

FITXA SENTÈNCIA NÚM. 19/2009 de 30 d'abril

R. Cassació núm. 70/2008

CASSACIÓ. Es desestima. **Servitud de pas. Servitud de propietari i per signe aparent.** La regulació de la servitud en el dret civil català anterior a la Llei 13/1990 es trobava inspirada pel dret romà i estava continguda en el títol 3r llibre 3r de la CDCC (1960), que recollia essencialment les anomenades "Ordinacions d'en Sanctacilia". En tota aquesta època normativa, la servitud era concebuda exclusivament com una limitació del dret de domini aliè, raó per la qual, d'acord amb el principi d'origen romà *nemini res sua servit* no va ser coneguda entre nosaltres la figura de la servitud de propietari, no introduïda fins l'aprovació de la Llei 13/1990 (art. 17), i, per tant, qualsevol servitud s'havia d'entendre extingida per "confusió", és a dir, quan la propietat del predi dominant i la del servent arribaven a coincidir per qualsevol motiu en la mateixa persona. De la mateixa manera, tampoc estava admesa en el dret romà clàssic la constitució tàcita de les servituds, per la qual cosa llavors no es concebia la creació per destinació del pare de família o per signe aparent, tot advertint que en determinades situacions i sota certes condicions el dret romà podia arribar a atribuir conseqüències jurídiques a les relacions d'utilitat establertes entre dos predis pel propietari únic dels mateixos quan un d'ells o els dos passaven a les mans d'un tercer. L'origen més clar de la servitud constituïda tàcitament per signe aparent es situa en el dret consuetudinari francès (1510-1580), del que va passar al codi civil napoleònic i d'aquest a l'espanyol (art. 541 CC). Així les coses, aquesta Sala ha declarat reiteradament (S TSJC 29/2003 de 18 set., 35/2003 de 2 oct., 9/2004 de 4 març., 39/2005 de 13 oct. i 11/2007 de 25 abr.) que, en aquesta matèria, no existia —amb més raó després de l'aprovació de la Llei 13/1990 (art. 7), substituïda per la Llei 22/2001 (art. 8.2) i ara pel llibre 5è del CC (art. 566-3.2)— una llacuna jurídica que pogués justificar l'aplicació supletòria entre nosaltres de l'art. 541 CC, raó per la qual varem concloure categòricament, corregint una línia jurisprudencial certament majoritària del TS —i ara no existeixen raons per a desdir-se—, que es considera "*una incoherència de nuestro sistema legislativo admitir en el lapso temporal anterior a la Llei de 1.990 la servidumbre por destino del padre de familia*". **Publicitat registral del signe aparent.** La publicitat registral del signe aparent no comporta cap eficàcia afegida a la pròpia aparença o publicitat material del pas entre les finques del mateix amo (S TS 1a 20 des. 1965, 21 des. 1970, 30 des. 1975, 29 maig 1979, 21 des. 1990 i 15 març 1993, 11 nov. 1988 i 7/2002 de 17 gen.; i R DGRN de 21 oct. 1980, BOE 11/11/80), ni tan sols de forma diferida al temps de la separació dels dominis d'ambdues finques, a manera de constitució condicionada d'una servitud de propietari (S TS 1a 21 oct. 1976), la qual només es podria escometre de forma voluntària, en territori de dret civil català i al temps que es va produir la separació efectiva del domini (1975), expressament, per acord entre els propietaris d'ambdós immobles, sens perjudici de les conseqüències (art. 566-7 CC) que es pugui reconèixer a les situacions enclavament de les finques sense sortida pròpia a la via pública.

NORMES LEGALS: Art. 541 CC.

Tribunal Superior de Justícia de Catalunya
Sala Civil i Penal

R. Cassació núm. 70/2008

SENTÈNCIA NÚM. 19

Presidenta:

Excma. Sra. M^a Eugenia Alegret Burgués

Magistrats:

Il·lm. Sr. José Francisco Valls Gombau

Il·lma. Sra. Nuria Bassols Muntada

Il·lm. Sr. Carlos Ramos Rubio

Il·lma. Sra. Teresa Cervelló Nadal

Barcelona, 30 d'abril de 2009

El Ple de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que s'expressen més amunt, ha vist el recurs de cassació núm. 700/2008 contra la Sentència dictada en grau d'apel·lació el 15 de febrer de 2008 per la Secció 14a de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el rotllo núm. 242/07 que dimana del judici ordinari núm. 462/05, seguit davant el Jutjat de Primera Instància núm. 10 de Barcelona. IMMOBILIARIA SARASATE SA ha interposat aquest recurs degudament representada pel procurador dels tribunals Sr. Antonio M. de Anzizu Furest. Ha comparegut en el rotllo per oposar-se al recurs HOTEL RITZ DE BARCELONA SA, degudament representada pel procurador dels tribunals Sr. Àngel Montero Brusell.

Antecedents de fet

Primer. El procurador dels tribunals Sr. Antonio M. de Anzizu Furest, en representació d'INMOBILIARIA SARASATE SA, va presentar el 25 de maig de 2005, davant els jutjats de primera instància de Barcelona, una demanda de judici ordinari contra HOTEL RITZ DE BARCELONA SA, en la qual sol·licitava que la finca de la seva propietat identificada en la demanda fora declarada lliure de tota servitud de pas que limiti el seu domini a favor de la finca de la demandada descrita igualment en la demanda, i que, en conseqüència, es declarés *"la supresión del hecho de paso o acceso concedido a la demandada en juicio posesorio por la puerta principal de la finca de mi mandante así como por el hall o salones de dicho Hotel, condenando a la demandada a abstenerse de forma absoluta a cualquier intromisión o perturbación del derecho de propiedad de mi mandante"*, a més de les costes del procés.

La demandada, representada pel procurador dels tribunals Sr. Àngel Montero Brusell, es va oposar oportunament a la demanda i va sol·licitar la seva desestimació íntegra, així com el pagament de les costes processals.

Segon. La demanda va correspondre per repartiment, amb el número de procediment 462/05, al Jutjat de Primera Instància núm. 10 de Barcelona, que, un cop complerts els tràmits oportuns, va dictar Sentència en data 6 de novembre de 2006 amb la part dispositiva següent:

"Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por INMOBILIARIA SARASATE S.A. contra HOTEL RITZ DE BARCELONA S.A. debo absolver y absuelvo la demandada de todo pronunciamiento en contra, condenando a la actora al pago de las costas devengadas."

Tercer. Contra aquesta Sentència, la demandada va interposar un recurs d'apel·lació, que es va admetre i es va substanciar davant la Secció 14a de l'Audiència Provincial de Barcelona (rotllo núm. 242/07), la qual el va resoldre mitjançant la Sentència en data 15 de febrer de 2008, que disposava:

"FALLO:

- 1. Desestimamos el recurso de apelación.*
- 2. Imponemos las costas del recurso a la recurrente."*

La representació de l'actora va sol·licitar un aclariment d'aquesta Sentència, que va ser resolt per una interlocutòria del tribunal d'apel·lació de data 12 març 2008, la part dispositiva de la qual va resoldre:

"LA SALA ACUERDA:

- 1.-Se completa el Fundamento de Derecho 6 de la sentencia recaída en esta alzada con la frase: "Las costas de la impugnación son de cargo del impugnante".*
- 2.-Se añade al punto 1 del Fallo la frase: "y la impugnación" y al punto 2 la frase: "y la de impugnación al impugnante"."*

Quart. Contra la Sentència i la interlocutòria d'aclariment, la representació processal de l'actora va anunciar davant l'Audiència Provincial de Barcelona un recurs de cassació amb la citació de diversos preceptes tant del CC com de les lleis 13/1990 de 9 de juliol i 22/2001 de 31 de desembre, de la CDCC de 1960 i de la CE, si bé en el subsegüent escrit d'interposició tan sols va fer constar els tres motius següents: 1) per aplicació indeguda de l'art. 541 CC, amb citació de les sentències d'aquest TSJC de 18 de setembre i 2 d'octubre de 2003, 4 de març de 2004 i 25 d'abril de 2007; 2) per vulneració del "*principio consagrado en derecho civil catalán de libertad de fundos*", en relació amb l'art. 348 CC, amb el llibre 3, títol III de la CDCC relatiu a les servituds i amb l'art. 33 CE; 3) per infracció de l'art. 9.3 CE en relació amb el 2.2 i 3 CC respecte a la irretroactivitat de les lleis.

Cinquè. Un cop rebudes les actuacions en aquesta Sala Civil i personades les parts, es va disposar l'admissió del recurs per una interlocutòria de 26 de juny de 2008 i, després d'haver estat evacuada l'oposició al recurs, es va decidir assenyalar data per a la vista del recurs per una provisió de 10 de juliol, vista que es va celebrar el 6 de novembre de 2008.

N'ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Carlos Ramos Rubio.

Fonaments de dret

Primer. A més dels que s'han exposat amb anterioritat, els fets que constitueixen els antecedents d'aquest recurs, que es desprenen de la lectura de la Sentència objecte de recurs i, per remissió d'aquesta, de la Sentència de primera instància, així com de la documental al·ludida en ambdues i dels escrits de les parts, als quals és lícit acudir per integrar determinades llacunes del relat (S TSJC 14/2003 de 12 maig., 44/2003 d'1 des., 24/2006 de 19 juny, 29/2006 de 10 jul., 4/2007 de 12 març, 28/2008 de 15 jul., 10/2009 de 12 març i 14/2009 de 6 abr.), i que els recurrents no combaten, són els següents:

1. INMOBILIARIA SARASATE SA és actualment propietària de la **finca registral núm. 3019** del Registre de la Propietat número 1 de Barcelona (inscripció 31a), que consisteix en un edifici destinat a hotel situat en la Gran Via de les Corts Catalanes, núm. 664-668, de Barcelona, fent xamfrà amb el carrer Llúria núm. 30-34.

2. INMOBILIARIA SARASATE SA va adquirir la propietat d'aquest immoble arran de ser aprovat a favor seu la rematada d'una subhasta per una interlocutòria de 13 de juny de 1975, dictada pel Jutjat de Primera Instància número 2 de Barcelona en un procediment judicial sumari de l'art. 131 LH (actuacions núm. 768/1974), en què l'HOTEL RITZ DE

BARCELONA SA figurava com a part demandada i en què la finca esmentada va arribar a ser embargada i subhastada per impagament d'un crèdit hipotecari que la gravava, exercit enfront d'aquesta per un tercer.

3. Fins a aquest moment, la propietària de la finca havia estat l'HOTEL RITZ DE BARCELONA SA, arran de la compra a tercers dels terrenys — producte d'una agrupació prèvia de tres porcions diferents— sobre els quals s'assenta l'edifici mencionat, atorgada el 27 de juny de 1918, i de la declaració d'obra nova d'aquest, continguda en una escriptura atorgada el 24 de juliol de 1918 (inscripcions 3a i 4a).

4. En la pròpia interlocutòria judicial d'aprovació de la rematada de la subhasta i de l'adjudicació de l'immoble referit a favor d'INMOBILIARIA SARASATE SA només es va fer constar, com a *carga* d'aquest i d'acord al que resultava del Registre de la Propietat, que es trobava arrendat — juntament amb altres, entre ells la finca registral núm. 1627 del mateix Registre— mitjançant una determinada renda, a la companyia SOCIEDAD PARA EL FOMENTO DE LA HOSTELERÍA Y SIMILARES SA (SOPHOS SA) per exercir-hi la indústria d'hostaleria sota la denominació "HOTEL RITZ DE BARCELONA", arrendament que havia estat concertat en l'any 1951 i que havia estat novat i prorrogat successivament, sense solució de continuïtat, en els anys 1964, 1970 i 1973, de manera que, al temps de l'adquisició de l'immoble per INMOBILIARIA SARASATE SA, aquest arrendament (d'indústria) es trobava en vigor i, de fet, ho va estar, amb subrogació i participació en les rendes d'aquesta última en la part proporcional corresponent als seus interessos immobiliaris —cosa que es va plasmar en un contracte atorgat el 18 de març de 1977—, fins que el 29 d'octubre de 1985 totes les parts afectades —HOTEL RITZ DE BARCELONA SA, INMOBILIARIA SARASATE SA i SOPHOS SA— van decidir resoldre'l de mutu acord.

5. HOTEL RITZ DE BARCELONA SA és actualment la propietària de la **finca registral núm. 1627** del Registre de la Propietat núm. 1 de Barcelona (inscripció 1a), contigu amb l'anterior i consistent en:

"Edificio compuesto solamente de planta baja con cubierta de terrado a la altura del piso principal de la casa número seiscientos setenta de la avenida de José Antonio Primo de Rivera, de esta ciudad, situada **en el interior de la manzana** formada por dicha avenida y las calles de Lauria, Caspe y Bruch, **sin salida a la calle y solo comunicado con ésta a través de la finca número seiscientos sesenta y ocho** de la citada avenida, propiedad del Hotel Ritz de Barcelona, SA. Ocupa una extensión superficial de cuatrocientos cinco metros cuarenta centímetros cuadrados, equivalente a diez mil setecientos treinta palmos noventa y cuatro décimos de palmo, también cuadrados, afectando la figura de un rectángulo. Linda: Norte, resto de finca de que se segregó, número seiscientos setenta de la avenida José Antonio, propia de Eugenia R. y Miguel B.; Este, finca número seiscientos setenta y dos de la propia avenida, de la herencia de Miguel B. V. Oeste, finca número seiscientos sesenta y ocho de la misma avenida, propia de Hotel Ritz de Barcelona, SA, con cuya propiedad tiene comunicación interior el predio que se describe; y Sur, con la espalda de la casa número veintiocho de la calle Lauria, propia antes de Bartolomé P., hoy Hotel Ritz de Barcelona, SA."

L'edifici en qüestió és conegut com "Salón Imperial" i s'ha destinat habitualment des de la seva inauguració (en 1919) a l'hostaleria, com a sala de festes, casaments, banquets i convencions annexa al negoci conegut com a "HOTEL RITZ DE BARCELONA".

6. HOTEL RITZ DE BARCELONA SA va adquirir la propietat de la finca registral núm. 1627 tal com ha estat descrita en l'apartat anterior el 7 de setembre de 1951, per compravenda atorgada en escriptura pública amb els Srs. Eugenia R. F. i Miguel B. R., immediatament després de ser segregada de la finca registral de major cabuda núm. 3021, corresponent al núm. 670 de la Gran Via de les Corts Catalanes.

Amb anterioritat —des de l'11 de setembre de 1919—, HOTEL RITZ DE BARCELONA SA havia estat arrendatària de la part de la finca registral núm. 3021 que més tard (1952) donaria lloc a l'avantdit (núm. 1627).

7. La finca registral núm. 1627 es trobava gravada des de la seva segregació i venda per una servitud —inscrite en el Registre de la Propietat— *d'altius non tollendi* i de llums i vistes en benefici de la finca registral núm. 3021, així com d'ús de la seva coberta en forma de terrat pels habitants del pis principal del predi dominant.

8. El mateix 29 d'octubre de 1985, dia en què va quedar resolt el contracte d'arrendament amb SOPHOS SA, HOTEL RITZ DE BARCELONA SA cedí en arrendament, encara que amb efectes des de l'1 de novembre de 1985 i per sis anys, a INMOBILIARIA SARASATE SA a canvi d'un preu determinat el negoci d'hostaleria denominat "HOTEL RITZ DE BARCELONA", integrat, entre d'altres elements, pel referit *"establecimiento sito en la casa nº 670 de la Avenida de José Antonio de esta ciudad, hoy Gran Vía de les Corts Catalanes, compuesto por planta baja y semi-sótanos, en los que se explota hasta el presente el Salón de Fiestas denominado "Salón Imperial" —que constitueix l'esmentada **finca registral núm. 1627**— con todas las instalaciones, enseres y muebles, como un todo organizado y una unidad productiva, **sin salida a la calle y comunicada con ésta a través de la finca nº 668** de la citada Avenida de José Antonio, propiedad de INMOBILIARIA SARASATE SA".*

Aquest contracte va ser declarat resolt finalment per Sentència del Tribunal Suprem (Sala 1a) de 2 de setembre de 1997, a demanda de desnonament d'arrendament d'indústria presentada per HOTEL RITZ DE BARCELONA SA a causa de l'expiració del termini contractual.

Segon. Com ja s'ha dit, la Sentència dictada pel tribunal d'apel·lació va desestimar el recurs interposat contra la de primera instància que, al seu torn, havia desestimant íntegrament l'acció negatòria de servitud exercitada per INMOBILIARIA SARASATE SA enfront HOTEL RITZ DE BARCELONA SA.

Les raons que s'addueixen per a això en la resolució objecte de recurs no estan expressades amb prou claredat, però, segons tots els indicis i malgrat certes contradiccions —salvables— en el raonament, tenen a veure amb l'aplicació de l'art. 541 CC com a norma supletòria del dret civil català.

En efecte, d'una banda (FD 2), després de precisar quins són els modes d'adquisició de les servituds, entre els quals la resolució impugnada esmenta la usucapió, i de recordar que des del moment que el pas entre les finques fou operatiu (1918) es va poder consumir la prescripció adquisitiva del dret real en 1948 (*usatge omnes causae*), l'Audiència Provincial considerà no obstant això inaplicable aquest mode d'adquirir al present cas a causa de "*la pertenencia de ambas fincas al mismo dueño (sic) y la inexistencia de acto de enajenación en esos años*", por lo que al propio tiempo concluye que, en esta época (1918-1948), "*no concurre el presupuesto del art. 541 C.C., entonces vigente*".

D'altra banda (FD 3), després que es considerés provada "*la titularidad (sic) del derecho de paso*" entre ambdues finques i que aquest s'anava produint des de l'any 1918 "*como arrendatario*" i després, des de l'any 1952, "*como propietario*", l'Audiència concloué que en aquesta data, "*por imposición del propietario de ambos fundos y por 'destino del padre de familia' (conforme a la legislación histórica), la servidumbre se había*

consolidado al ser Ritz propietario de ambas fincas y mantener la subordinación de acceso de una a otra".

Finalment (FD 4), malgrat que va reconèixer amb citació de la nostra jurisprudència que *"el art. 541 C.C. era inaplicable en Catalunya"*, i després de raonar extensament que en el present supòsit concorrien, a més, tots els requisits previstos en l'art. 8.2 de la Llei 22/2001, és a dir, un signe aparent —*"las puertas que comunican la finca número 3019 con la número 1627"*— i un *"establecimiento expreso"* en l'alienació a tercer —el tribunal a quo entén que, per no ser equiparable aquest establiment a la *"constitución voluntaria pactada en un título"*, són suficients els *"actos de simple dejación o complacencia"* en el manteniment de la servitud, sobretot quan aquesta *"presenta las características de la servidumbre forzosa"*—, concludé que:

"En todo caso,... conforme a la legislación vigente al momento de constitución de la servidumbre (1952), ésta quedó consolidada. Era de aplicación en aquella época el Código civil (el art. 541 C.C.) y esta forma de constitución ha sido admitida sin rémora alguna por el Tribunal Supremo (SSTS 27 abril 1999 -RA 3421- y 7 febrero 2003 -RA 856)."

En conseqüència, no té raó la representació d'HOTEL RITZ DE BARCELONA SA quan en el seu escrit d'oposició al recurs de cassació, després de negar repetidament que la *ratio decidendi* de la Sentència objecte de recurs tingui a veure amb l'aplicació de l'art. 541 C. c., argumenta que *"en lo que se funda la Sentencia recurrida es en que antes de la adjudicación en subasta a favor de INMOBILIARIA SARASATE S.A. existía evidencia de servidumbre (y no mero signo aparente), y en que el derecho de paso vino además reconocido por título contractual, y por los actos de reconocimiento expreso del ahora recurrente"*, títol que s'identifica amb la segregació i contracte de compravenda del predi dominant (núm. 1627) a l'any 1951 (d'aquest any és l'escriptura de segregació i venda, mentre que

la seva inscripció registral es practica al 1952), i reconeixement que es descriu com l'implícit en els "*actos propios* (de la recurrent) *de admisión de la servidumbre, incluyendo la suscripción de los contratos* (d'arrendament d'indústria) *de 1977 y 1985*".

De la mateixa manera, la recurrent tampoc té raó quan pretén sostreure del debat la significació jurídica dels fets declarats provats per l'Audiència Provincial, amb vista a la constitució mateixa de la servitud de pas, sota el pretext de no haver estat interposat un recurs extraordinari per infracció processal, perquè una cosa és l'existència del pas entre les finques i una altra la significació jurídica d'aquest.

Tercer. El recurs de cassació interposat per INMOBILIARIA SARASATE SA es fonamenta en tres motius, el primer dels quals denuncia l'aplicació indeguda de l'art. 541 C. c., per entendre que la servitud constituïda per signe aparent o per destinació del pare de família constitueix una institució estranya en la tradició jurídica del dret civil català, com així ha declarat aquest Tribunal Superior en sentències de 18 de setembre i 2 d'octubre de 2003, de 4 de març de 2004 i 25 d'abril de 2007, raó per la qual "*no pudo en 1952 constituirse la servidumbre de paso que se señala en la sentencia recurrida*", sobre tot quan, d'una banda, la recurrent adquirí la finca registral núm. 3019 en subhasta pública celebrada a l'any 1975 sense que en el Registre de la Propietat constés ni en la resolució judicial d'adjudicació de l'immoble subhastat s'esmentés la suposada relació de servitud en relació amb la finca registral núm. 1627, a diferència del que succeeix amb les servituds que sí afecten a aquesta última finca enfront de la registral núm. 3021, de la qual va ser segregada en el mateix any 1951, i quan, d'altra banda, la demandada (HOTEL RITZ DE BARCELONA SA) va ometre qualsevol referència a la pretesa servitud en la garantia hipotecària constituïda en favor de tercer sobre la finca

registral 3019, garantia l'execució forçosa de la qual va determinar, fet i fet, la pèrdua del seu domini.

Per la seva banda, el segon motiu denuncia la infracció del "*principio consagrado en el derecho civil catalán sobre la libertad de fundos*", reconegut en el Dret romà, però també en l'art. 348 del Codi civil, en la Compilació de dret civil català de 1960 —"*especialmente el Libro Tercero, Título III sobre las servidumbres*"— i en l'art. 33 del Constitució Espanyola "*respecto a la propiedad privada*", i proclamat en la pròpia Sentència objecte de recurs amb citació de diverses sentències del TS (FD 4), principi que es considera vulnerat pel tribunal d'apel·lació quan, després de negar que ens trobem "*ante una constitución inter vivos de una servidumbre voluntaria*" (FD 4), declarà que del que es tracta és de "*la persistencia de una servidumbre entre fundos del mismo propietario tras la enajenación, con reconocimiento expreso del adquirente*" (FD 4), perquè no és possible advertir reconeixement d'un dret real aliè en el consentiment prestat per la recurrent a l'arrendament, per preu cert i temps determinat, del negoci desenvolupat en les finques afectades, primer per un tercer (SOPHOS SA) i després per la pròpia recurrent (INMOBILIARIA SARASATE SA), i en tot cas s'ha de resoldre la necessitat eventual de constituir una servitud forçosa en un plet ulterior en el qual, conformement a l'art. 566-7 del vigent Codi civil català, haurien de ser part els titulars dominicals de totes les finques confrontants.

En el tercer motiu es denuncia la infracció de l'art. 2.2 i 3 CC en relació amb l'art. 9.3 CE i l'art. 8 del Llei 22/2001 (avui l'art. 566-3 CC), ja que no és possible aplicar retroactivament aquest últim precepte, referit a un dret real limitatiu del domini, a fets ocorreguts a 1952 i a 1975 .

Doncs bé, la claredat de la resposta aconsella agrupar l'examen dels dos primers motius, com hem fet en altres supòsits (entre d'altres, S TSJC 14/1998 de 8 juny, 14/2004 d'1 abr., 16/2006 de 24 abr. i 40/2008 d'1 des.), en la mesura que ambdós plantegen una única qüestió, i deixar per a més tard, si procedís, l'anàlisi de l'últim.

Quart. Com tohom sap, la regulació de la servitud en el dret civil català anterior a la Llei 13/1990 es trobava inspirada pel dret romà i completada amb algunes especialitats de creació consuetudinària. Aquesta regulació, clarament "*fragmentària*" (veg. preàmbul de la Llei 13/1990, § 2), estava continguda en el títol 3r llibre 3r de la CDCC (1960) al costat de les relacions de veïnatge i mitgeria, que recollia essencialment, tot just amanides amb algunes notes modernitzadores, les anomenades "Ordinacions d'en Sanctacilia" (segle XIV), a partir de la transposició d'aquestes efectuada en el vol. 2 títol 2 llibre IV de la tercera recopilació de les "Constitucions i altres drets de Catalunya" (1704).

En tota aquesta època normativa, la servitud —en realitat, tots els drets reals restrictius del domini— era concebuda exclusivament com una limitació del dret de domini aliè, raó per la qual, d'acord amb el principi d'origen romà *nemini res sua servit* (D 8, 2, 26: "...nulli enim res sua servit"; D. 8, 3, 33 § 1: "...nullum praedium ipse sibi servire..."), no va ser coneguda entre nosaltres la figura de la servitud de propietari —no introduïda fins l'aprovació de la Llei 13/1990 (art. 17)—, ja que el dret romà només preveia la possibilitat de relacions de servei o d'utilitat entre dues finques pertanyents al mateix propietari com meres relacions de fet sense conseqüències jurídiques, i, per tant, qualsevol servitud s'havia d'entendre extingida per "confusió", és a dir, quan la propietat del predi dominant i la del servent arribaven a coincidir per qualsevol motiu en la mateixa persona (D 8, 6, 1: "*Servitutes praediorum confunduntur, si idem*

utriusque praedi dominus esse cooperit”), sense possibilitat de ressorgiment en cas d'ulterior separació del domini dels immobles, tret que aquella tornés a establir-se expressament de nou en tal moment (en el mateix sentit, la partida 3a, títol XXXI, Llei 17a *in fine*).

De la mateixa manera, tampoc estava admesa en el dret romà clàssic la constitució tàcita de les servituds, per la qual cosa llavors no es concebia la creació per destinació del pare de família o per signe aparent —D 8, 2, 30: “*Si quis aedes, quae suis aedibus servirent...*”; i D 8, 4, 7: “*In tradendis unis aedibus ab eo, qui binas habet...*”—, cosa que, certament, no va impedir que els postglossadors italians del segle XIV (BÁRTOLO, BALDO) l'elaboressin doctrinalment a partir d'alguns textos clàssics, que, en qualsevol cas, representaven supòsits excepcionals —entre d'altres, D 8, 4, 8: “*Si, quum duas haberem insulas, duobus eodem momento tradiderum...*”, y el D 8, 4, 6: “*Si quis duas aedes habeat, et alteras tradat, potest legem traditioni dicere...*”—, tot advertint que en determinades situacions i sota certes condicions el dret romà podia arribar a atribuir conseqüències jurídiques a les relacions d'utilitat establertes entre dos predis pel propietari únic dels mateixos quan un d'ells o els dos passaven a les mans d'un tercer. Fins i tot, entre nosaltres, algun autor (PELLA FORGAS) va voler veure un supòsit d'aquests en la “Ordinació 59” de les d'en Sanctacilia (“...*que servitut sie cuberta, ó amagada...*”). De qualsevol forma, l'origen més clar de la servitud constituïda tàcitament per signe aparent es situa en el dret consuetudinari francès (1510-1580), del que va passar al codi civil napoleònic i d'aquest a l'espanyol (art. 541 CC), en el qual des de llavors coexisteix, no sense tensions, amb el principi romà *nemini res sua servit* (art. 530.1 i 546.1r CC).

Així les coses, no té gens d'estrany que, a la vista de l'específic procés de formació del dret civil català, aquesta Sala hagi declarat reiteradament (S

TSJC 29/2003 de 18 set., 35/2003 de 2 oct., 9/2004 de 4 març., 39/2005 de 13 oct. i 11/2007 de 25 abr.) que, en aquesta matèria, no existia — amb més raó després de l'aprovació de la Llei 13/1990 (art. 7), substituïda per la Llei 22/2001 (art. 8.2) i ara pel llibre 5è del CC (art. 566-3.2)— una llacuna jurídica que pogués justificar l'aplicació supletòria entre nosaltres de l'art. 541 CC, raó per la qual vam concloure categòricament, corregint una línia jurisprudencial certament majoritària del TS —i ara no existeixen raons per a desdir-se—, que es considera “*una incoherència de nuestro sistema legislativo admitir en el lapso temporal anterior a la Llei de 1.990 la servidumbre por destino del padre de familia*”.

En conseqüència, a la vista de tot el que s'ha exposat amb anterioritat, resulta que qualsevol que sigui la transcendència que es vulgui reconèixer a les relacions mantingudes entre les finques registrals núm. 3019 i 3021 en el període que va del 1918 al 1951 (abans que fora segregada d'aquesta última la finca núm. 1627), en aquells dies pertanyents a diferents amos, relacions regides per un contracte d'arrendament retribuït de local de negoci (per tant, inhàbils per a usucapir per falta de possessió a títol d'amo), la veritat és que la coincidència del domini del predi suposadament servent (núm. 3019) i el del predi pretesament dominant (núm. 1627) en un mateix propietari, produïda en l'any 1951, va determinar l'extinció d'una eventual servitud de pas entre ambdues finques i, al mateix temps, va impedir la seva constitució en el propi acte de segregació i venda, ja s'entengui la mateixa realitzada expressament o tàcitament (S TSJC 2/1990 de 5 febr.), sense que la descripció registral del “signe aparent” en relació amb la finca pretesament dominant (que no en la suposadament servent) comporti cap eficàcia afegida a la pròpia aparença o publicitat material del pas entre les finques del mateix amo (S TS 1a 20 des. 1965, 21 des. 1970, 30 des. 1975, 29 maig 1979, 21 des.

1990 i 15 març 1993, 11 nov. 1988 i 7/2002 de 17 gen.; i R DGRN de 21 oct. 1980, BOE 11/11/80), ni tan sols de forma diferida al temps de la separació dels dominis d'ambdues finques, a manera de constitució condicionada d'una servitud de propietari (S TS 1a 21 oct. 1976), la qual només es podria escometre de forma voluntària, en territori de dret civil català i al temps que es va produir la separació efectiva del domini (1975), expressament, per acord entre els propietaris d'ambdós immobles, sens perjudici de les conseqüències (art. 566-7 CC) que es pugui reconèixer a les situacions enclavament de les finques sense sortida pròpia a la via pública.

Per tot això, és procedent l'estimació dels dos primers motius del recurs.

Cinquè. Com a conseqüència de l'estimació dels dos primers motius, no és procedent l'examen del tercer motiu, que, en la mesura que al·ludeix a una *ratio decidendi* alternativa de la Sentència objecte de recurs, només es pot considerar subsidiari dels dos anteriors.

Sisè. Com a conseqüència de l'estimació del recurs de cassació, de conformitat amb el que disposa l'art. 398 i concordants LEC, no és procedent realitzar cap pronunciament en matèria de les costes del recurs, sinó tan sols de les de la primera instància.

Decisió

1. **ESTIMEM** el recurs de cassació interposat pel procurador dels tribunals Sr. Antonio M. de Anzizu Furest en interès d'INMOBILIARIA SARASATE SA., contra la Sentència dictada en 15 de febrer de 2008 per la Secció 14a de l'Audiència Provincial de Barcelona (el seu rotllo núm. 242/07), i, en conseqüència,

2. **CASSEM** la Sentència indicada i, en el seu lloc

3. **DECLAREM**: a) que la finca registral núm. 3019 del Registre de la Propietat número 1 de Barcelona està lliure de tota servitud voluntària de pas que limiti el seu domini en favor de la finca registral núm. 1627 del mateix Registre, propietat d'HOTEL RITZ DE BARCELONA SA; b) la suspensió del fet de pas o accés concedit a la demandada en judici possessori per la porta principal de la finca propietat d'INMOBILIARIA SARASATE SA, així com pel vestíbul o salons d'aquest Hotel, i condemnem la demandada a abstenir-se de forma absoluta de qualsevol intromissió o pertorbació per aquest motiu del dret de propietat d'INMOBILIARIA SARASATE SA, i c) imposem les costes de la primera instància a la demandada, HOTEL RITZ DE BARCELONA SA.

No és procedent realitzar cap pronunciament en matèria de les costes d'aquest recurs.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts personades i remeteu-ne un testimoniatge el rotllo i les actuacions a la Secció 14a de l'Audiència Provincial de Barcelona (el seu rotllo núm. 242/07).

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

PUBLICACIÓ. La sentència ha estat signada per tots els magistrats que l'han dictat i publicada de conformitat amb la Constitució i les Lleis. En dono fe.