivades del veïnatge. Els grups tres i quatre. Dins la reivindicatòria i els interdictes possessoris romandrien les pertorbacions possessòries fonamentades en un pretès dret de propietat, dret real en cosa aliena i les precàries. Els grups u i dos. És, en definitiva, la mateixa solució del dret justinianeu. I crec que també la del dret alemany: el paràgraf 1.004 recolliria el concepte justinianeu d'acció negatòria, i la negatòria clàssica estaria dins la reivindicatòria. La solució no és partir del supòsit -més inconcret- del paràgraf 1.004 BGB i generalitzar-lo, sinó tractar separatament cadascun dels possibles orígens de pertorbació

Ara bé, ja posats a diferenciar l'acció negatòria d'immissions (o pertorbacions no possessòries en sentit estricte) de l'acció negatòria clàssica de drets reals i de cara a una futura regulació, cal analitzar dues qüestions. Primera: l'actual regulació de les immissions com a pertorbació que tendeix, per usucapió, al dret real de servitud, és l'única? N'hi ha d'altres? És la més adient? Segona: es podria configurar com una acció més diferenciada encara de la reivindicatòria, és a dir, amb menys requisits de legitimació, efectes més immediats i termini de prescripció més curt?

Respecte del primer punt, crec que la decisió sobre si la immixtió perpetuada a llarg del temps pot donar lloc a la usucapió d'un dret de servitud hauria de quedar més clara a la llei. De la fixació d'un termini de prescripció per l'acció negatòria sense la correlativa determinació del mateix període per l'adquisició del dret real que empari la immixtió se'n podria deduir que no és usucapible. Però em sembla molta deducció. Tocant més de peus a terra, EGEA¹² fa notar que la jurisprudència italiana exclou la possibilitat que la servitud d'immixtió es pugui adquirir per usucapió (Corte Cas. de 18 de febrer de 1977). Trasllada l'argument a la llei 13/90 i fa el següent raonament: si una immixtió és legítima en el sentit de l'article 3 queda fora de la hipòtesi de la servitud perquè no s'excedeix dels límits del dret del veí i, en conseqüència, no es configura un dret autònom susceptible d'usucapió; si la pertorbació és il·legítima cada acte de pertorbació, que de fet és continuada en el temps, fa néixer un nou termini de prescripció de l'acció

negatòria. Només prescriu l'acció per danys però no l'acció de cessació. SALVI, que és citat per EGEA, en canvi, es recolza en un altre argument: que les immissions són sempre actes tolerats i que in facultativis non datur praescriptio. Això ens portaria a la distinció, que en tot cas correspon a una altra part d'aquest treball, entre possessió hàbil per usucapir i actes tolerats. Les immissions, i coincideix aquí la doctrina italiana sobre immissions amb el que deia BORRELL i SOLER en un supòsit gairebé idèntic, encara que amb l'etiqueta de servitud de llums i vistes, no són susceptibles de quasi-possessió. Per això es consideren actes tolerats i, per això també, no són susceptibles d'usucapció.

Des del meu punt de vista, el dret a causar immissions no es pot configurar com un dret autònom, de caràcter perpetu, susceptible d'usucapció, sinó que ve lligat a una determinada situació que té caràcter transitori en el temps, que s'ha de tolerar en virtut d'una disposició legal, però que no és usucapible. Aital configuració de les immissions presenta un avantatge que és decisiu. La immixtió concebuda així ve lligada a una determinada circumstància d'utilització o d'explotació de la finca que provoca la pertorbació. Dins els primers cinc anys el propietari perjudicat pot oposar l'acció negatòria. Passats els cinc anys perd l'acció. Però si el propietari que provoca la immixtió cessa en aquella modalitat d'utilització de la finca no podrà ocasionar els mateixos nivells de pertorbació amb una altra modalitat diferent d'explotació. És a dir, no haurà adquirit un dret abstracte a ocasionar immissions perquè la immixtió sempre va lligada a una circumstància concreta d'explotació de la finca veïna. Aquesta construcció seria perfectament coherent amb el termini de prescripció de cinc anys i amb la construcció de l'acció negatòria d'immissions com acció separada de la negatòria de servituds i altres drets reals. I, des del punt de vista de política jurídica, té l'avantatge de no consolidar les immissions que, en principi, no es poden considerar com desitjables i indefinidament mereixedores de protecció.

Dins d'aquest esquema, i en relació a la segona qüestió que apuntava, relativa a la possibilitat de construir una negatòria d'immissions i pertorbacions no estrictament possessòries més apartada de l'esquema general de les accions declaratives de la llibertat del domini, em sembla conseqüència obligada. Així, resultaria lògic legitimar activament el posseïdor per instar la negatòria d'immissions i pertorbacions no estrictament possessòries ocasionades per un tercer que no posseeix la finca. No veig la raó per impedir al posseïdor que es defensi contra la immixtió d'un tercer que el perjudica. A diferència de la reivindicatòria o de la negatòria de servituds i altres drets reals, no caldria demostrar la propietat de l'actor. També els terminis de prescripció de l'acció podrien ser diferents, inferiors per la negatòria de drets reals, com ja s'ha apuntat.

En qualsevol cas, aquests dos darrers punts mereixerien una presa de posició explícita per part del legislador.

D'altra banda, dins aquest apartat només em queda remarcar quatre

punts d'ordre menor.

Primer: que la doctrina ha deixat clar unànimement que correspon la legitimació activa per exercir l'acció negatòria tant al propietari com als titulars de determinats drets reals.

Segon: que la il·legimitat de la pertorbació no implica actuació dolosa o culposa. N'hi ha prou, tal com repeteixen EGEA i GARRIDO MELERO, que el propietari no tingui obligació de suportar la pertorbació.

Tercer: que la tolerància del propietari, matisant el que diuen SALVADOR CODERCH I SANDIUMEGE FARRÉ, no converteix la pertorbació en legítima, almenys als efectes de l'acció negatòria; només impedirà la reclamació de la indemnització o el restabliment de la situació anterior però no la demanda de cessació en un futur, ja que la tolerància no modifica la situació precària del pertorbador ni li atribueix carta de legitimitat.

Quart: la jurisprudència, sentència de 19 de desembre de 1996, Audiència de Barcelona, ja ha declarat que el termini de cinc anys de l'acció negatòria s'ha de comptar des de la vigència de la nova norma.

II. De les immissions

El preàmbul de la llei manifesta clarament quina és la intenció del legislador en aquesta matèria, "establir un règim de dret privat de tutela del particular, a més del que pot tenir dins del dret públic". El dubte que queda després de d'analitzar la regulació és el de si resulta suficient. En els casos d'immissions substancials provinents d'instal·lacions autoritzades administrativament no es veu clar qui queda més protegit, si l'immiscent o el veí afectat. Com també pot desvirtuar la protecció al propietari afectat, segons com s'interpreti, la qualificació de dolosa o culposa que, sorprenentment, es lliga a la immixió en si i no a l'actuació de l'immiscent.

Començant per aquest darrer punt, sembla que tota la doctrina, en un moment en què es tendeix al concepte de responsabilitat objectiva, rebutja la referència al caràcter dolós o culpós de les immissions. Contràriament, l'article 3.1 diu:

"El propietari de l'immoble que és afectat per una immixió dolosa o culposa té acció negatòria per fer-la cessar..."

Tal com diu EGEA¹³ -transcripció literalment-,

"Precisamente cuando la doctrina y la

jurisprudencia marcan una tendencia a la exclusión del elemento culpa (presumiéndolo) de la responsabilidad civil y se parte de la responsabilidad en base al solo hecho del daño, carece de sentido que el apartado primero del artículo 3 de la Ley deba interpretarse en la línea que suponga requerir el dolo o la culpa como presupuesto del ejercicio tanto de la acción negatoria como simplemente de la indemnización. En efecto, estos elementos son ajenos a toda la estructuración general de la acción negatoria, que en ningún momento tiene presente dichas circunstancias... La tutela que se proporciona debe prescindir de la averiguación de cual sea la intención o el comportamiento de quien produce la injerencia".

Efectivament, en cap moment els articles 1 i 2 no parlen de *dolo* o culpa. Segueix l'autor: "ha de prescindirse de la prueba de la existencia de dolo o culpa, pero no ya porque nos encontremos ante una regla de responsabilidad objetiva, sino porque no se trata, realmente, de responsabilidad". Com després s'encarrega de demostrar, una cosa és la il·legimitat de l'actuació de qui provoca la immixió, és a dir, la manca de títol que autoritza a pertorbar el veí, i una altra, molt diferent, la licitud o il·licitud de l'actuació del pertorbador en si mateixa, independentment dels efectes que produeixi sobre l'esmentat veí. La qualificació de la intencionalitat de la conducta del qui ocasiona la pertorbació no aporta res. Més aviat confon. La doctrina salva la referència entenent que l'exigència de *dolo* o culpa no s'ha de considerar com una qualificació que afecti tots els supòsits de l'article 3, sinó com un supòsit més en si mateixa. De tota manera, crec que s'ha de suprimir. Si el que es qualifica de dolosa o culposa és la conducta del pertorbador no es resol el problema, ja que el caràcter dolós o culpós podria tenir relació amb una altra persona que no sigui el titular de la finca. Així, la conducta pot ser dolosa respecte d'un copropietari al qual no s'ha demanat el consentiment. Crec que aquesta és la raó per la qual la lletra de la llei no qualifica de dolosa o culposa la conducta de l'immiscent sinó, amb tècnica mes o menys discutible, la immixió en si mateixa. En aquest sentit, el que busca la llei és que el *dolo* o culpa derivi de la relació amb el predi que sofreix la immixió. Però em sembla que per aconseguir aquesta finalitat ja n'hi havia prou amb l'apartat 6 de l'article 3, que estableix que

"Cap propietari no és obligat a tolerar immissions dirigides especialment o artificialment vers la seva propietat".

Acabo amb paraules de EGEA:

"En resumen, si se mantuviera una interpretación restrictiva en el sentido de que para poder actuar contra las inmisiones se exige el dolo o la culpa parece que se habría avanzado poco con la introducción de la acción negatoria".

L'altre punt clau, veritable pedra de toc, de la regulació de les immissions és la relativa a les "immissions substancials provinents d'instal.lacions autoritzades administrativament". No voldria perdre temps explicant com, al segle XIX, per tal de facilitar la implantació de la indústria naixent, IHERING formula la doctrina de la *tolerancia normal* de les *influències* sobre finca d'altri que són conseqüència d'un *ús normal* de la pròpia. Només vull debatre sobre si l'autorització administrativa és el mitjà més idoni per produir el resultat que en deriva la llei, a saber: l'exclusió de l'acció de cessació i la seva substitució per una indemnització.

Per endegar el tema, i sense ànim de sorprendre ningú, vull remarcar una gran diferència entre la constitució de les servituds forçoses i l'expropiació. Per constituir i utilitzar la servitud forçosa és necessari que prèviament s'hagi acordat un preu o que, per manca d'acord, es fixi judicialment. En l'expropiació també, llevat que se segueixi pel tràmit d'urgència, en què es procedeix a la immediata ocupació. També vull remarcar que adquirir el dret a pertorbar en una finca d'altri és, en definitiva, apropiari-se d'alguna, poques o moltes facultats dominicals. Acceptats aquests punts de partida arribarem a la conclusió que, en matèria d'immissions, l'autorització administrativa té dos efectes fonamentals: permetre l'apropiació de determinades facultats dominicals i donar lloc al fet que aquesta apropiació tingui lloc d'una manera molt similar a una expropiació qualificada d'urgent. És a dir, l'autorització administrativa dona lloc a una expropiació de facultats dominicals sense prèvia declaració d'utilitat social i, a més a més, li confereix l'especial qualificació d'urgent. El caràcter expropiatori de facultats del propietari que resulta del reconeixement del dret d'immixció sota determinades circumstàncies ha estat destacat per EGEA¹⁴ en diversos punts de la seva obra.

No vull amagar que les normes de protecció mediambiental i les relatives a activitats molestes, insalubres, nocives i perilloses disminueixen la magnitud dels efectes nocius d'una regulació considerablement avantatjosa per a l'immiscent. A banda que la regulació administrativa exigeixi les mesures correctores oportunes, l'article 2 de l'Ordre de 15 de març de 1963 estableix que les Ordenances Municipals dels municipis capital de província, de més de 50.000 habitants i en aquells en què predomini el cens industrial sobre altres activitats hauran de contenir una ordenança especial que indiqui quines activitats hauran d'estar ubicades necessàriament en zona industrial i quines es consideraran compatibles amb la zona urbana. Però, al terreny dels conceptes, l'esquema és el que he plantejat.

La llei 13/90, seguint en aquest terreny, només podria legitimar

aquesta expropiació sobre dos possibles presumpcions: a) que l'autorització administrativa suposa una espècie de declaració d'utilitat social; b) que l'autorització, que l'administració pot condicionar a l'adopció de mesures correctores, pressuposa de bell antuvi que la pertorbació no pot tenir caràcter substancial. Ni una cosa ni l'altra són certes. Que l'autorització no suposa una declaració d'utilitat social que justifiqui l'expropiació de facultats es dedueix clarament del fet que en cap moment no es valora aquest aspecte dins el procediment de concessió o denegació de la llicència. Que hi pot haver immixió pertorbadora malgrat l'autorització resulta clarament de sentències com les del TS de 16 de gener de 1989 i 18 de juny de 1992.

Possiblement la llei 13/90 obre un camp excessiu a la pertorbació que ha de corregir-se amb mesures dissuasòries que tinguin l'efecte de concentrar les activitats pertorbadores en les zones especialment destinades. Els temps canvien. Avui se sent més la necessitat de lluitar per la qualitat de vida. Es preserven més intensament les zones residencials. Milloren els mitjans de comunicació i, a diferència del segle passat, el treballador ja no ha d'anar a peu al seu lloc de treball. Aquestes i moltes altres raons han portat a distingir entre l'afavoriment de la implantació industrial, necessària de manera indubtable, i la superposició d'usos. L'especialització del territori és la tendència que s'observa als països més avançats. Es tendeix a la juxtaposició, no a la superposició d'usos.

Per això, cal reequilibrar els interessos entre pertorbador i afectat amb mesures que els estimulin a seguir camins diferents. Una seria limitar la substitució de la facultat de cessació per una indemnització o compensació tal com la preveu l'article 3.5 de la llei 13/90 als supòsits en què la disminució del valor de la finca no afectés més de la meitat de la seva justa estimació. O bé, que en els casos en què la disminució del valor de la finca com a conseqüència de la immixió fos superior a la meitat es donés al propietari afectat l'opció de triar entre la indemnització del perjudici o l'adquisició forçosa de la totalitat de la finca per part del pertorbador. (Observi's com una solució en definitiva menys expropiatòria reflecteix la similitud amb l'expropiació) O, finalment, fixar, en funció de la qualificació urbanística de la zona, uns barems màxims d'immissions que cap ciutadà de Catalunya estigués obligat a tolerar, hi hagi o no autorització administrativa. En qualsevol cas, la regulació de l'article 3.5 obeeix a la necessitat de resoldre els conflictes que planteja la barreja d'usos dins d'un mateix territori i ho fa, com temps enrera, a favor de qui ocasiona la pertorbació, solució que avui es rebutja per principi.

III. De les servituds

En matèria de servituds em vull limitar també a un parell de punts.

El primer fa referència a l'article 7 de la llei, que diu:

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

És a dir, la llei 13/90 exclou la constitució de servituds per destinació del pare de família.

Recentment la qüestió ha estat tractada en les sentències de 6 de juliol de 1992 de l'Audiència de Barcelona, de 9 de novembre de 1992 del TSJC; de 21 de juliol de 1993 de l'Audiència de Tarragona, de 22 de juliol i de 14 d'octubre de 1994 de l'Audiència de Barcelona, de 19 de desembre de 1996 de la mateixa Audiència. En totes es continua aplicant l'article 541 CC en base al fet que es tractava de situacions nascudes abans de l'entrada en vigor de la llei 13/90. Per això, fa de mal dir que la jurisprudència es manifesta favorable o contrària a la nova regulació. De moment té el recurs fàcil d'emparar-se en el dret transitori. Però la veritat és que no fa escarafalls a l'aplicació de l'article 541 CC. És més, la sentència de 22 de juliol de 1994 de l'Audiència de Barcelona continua utilitzant un argument que jo, en base a la meva pròpia experiència professional, continuo considerant vàlid. Diu:

"...el artículo 541 CC no establece un modo especial de constituir la servidumbre, sino que contempla como tal al propio negocio jurídico por el que se transmite la finca... al limitarse a sancionar cuál es, en defecto de pacto, el alcance objetivo del referido negocio de enajenación... tras valorar el legislador el significado de la apariencia y la necesidad de proteger la confianza puesta en ella..."

A mi, també l'aparença i els principis de responsabilitat, confiança i bona fe em fan partidari de mantenir la destinació del pare de família o propietari únic. Les preguntes que cal fer-se són: si l'endemà de trametre la finca el propietari exigeix l'extinció de la servitud, per què no ho feia el dia anterior a la venda? Per què no adequava l'objecte venut a la realitat del que veritablement volia vendre? Avui, que s'admet la servitud de propietari, té sentit que una situació que s'ha mantingut durant més de trenta anys entre dues finques desaparegui pel sol fet de vendre'n una? Evidentment sempre es podrà dir que era un acte tolerat, però hi ha quelcom d'engany al comprador que el venedor podria fàcilment evitar.

En qualsevol cas, penso que, desapareguda constitució de la servitud per destinació del pare de família, la jurisprudència, admesa la servitud de propietari, derivarà cap a l'argument de la constitució no formal de la servitud, per substituir-la. La sentència de 23 de febrer de 1993, de l'Audiència de Tarragona, diu:

"habiendo tenido ocasión de señalar la jurisprudencia que con la palabra título se hace referencia en el mencionado código al acto jurídico que da nacimiento a la servidumbre, no al documento en que ese acto se hace constar... añadiendo que cuando los signos de servidumbre son ostensibles e indubitados su apariencia exterior se atribuye una publicidad equivalente a la inscripción... de igual forma la sentencia del TSJC de 5 de febrero de 1990 entiende que no es preciso que se haya establecido la servidumbre por escrito..."

Tots aquests arguments de la jurisprudència em semblen més adequats a la realitat viscuda que l'article 7. I, sobretot, més adequats als principis de responsabilitat, confiança i bona fe.

També m'agradaria parlar de l'adquisició per usucapió de la servitud de vistes i de la de pas, malgrat que tal com diu la sentència del TSJC de 17 d'octubre de 1994 i les de Barcelona de 22 de juliol de 1994 i de Tarragona de 28 de febrer de 1997, començaran a completar-se les primeres usucapions l'any 2020, ja que s'ha comptat el termini des de l'entrada en vigor de la llei 13/90. Em servirà per comentar el canvi de criteri de la llei 13/90 en matèria d'usucapió de servituds discontinües i no aparents. Ja és sabut que les servituds no aparents, d'acord amb l'anterior article 283.8 no eren susceptibles d'adquisició per usucapió, i que les discontinües, seguint un criteri paral·lel al de Las Partidas, només donaven lloc a usucapió per prescripció immemorial. Actualment la llei 13/90 no fa cap mena de distinció en regular la usucapió de les servituds, ço que significa que totes passen a ser susceptibles de la prescripció adquisitiva. Però crec que aquest canvi no és tan radical com en un principi es podria pensar. Al rerafons continua essent decisiva la voluntat del propietari del predi que pateix la utilització aliena. Discernir si es tracta o no d'actes de pura tolerància. La tolerància, al *Code civil* francès i de retruc a l'espanyol, es derivava de l'absència d'aparença. I, aquesta, de la manca de possessió en sentit estricte o del caràcter esporàdic de la utilització. També, en algun cas, d'un plantejament de tipus polític. És acceptat per tota la doctrina francesa que les servituds discontinües (la de pas, la d'abeurar) van relacionades amb el reconeixement del dret a tancar les finques. El que ja no sé del cert és quina mesura por ser més favorable a una utilització comunitària de la terra, si admetre que les servituds de pas o d'abeurar es poden adquirir per usucapió, mesura que incentiva els grans propietaris a tancar les finques per tal que no acabin gravades, o, al contrari, excloure'n l'adquisició per prescripció de manera que el propietari sigui més procliu a la tolerància.

Al drets europeus anteriors a la codificació s'admetia, en general, la prescripció immemorial de les servituds discontinües¹⁵. Las Partidas admetien la prescripció de les servituds contínues i no

aparents pel termini de deu anys entre presents i vint entre absents i la prescripció immemorial per les discontinües (3,31,15). Després de la codificació, a Catalunya, l'article 283 de la Compilació exclouia determinades servituds (de llums, de vistes, de desguàs, la urbana de pas, la de pas circumstancial en finques rústiques, o les no aparents). És a dir, per evitar divergències jurisprudencials en la qualificació, la Compilació va tipificar el que considerà actes tolerats més freqüents. De fet, va recollir criteris jurisprudencials decantats al llarg de segles.

En qualsevol cas, sembla coherent deduir que, en general, el legislador derivava la tolerància d'un desconeixement presumible de l'existència de la servitud com a conseqüència que el seu ús no era continu o no era visible. El criteri que inspirava el legislador sembla, i així ho entenia la doctrina, poc menys que discutible. Per deduir l'existència d'una servitud n'hi ha ben bé prou que el propietari del predi servent no la utilitzi clandestinament. Si cada vegada que li cal usar del predi servent ho fa obertament, és indiferent que els signes externs de la servitud siguin continus o no, o mostrin senyals exteriors d'existència de la servitud. No es pot dir que el propietari del predi servent tolera per desconeixement. Fins aquí aplaudeixo el criteri de la llei 13/90. Però els fets són tossuts i, al rerafons continuen planant els actes tolerats. No es pot dubtar que determinats actes que realitza un propietari sobre finca d'altri no li són desconeguts sinó que, amb plena consciència, els tolera. La pregunta ja l'he formulada abans: es pot pensar que el propietari d'un erm que no formula oposició quan el veí obra una finestra està acceptant una possible servitud? No és més lògic entendre que, en la mesura que no el perjudica, tolera la finestra? Què passarà si en un futur aquest propietari, al seu torn, vol construir un habitatge? Amb aquestes preguntes vull arribar a la conclusió que molts dels supòsits de l'antic article 283 de la Compilació continuaran sent, en el fons, actes tolerats. Per clarificar i evitar dificultats judicials de qualificació, el que feia l'article 283 era prequalificar determinats comportaments presumint-los actes tolerats. La llei 13/90 suprimeix aquesta prequalificació i no dóna criteris per distingir els actes tolerats de la possessió enfrontada a la del propietari, que és base de la usucapió. En certa mesura incrementa la inseguretat, almenys fins que es vagi decantant un criteri jurisprudencial clar. No és una qüestió a negligir, ja que la major part de la jurisprudència sobre servitud ha d'acabar fonamentant la *ratio decidendi* en l'apreciació de la qualitat de tolerada o no de l'actuació de qui reclama la servitud.

Per això, voldria repassar aquesta matèria. Tradicionalment s'ha qualificat de tolerat l'acte realitzat *iure familiaritatis*, per amistat o bon veïnatge. El que se'n diuen actes de cortesia. Crec que cal complementar aquests motius de tolerància amb un altre, potser el més freqüent. Entenc -la idea no és original meva sinó que la dedueixo d'algun argument de la jurisprudència italiana- que també s'han de considerar actes tolerats aquells que no representen, per la persona que els realitza, un *perjudici apreciable*. Idea extremament senzilla que entronca amb la del *ius usus inocui* que també inspira l'article 3.2 de la llei 13/90 quan diu que "tot propietari ha de

tolerar les immissions provinents d'una finca veïna, si aquestes són innòcues o si causen perjudicis no substancials". Està fent un acte de tolerància el propietari que no s'oposa que el veí utilitzi la seva finca d'una manera que no perjudica substancialment l'aprofitament que n'obté al moment de produir-se aquesta utilització. És més, en virtut del *ius usus inocui*, el propietari veí actua en virtut d'un dret propi i, per conseqüència, no pot estar adquirint un dret real en cosa aliena, que seria de naturalesa ben diferent. Tornant a l'exemple, el dia que el propietari de la finca en erm volgués construir-hi una casa, podria exigir que el veí tanqués la finestra que tenia oberta de més de trenta anys ençà, perquè en la mesura que, mentre estava en erm, no suposava perjudici es podia considerar acte tolerat, o més encara, *ius usus inocui* que estava obligat a tolerar donat l'aprofitament de la finca en aquell moment. Així doncs, el concepte de *perjudici apreciable* és essencial per tal de qualificar un acte com tolerat o no.

En definitiva, crec que les legislacions des de l'Edat Mitjana han buscat un criteri de delimitació entre el que eren i el que no eren actes tolerats. Els codificadors, amb poc encert, els associaren al caràcter continu o discontinu, aparent o no aparent, de les servituds. Atès que el criteri era insuficient, algunes normes, com ara l'article 283 de la Compilació, optaren per tipificar casos concrets. Avui la llei 13/90 elimina tot aquest passat, però també passa de llarg del fons del problema, la delimitació del concepte d'acte tolerat, que crec que ara és més necessari que mai.

El *perjudici apreciable* pot ser un ajut com a criteri de qualificació.

La llei 13/90 també ha prescindit de la prescripció immemorial, que avui només tindria sentit en aquelles servituds exageradament discontinues. Imaginem una finca d'arbres de ribera que es talen cada quinze anys i que per treure els troncs utilitzen un camí en finca veïna. Però es tracta de supòsits tan excepcionals que, segurament per aquest motiu, els omet la llei.

IV. De les servituds forçoses

En l'apartat corresponent a les servituds forçoses s'ha d'aplaudir la d'instal·lació de xarxes aèries i de conduccions superficials i subterrànies. De la redacció de l'article 22 sembla deduir-se que es refereix només a terrenys. Convindria estudiar l'aplicació d'aquestes servituds i potser d'altres semblants a les finques urbanes per facilitar la rehabilitació dels nuclis antics de les ciutats. Deixar en mans dels particulars determinats instruments de millora, a més a més de les actuacions administratives, de les quals no es pot prescindir, pot ser un estímul a la renovació urbana.

V. Mitgeria de càrrega

La modernització del dret immobiliari a què fa referència el preàmbul de la llei també es fa palesa en el tractament de la mitgeria. La supressió de la mitgeria forçosa reflecteix adequadament el canvi del sistema constructiu que han passat de la paret de càrrega a les estructures autoportants. Només voldria assenyalar que la paret de càrrega encara s'utilitza a les cases anomenades adossades, que, molt sovint, es construeixen per fases. La mitgeria forçosa conservaria la seva vigència i utilitat en aquests cas.

VI. Relacions de veïnatge

Només dues pinzellades sobre aquest punt, arran de la jurisprudència que han creat les llums i vistes sobre predi veí.

En primer lloc, convindria explicitar el tractament del cas que una via pública separi els dos predis.

També caldria precisar la manera de calcular l'angle de 60% que han de formar les dues parets veïnes per poder obrir finestres a la distància mínima d'un metre i mig comptat des de la línia d'unió d'ambdues parets (art. 40,2). Si imaginem un rellotge, les busques formen un angle de 60% a les dues, però també a les deu. L'angle, doncs, el poden constituir les cares interiors o exteriors de la paret. Si l'angle fos agut, la distància entre les dues finestres afrontades seria també, per simple càlcul trigonomètric, d'un metre i mig. L'angle també es pot considerar format per una paret i la perllongació de l'altra. La qüestió ja ha estat tractada a la sentència de 5 de novembre de 1977, de l'Audiència de Tarragona, que no se'n surt del tot per solucionar-la. Convé, doncs, l'aclariment.

Per cloure, vull manifestar que en aquesta conferència he procurat adoptar una visió crítica de la llei, gairebé malintencionada, i finalment he d'acceptar l'evidència que és una norma molt aconseguida tant des de la dogmàtica com des de la pràctica. Suposa una saludable actualització dels conceptes, elaborada amb prudència però, també, amb decisió. Convé que ens en felicitem.

Moltes gràcies.

NOTES

1

M. ALBALADEJO, "Comentarios al CC...", v.II, t.XXV, p.153.

2

F. SCHULZ, Derecho romano... p.358.

3

Vull aclarir que la distinció entre pertorbacions materials i jurídiques que conté la llei 13/90 és absolutament arbitrària. Totes les pertorbacions són jurídiques o antijurídiques. En la mesura que una pertorbació, àdhuc la material, és contemplada pel dret, ja és jurídica. I, d'altra banda, les pertorbacions jurídiques poden tenir efectes materials si donen lloc a una alteració en la possessió, o no tenir-los, si es mouen en el camp de l'amenaça exclusivament. Crec que el legislador es refereix a pertorbacions jurídiques quan el pertorbador **al.lega** la suposada titularitat d'un dret, real o personal, que l'autoritza a una **ingerència directa** en una finca aliena, consistent en un fer o privar de fer, que afecta o pot afectar la llibertat del domini. I parla de pertorbacions materials quan el pertorbador **no al.lega cap dret** que el faculti, o bé quan es tracta d'una **injerència indirecta**, com és el cas de les immissions. En qualsevol dels casos les pertorbacions poden ser actuals o "futures i previsibles".

4

J. EGEA, La acción negatoria...p.15

5

J. CASTAN TOBEÑAS, Derecho civil...t.2, v.1. p. 215

6

M. ALBALADEJO, Derecho civil, t.III, v. 1, p.295.

7

J.L. LACRUZ, Elementos...t.III, v.1, pag. 373.

8

L. DÍEZ PICAZO, Fundamentos.... p. 736.

9

HEDEMANN, Tratado...t.III, p.253.

10

M. ALBALADEJO, Derecho civil, t III, v.1, p. 294

11

J.L. LACRUZ, Elementos....t.III, v.1, p.358.

12

J. EGEA, Acción negatoria...p.133.

13

J. EGEA, Acción negatoria...p.102.

14

J. EGEA, Acción negatoria...p. 136, 157, 158.

15

H. COING. Derecho privado...p.400.