

Derecho transitorio sobre la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas en el Código civil español

DIEGO ESPIN CANOVAS

Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Salamanca

SUMARIO: 1. Precedentes sobre la adquisición por prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas.—2. La prohibición de usucapión de servidumbres discontinuas o no aparentes en el Código civil español y la norma transitoria del artículo 1.939.—3. Carácter general de la norma transitoria del artículo 1.939 y carácter especial de la norma prohibitiva del artículo 539.—4. Interpretación del artículo 1.939 mediante la integración de las dos proposiciones que contiene: su aplicación a la prescripción mediante plazo legal y su inaplicación a la prescripción inmemorial.—5. Interpretación del artículo 1.939 en relación con la 1.^a Disposición Transitoria: el respeto a los derechos adquiridos y el carácter excepcional de la norma transitoria del artículo 1.939.—6. Interpretación comparativa del artículo 1.939 con el artículo 2.281 del Código civil francés.—7. Interpretación jurisprudencial del artículo 1.939. Su evolución.

I. PRECEDENTES SOBRE LA ADQUISICIÓN POR PRESCRIPCIÓN INMEMORIAL DE SERVIDUMBRES DISCONTINUAS

En el Derecho español anterior al Código civil se reconocía la posibilidad de usucapir las servidumbres discontinuas por la prescripción inmemorial. Al contrario que las servidumbres continuas, que se prescribían por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, las discontinuas sólo se podían prescribir por la prescripción inmemorial. Así lo disponían las Partidas, que con referencia a las discontinuas ordenan que «tales servidumbres no se podrían ganar por el tiempo sobredicho: ante dezimos que quien las quisiere aver por esta razón, ha menester que haya usado dellas, ellos o aquellos de quien las ovieron, tanto tiempo de que no se puedan acordar los omes quanto ha que lo comenzaron a usar» (3, 31, 15).

Esta doctrina, descansaba sobre la distinción forjada en el De-

recho común entre servidumbres continuas y discontinuas, que aceptada por nuestras leyes de Partidas y en Francia por el Código civil, pasaria a través de su influjo a numerosos Códigos civiles, entre ellos el nuestro (art. 532).

De esta forma el criterio del Derecho español, era, de una parte, la diversa regulación de la adquisición por usucapión de las servidumbres continuas y discontinuas, ya que sólo se adquirirían por la posesión de diez o veinte años, las primeras, y de otra, la posibilidad de la prescripción inmemorial de las segundas.

Frente a este criterio el Proyecto de Código civil español de 1851, siguiendo la pauta marcada por el Código francés, introdujo una modificación esencial, al prohibir la adquisición por usucapión de las servidumbres discontinuas y las continuas no aparentes: «las servidumbres continuas, no aparentes, y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título» (art. 538). Este precepto marcaba la prohibición de la usucapión de estas servidumbres, como se deduce de su comparación con el inmediato anterior según el cual «las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de título o de posesión, con arreglo a lo determinado en el título XXIV, libro III de este Código» (art. 537).

Si las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por título o posesión, y las discontinuas y continuas no aparentes, sólo en virtud de título, parece indudable que se prohíbe la usucapión de éstas.

El fundamento con que explicaba el diverso régimen legal García Goyena era «que las servidumbres continuas y aparentes pueden ser reprimidas a cada momento por el propietario, que no puede ignorarlas; si no lo hace así hay culpa o negligencia de su parte, y justo es que corra contra él la prescripción. Pero el propietario puede no apercibirse de las discontinuas, que no se usan sino por actos de largos intervalos, y frecuentemente equívocos, que puede él haber permitido por simple tolerancia o complacencia; no hay, pues, en este caso la culpa o descuido que en el anterior».

Y para evitar toda posible duda en relación con la prescripción inmemorial, añade García Goyena, refiriéndose a las continuas no aparentes y discontinuas, que éstas se adquirirán, «en virtud de título: de modo que no bastará la posesión inmemorial, ni como tan variamente la han entendido hasta ahora los intérpretes, ni como para ciertos casos la han regularizado nuestras leyes... Subsistirán sin embargo, las servidumbres continuas o discontinuas adquiridas anteriormente, con arreglo a las leyes 15 y 16, título 31, Partida 3» (1).

(1) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, I, Madrid, 1852, p. 464.

El Proyecto de 1851, seguía fielmente el Código francés, según el cual, «las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por título o por la posesión de treinta años» (art. 690); mientras que «las servidumbres continuas no aparentes, y las servidumbres discontinuas, aparentes o no aparentes, no pueden establecerse más que por título. La posesión aunque sea inmemorial no basta para establecerlas, sin que, no obstante, se puedan hoy impugnar las servidumbres de esta naturaleza ya adquiridas por la posesión en las regiones donde podían adquirirse de este modo» (art. 691).

De los anteriores preceptos el Proyecto de 1851, suprimió el segundo apartado del artículo 691, que contenía la referencia a la posesión inmemorial y una norma de Derecho transitorio manteniendo la usucapión ganada conforme al Derecho anterior por la posesión inmemorial.

El Código italiano de 1865 reprodujo con ligeras variantes las citadas disposiciones del Código francés: «las servidumbres continuas y aparentes se establecen por virtud de un título o por la prescripción de treinta años o por la destinación del padre de familia» (art. 629); por el contrario, «las servidumbres continuas no aparentes y las servidumbres discontinuas, sean o no aparentes, no pueden establecerse sino mediante título. La posesión, aun siendo inmemorial no basta para establecerla» (art. 630).

También el Código portugués sobre la base de la distinción entre servidumbres continuas y discontinuas estableció la misma prohibición de adquirir por usucapión las segundas, disponiendo en su primitiva redacción, hoy modificada, que «las servidumbres continuas aparentes, pueden ser constituidas por cualquiera de los modos de adquirir declarados en el presente Código» (art. 2.272) y que «las servidumbres continuas no aparentes, y las discontinuas, aparentes o no aparentes, también pueden ser adquiridas por cualquier modo excepto por la prescripción. La disposición de este artículo no perjudicará las servidumbres adquiridas anteriormente a la promulgación de este Código conforme al uso o costumbre del país» (art. 2.273) (2).

Otros Códigos latinos siguieron asimismo el criterio prohibitivo de la usucapión de las servidumbres discontinuas y de las continuas no aparentes.

Este criterio prohibitivo ha sido justificado alegando que la usucapión exige que la posesión sea continua y pública (art. 2.229, Código francés y equivalentes), por lo que es congruente la imposibilidad de usucapión de servidumbres en que no se dan dichos requisitos, por faltar, bien la continuidad, bien la apariencia. También se alega como justificación de la prohibición el carácter pre-

(2) La redacción actual del Código portugués, según Decreto de 16 de diciembre de 1930, establece que «las servidumbres aparentes, continuas o discontinuas pueden ser constituidas por cualquier modo de adquirir declarado, en el presente Código» (art. 2.272) y que «las servidumbres no aparentes también pueden ser constituidas por cualquier modo, excepto por prescripción» (art. 2.273).

cario, de mera tolerancia que se presume pueda existir en las servidumbres discontinuas y no aparentes, por lo que la prohibición trata de evitar que actos meramente tolerados se puedan transformar en adquisición de derechos (3).

La cuestión ha dado lugar, sin embargo, a controversia doctrinal, sobre la justificación de la prohibición y de su formulación, tema que ha tenido, como veremos, también repercusión en nuestra doctrina.

2. LA PROHIBICIÓN DE USUCAPIÓN DE SERVIDUMBRES DISCONTINUAS O NO APARENTES EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y LA NORMA TRANSITORIA DEL ARTÍCULO 1.939

El Código civil español, siguiendo al Proyecto de 1851 y por tanto al Código francés, siguió el expuesto criterio prohibitivo disponiendo que «las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por virtud de título, o por la prescripción de veinte años» (artículo 537), mientras que «las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título» (art. 539).

Sobre estos textos y con las influencia de los correlativos de los Códigos extranjeros ya mencionados, que les sirvieron de precedente, la doctrina española, interpreta comúnmente que dichos textos significan para las servidumbres continuas y aparentes el establecimiento de un plazo especial de prescripción, que excluye la posibilidad de su usucapión por virtud del plazo de diez años, con justo título y buena fe; y respecto a las discontinuas y continuas no aparentes, la prohibición de su prescripción inmemorial, como tenía lugar conforme a la legislación de Partidas citada anteriormente, que resultaría así derogada (4).

Frente a la común doctrina, se han expuesto algunas aisladas opiniones que propugnan la posibilidad de la usucapión de diez años con justo título y buena fe para las servidumbres continuas y aparentes (5) o bien la existencia en nuestro Derecho vigente de la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas conforme al Derecho histórico español (6).

La jurisprudencia afirma abiertamente que en virtud de la norma contenida en el artículo 539 no es posible, después de la vigencia

(3) V. ESPÍN: *Manual de Derecho civil español*, II, 2.^a ed., Madrid, 1960, pág. 308; también la indicada opinión de GARCÍA GONZALEZ.

(4) CASTÁN: *Derecho civil*, II, 2.^a, págs. 87 y 80, 10.^a ed. Madrid, 1965.

(5) LACRUZ: *Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes* (RGJ), 197, 1954, 521 y en «Estudios de Derecho civil», Barcelona, 1958, páginas 37-97.

(6) LUCAS: *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, Universidad de Murcia, 1903, pág. 121.

del Código civil, ganar por la usucapión las servidumbres discontinuas, como es la de paso, sin perjuicio del respeto para las que ya estuviesen constituidas antes de su vigencia.

Así la Sentencia de 11 de noviembre de 1954 declaró que «la servidumbre real de paso de conformidad con lo establecido en el artículo 532 del Código civil es una servidumbre discontinua y esta clase de servidumbres, sean o no aparentes, sólo pueden adquirirse por virtud de título desde la vigencia del Código civil, que así lo previene en su artículo 539».

Igualmente se rechaza por la jurisprudencia la existencia de una servidumbre de paso, porque la sentencia recurrida «al señalar, como hecho cierto de uso de la servidumbre real y positivo, como consecuencia de la prueba practicada, una fecha posterior a la vigencia del Código civil, hace inaplicable su primera disposición transitoria, lo que implica a su vez la infracción por falta de aplicación de los artículos 539 y 540 del repetido Código, respecto de la necesidad de título para adquirir las servidumbres discontinuas o de suplir éste por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por una sentencia firme, tratada en este caso de obtener, haciendo supuesto de la cuestión a resolver (Sentencia de 13 de diciembre de 1955).

Nuevamente reitera el mismo criterio el Tribunal Supremo resolviendo que la servidumbre de paso a que se refería la cuestión litigiosa, «por ser de naturaleza discontinua no podía ganarse por prescripción» (Sentencia de 13 de octubre de 1961).

Por el contrario, cuando a la vigencia del Código se venía disfrutando la servidumbre de paso, por tiempo inmemorial, la jurisprudencia reconoce su existencia legal porque «se rige por la ley de Partidas que regula su adquisición por el transcurso de tiempo inmemorial» (Sentencia de 15 de febrero de 1963).

Cuestión más debatida por nuestra doctrina es la de la justificación del criterio prohibitivo de la usucapión de las servidumbres discontinuas, pues se muestra entre nosotros también la preocupación general que en el Derecho francés y los que siguen su orientación, existe sobre dicha prohibición (7).

Dejando este aspecto del régimen legal positivo de la usucapión de servidumbres y partiendo del criterio comúnmente aceptado de que dicho régimen implica verdadera prohibición para las discontinuas o no aparentes, vamos a estudiar una cuestión de nuestro Derecho transitorio originada por la norma contenida en el artículo 1939 del Código civil.

Nuestro Código civil, si bien prohibió en los artículos 539 y 540 la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas, derogando así lo dispuesto en la Ley 15, título 31 de la partida 3.^a, como régimen de Derecho intertemporal la primera de las dispo-

(7) Espín: *Manual cit.*, II, 2.^a ed. Madrid, 1960, pág. 308.

siciones transitorias del citado Código, mantuvo la legislación anterior para los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca. La aplicación de esta Disposición Transitoria a las servidumbres discontinuas, como es la de paso, implica la válida constitución de aquellas servidumbres *adquiridas* conforme a la legislación anterior por prescripción inmemorial, es decir, aquellas cuya adquisición se hubiese verificado ya en el momento de la promulgación del Código civil.

La doctrina expuesta, que resuelve las cuestiones de Derecho transitorio respecto a las servidumbres discontinuas, no sufre alteración alguna por consecuencia de lo dispuesto en el artículo 1.939 de nuestro Código civil, cuyo precepto en su parte primera ordena que «la prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo», por la especial naturaleza de la prescripción inmemorial.

Efectivamente, el artículo 1.939, que contempla en su citada primera parte la hipótesis de una prescripción iniciada antes del Código y terminada después, significa una excepción a la Disposición Transitoria 1.^ª ya citada, pues según ésta, si la prescripción no hubiese sido consumada totalmente conforme a la legislación anterior debería aplicarse el régimen del Código civil; por el contrario, el citado artículo 1.939 permite la pervivencia de la legislación anterior en materia de prescripción, en aquellos casos en que al menos se haya iniciado su transcurso antes de la publicación del Código.

Pero si, en general, el artículo 1.939 implica una excepción en materia de prescripción, a la Disposición Transitoria 1.^ª, dicha excepción resulta inaplicable en materia de servidumbres discontinuas por consecuencia de la naturaleza específica de la prescripción de las mismas conforme a la legislación anterior, representada por la Ley 15, título 31, partida 3.^ª, según la cual se adquieren las servidumbres discontinuas por la prescripción inmemorial. Esta imposibilidad de aplicar el artículo 1.939 a la prescripción inmemorial se deduce del propio concepto de esta especie de prescripción, que no es otro, como expresa la citada ley de Partidas, sino aquel cuyo origen no consta por haberse perdido la memoria del mismo, ya que cuando empiecen a ser inmemoriales los hechos a que se refiera una posible prescripción se habrá consumado la adquisición de la misma. Es decir, que así como en la prescripción por el plazo de tiempo fijado por la ley, cabe hablar del principio y fin del tracto prescriptivo, cuya cronología ha de ser conocida necesariamente para poder realizar su cómputo, por el contrario, en la prescripción inmemorial, a efectos legales, no cabe computar su inicio, sino tan sólo su consumación derivada de la existencia de un uso cuyo origen es tan remoto que no pueda recordarse, pues si cons-

tase el principio del mismo no podría hablarse de prescripción inmemorial.

Aplicado el concepto de la prescripción inmemorial al artículo 1.939 resultaría que como dicha prescripción inmemorial, tendría que serlo ya a la publicación del Código, sería innecesario recurrir a este precepto para acogerse a la legislación anterior, puesto que existente la posesión inmemorial de una servidumbre discontinua se habría adquirido el derecho a ella conforme a la Transitoria 1.ª.

Contra la posibilidad de la prescripción inmemorial de servidumbres discontinuas por virtud de hechos posesorios, *includos* antes del Código, pero sin que a su publicación se pudiese hablar de su inmemorialidad, creemos pueden alegarse importantes razonamientos que cierran la posibilidad indicada.

Justificada o no la norma vigente sobre imprescriptibilidad de servidumbres discontinuas o no aparentes, limitamos nuestro estudio al indicado problema de Derecho transitorio, lo que nos parece de interés no sólo teórico sino práctico, dada la existencia de litigios sobre el punto planteado, en relación, sobre todo, con la servidumbre de paso, legalmente considerada como discontinua (8).

3. CARÁCTER GENERAL DE LA NORMA TRANSITORIA DEL ARTÍCULO 1.939 Y CARÁCTER ESPECIAL DE LA NORMA PROHIBITIVA DEL ARTÍCULO 539

El artículo 1.939 por su colocación en el Código es una norma de aplicación general a las dos clases de prescripción, adquisitiva y extintiva, ya que está comprendida en el capítulo I del título dedicado a la prescripción, que contiene las «Disposiciones generales» sobre la misma.

Este emplazamiento del citado artículo requiere, como todas las restantes normas del citado capítulo, una labor de interpretación para coordinarlo en cada caso con la clase de prescripción de que se trate e incluso con el derecho cuya prescripción se pretenda. Prescindimos aquí de su adaptación a la prescripción extintiva (9), limitándonos a la usucapión y aun dentro de la órbita de ésta, ceñimos también la atención al supuesto que nos ocupa de las servidumbres discontinuas.

Según el artículo 1.938 de nuestro Código civil «las disposiciones del presente título se entienden sin perjuicio de lo que en este Código o en leyes especiales se establezca respecto a determinados casos de prescripción». Pues bien, dentro del referido título regulador de la prescripción, y precisamente a continuación, se encuentra la norma transitoria que examinamos, que por conse-

(8) En algún supuesto muy especial admite pueda conceptuarse como servidumbre continua: LUCAS: *La servidumbre predial de paso cit.*, pág. 32.

(9) Sobre la aplicación del artículo 1.939 a la prescripción extintiva, Díez-PICAZO: *La prescripción*, Barcelona, 1964, págs. 245-246.

cuencia de lo dispuesto en el artículo 1.938 debe de ceder en caso de conflicto frente a otras normas dictadas por el Código, o en leyes especiales respecto a «determinados casos de prescripción».

Ahora bien, la prescripción de las servidumbres ha sido regulada por el Código fuera del título de la prescripción, y dentro del dedicado a las servidumbres (arts. 530-604), por lo que los preceptos de este título serán de preferente aplicación sobre los de aquél.

Y además de esa preferencia general, en el caso que nos ocupa, el Código contiene normas especiales de carácter restrictivo al prohibir la usucapión de las servidumbres discontinuas y de las no aparentes (art. 539), precepto prohibitivo que es recordado expresamente en el título de la prescripción, al exceptuar de las normas generales sobre la usucapión de derechos reales sobre inmuebles por la prescripción de treinta años sin título ni buena fe, el caso de aquellas servidumbres. En efecto, dicha prescripción trentenal, sin título ni buena fe y sin distinción entre presentes y ausentes tendrá lugar «salvo la excepción determinada en el artículo 539» (art. 1.959).

La colocación del artículo 1.939, que contiene una norma de Derecho transitorio, fuera del emplazamiento de las mismas al final del articulado del Código, según la edición corregida del mismo (10), da un carácter muy restringido al precepto, que parece inaplicable a los casos especiales de prescripción, como acontece con la de las servidumbres, que se rige por un plazo especial de veinte años (art. 537) y que contiene una importante restricción para una determinada clase de las mismas (art. 539).

4. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1.939 MEDIANTE LA INTEGRACIÓN DE LAS DOS PROPOSICIONES QUE CONTIENE: SU APLICACIÓN A LA PRESCRIPCIÓN MEDIANTE PLAZO LEGAL Y SU INAPLICACIÓN A LA PRESCRIPCIÓN INMEMORIAL

El artículo 1.939 se refiere íntegramente a la prescripción por un plazo cierto, no guardando ninguna relación con la prescripción inmemorial. No es lícito, en efecto, descomponer el citado precepto en las dos proposiciones contenidas en el mismo, aislándolas de tal suerte que en la exégesis de la primera parte se prescindiera de la segunda, la cual, por la locución que emplea en su inicio («pero sí...»), está literalmente enlazada con la anterior formando una sola norma; y como dicha segunda parte se refiere a la prescripción por tiempo determinado, es forzoso deducir que también la primera proposición alude a dicha prescripción.

Si del sentido literal pasamos ahora al intrínseco, confirmaremos tal interpretación expuesta, al observar que la hipótesis que

(10) Espín: *Manual cit.*, vol. I, 2.ª ed., pág. 125.

preocupa al legislador se refiere a la diversa duración del plazo legal fijado por la ley antigua y por la nueva, queriendo favorecer al prescribiente en la prescripción adquisitiva, por lo que se producirán con el juego de este precepto las siguientes soluciones: si la ley antigua concede un plazo más corto, bastará que se haya iniciado bajo su imperio para que se rija por aquélla (primera parte del art. 1.939); si, por el contrario, es la nueva ley la que concede el plazo más corto, se regirá la prescripción por el Código, siempre que transcurra el plazo exigido por éste (segunda parte del art. 1.939).

Es, por tanto, un precepto que atañe tan sólo a la prescripción por plazos fijados en la Ley y no puede en modo alguno jugar su segunda parte respecto a la prescripción inmemorial, sin que se pueda desligar tampoco de esta segunda parte la primera, como no sea realizando una verdadera violencia en la exégesis del precepto.

En efecto, si tratamos de poner en relación el artículo 1.939 con la prescripción inmemorial, fácil será observar la inadecuación de ésta a aquél, ya que exige imperativamente dicho precepto el ver si en cada caso es aplicable su segunda parte, de la que no se puede prescindir. ¿Y qué sentido puede tener hablar del transcurso de «todo el tiempo en el Código exigido para la prescripción», en relación con la prescripción inmemorial (sin plazo legal), que está rechazada en el Código en virtud de lo dispuesto en los artículos 539 y 540? Ni la letra, ni el espíritu del artículo 1.939, íntegramente considerado, consienten su aplicación a dicha prescripción inmemorial.

5. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1.939 EN RELACIÓN CON LA 1.^a DISPOSICIÓN TRANSITORIA: EL RESPETO A LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA NORMA TRANSITORIA DEL ARTÍCULO 1.939

Todavía en el examen del artículo 1.939 hemos de realizar su interpretación desde el punto de vista de su conjugación con la primera disposición transitoria del mismo Código. En ésta se respetan los *derechos nacidos* de hechos realizados bajo el régimen de la Legislación anterior, disposición concordante con la declaración general que encabeza las disposiciones transitorias al decir que «las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen *derechos adquiridos* según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo».

Lo que el Código respeta, son, pues, los derechos adquiridos o nacidos conforme a la legislación anterior. Y no cabe duda de que en ninguna de estas situaciones se encuentra la prescripción

comenzada y aún no terminada. En efecto, veamos cómo ha interpretado la doctrina más autorizada esta regla primera de las disposiciones transitorias.

Sánchez Román distingue entre derechos nacidos de hechos realizados antes de la promulgación del Código y derechos nacidos de hechos realizados después de estar éste en vigor (aparte la hipótesis de los derechos declarados por primera vez en el Código), afirmando que así como en los primeros se aplica la legislación anterior, los segundos se regirán por el Código (11).

Castro formula un importante esquema de los principios básicos que informan las trece disposiciones transitorias del Código, considerando que «se aplica la legislación anterior al Código respecto de: ... c) los derechos subjetivos, que, según aquella legislación hayan nacido y sean perfectos (regla 1.^a)»; y que «se aplican las disposiciones del Código respecto al significado de: ... c) los derechos subjetivos que durante la vigencia de la legislación anterior al Código no llegaron a nacer o quedaron en simples esperanzas, aunque durante aquélla se dieran algunos de los hechos de que dependían sus nacimientos respectivos (regla 1.^a)» (12).

Y al estudiar la aplicación de estos principios básicos, añade Castro que «cuando se trata de hechos o actos que requieren para su eficacia que se den una serie de requisitos sucesivos, sólo cuando todos existan está completo el hecho o el acto; por ello, al hablar la Ley de hecho o actos hay que entender que se refiere a los realizados por completo bajo la vigencia de la legislación anterior»; destacando a continuación el carácter excepcional del artículo 1.939 del Código civil respecto al valor dado en este precepto a la prescripción meramente comenzada (13).

Castán afirma que «el pensamiento capital de esta regla es atender a la fecha de originación del derecho (o, lo que es igual, a la fecha del hecho que lo ha producido) para determinar la legislación que le es aplicable» (14).

Resalta claramente en la doctrina expuesta que el significado del respeto a la legislación anterior alcanza tan sólo a los derechos adquiridos, o empleando la fórmula de la primera de las disposiciones transitorias, a los «derechos nacidos de hechos realizados bajo su régimen». Es importante resaltar que conforme a esta regla la

(11) Puede verse su cita en CASTÁN: *Derecho civil*, I, 1.^a, 466, 10.^a ed., Madrid, 1961.

(12) CASTRO: *Derecho civil*, I, 656, 2.^a ed., Madrid, 1949.

(13) CASTRO, I, 656.

(14) CASTÁN, I, 1.^a, 465-466, 10.^a ed., Madrid, 1961. Con especial referencia a las servidumbres discontinuas, indica CASTÁN que las «adquiridas por prescripción inmemorial bajo el régimen de la legislación antigua, han de ser respetadas aún después del Código, conforme a la Disposición Transitoria primera» (II, 2.^a 88, nota 1, 10.^a ed., Madrid, 1965). Como se ve, la referencia es clara a las servidumbres *adquiridas*; y, también más adelante la crítica de CASTÁN a S. de 7 de enero de 1920 (*infra* 7. Interpretación jurisprudencial del artículo 1.939. Su evolución.)

aplicación del derecho anterior no puede alcanzar a los derechos nacidos de hechos realizados con posterioridad al Código, íntegramente o parcialmente, pues sólo si han sido íntegramente realizados con anterioridad se podrá aplicar la legislación anterior. Como decía García Goyena, la prescripción no consumada aún, no puede decirse que sea un derecho adquirido «sino una esperanza, cuyo cumplimiento pende aún de muchas eventualidades» (15).

Frente a esta regla y la clara delimitación del ámbito temporal de ambas legislaciones, que de la misma resulta, se comprende el carácter fuertemente excepcional de la prescripción sólo comenzada, como fundamento para aplicar el derecho anterior en virtud del artículo 1.939. Este carácter excepcional, no permite su aplicación extensiva más allá del estricto supuesto legal, que como ya hemos puesto de relieve es sólo el de la prescripción por plazo fijado en la Ley, no el de la prescripción inmemorial.

6. INTERPRETACIÓN COMPARATIVA DEL ARTÍCULO 1.939 CON EL ARTÍCULO 2.281 DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

Si analizamos ahora el precepto que sirvió de modelo a nuestro artículo 1.939, llegamos a la misma conclusión. En efecto, este artículo está tomado del 2.281 del Código francés, casi literalmente copiado por el nuestro.

La doctrina francesa ha interpretado este precepto introduciendo en él una importante restricción, del mayor interés para nuestra tesis. Según Baudry-Lacantinerie y Tissier, «en el caso de que la ley nueva admita la imprescriptibilidad no se podría tener en cuenta la prescripción que ha comenzado a transcurrir bajo el antiguo derecho; en otros términos, para usar las expresiones muy precisas de Aubry y Rau: el principio consignado en el primer párrafo del artículo 2.281 presupone que el derecho o la acción que forman el objeto de una prescripción comenzada bajo la antigua ley, continúa siendo susceptible de prescripción bajo el Código civil» (16).

Esta interpretación se encuentra de acuerdo con los principios más generales acerca de la eficacia de la ley en el tiempo según el Derecho francés. Así Ripert y Boulanger, al explicar la no retroactividad de la ley consagrada en el artículo 2.º del *Code civil*, y el principio de respeto a los derechos adquiridos, aplicado por dicho Código en supuestos particulares y proclamado reiteradamente por la jurisprudencia, se hace cargo de la dificultad resultante cuando la adquisición o extinción de un derecho tiene lugar de un modo sucesivo, y al momento de promulgarse la ley nueva, la adquisición o extinción no se ha realizado todavía, «pero está en curso de rea-

(15) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, etc.*, IV, 333.

(16) *Tratatto di dir. civile. Della prescrizione*, trad. italiana, Milano, 1930, pág. 758, núm. 950. En el mismo sentido se expresan otros autores franceses (v. citas en el lugar indicado, nota 2) y también la jurisprudencia francesa adopta igual criterio.

lización». En cuanto a la prescripción adquisitiva, la solución del Código consiste en que las prescripciones comenzadas en el momento de su promulgación se rigen por la ley antigua señalando la tendencia de los Tribunales a sacar de esta regla «circunstancial» una «regla general», pero en realidad deben hacerse distinciones, según afirman los citados autores, indicando, entre otras, que «la ley nueva debe ser inmediatamente aplicada si se trata de determinar la *prescriptibilidad* del bien o las nuevas *condiciones* de la prescripción»; añadiendo en cuanto al primer supuesto, que «a propósito de la adquisición por la posesión, el artículo 691 no mantiene más que las usucapiones ya *realizadas*» (17).

Y al explicar la adquisición por la usucapión de las servidumbres, de modo más explícito, manifiestan los mismos autores después de exponer la supresión por el Código de la posesión inmemorial, que «no debiendo tener la ley efecto retroactivo, el artículo 691 párrafo 2.º, dispone que las servidumbres, incluso las no continuas y no aparentes, adquiridas bajo el imperio del antiguo derecho, continuarán subsistiendo». Comentan esta disposición del siguiente modo: «esta reserva es muy equitativa, pero la utilidad de esta medida transitoria ha disminuido evidentemente conforme se ha ido alejando de la promulgación del Código civil: no se ve apenas, cómo un propietario podría hoy probar que la prescripción estaba adquirida por sus causantes en 1803. No puede prácticamente tratar más que de invocar la posesión inmemorial. Ahora bien, acabamos de ver que esta posesión no puede fundar una prescripción» (18).

Es decir, que según la doctrina francesa, el artículo 2.281 del Código francés implica que se trate de derecho prescriptible tanto según la ley antigua como la nueva, afectando el cambio legislativo a los requisitos o modalidades exigidos.

7. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 1.939. SU EVOLUCIÓN

La jurisprudencia del Tribunal Supremo muestra una interesante evolución en cuanto a la fecha en que la inmemorialidad del uso de las servidumbres discontinuas ha de existir.

Una primera fase la constituyen las Sentencias de 1.º de enero de 1920 y 22 de octubre de 1955 que sostienen abiertamente la aplicación del artículo 1.939 al supuesto de la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas conforme a la ley de Partidas

(17) RIPERT y BOULANGER: *Traité de droit civil*, I, núm. 291. París, 1956, y nota 2.

(18) RIPERT y BOULANGER, II, núm. 3.152, pág. 1092. París, 1957.

(3, 31, 15) derogada implícitamente por el Código civil (arts. 539 y 540).

Otra nueva fase, que estimamos de plena rectificación de la anterior, la representa la importante Sentencia de 3 de julio de 1961, que interpreta de modo acertado las normas de Derecho transitorio de nuestro Código civil.

Pero entre las no escasas sentencias que han resuelto cuestiones de Derecho transitorio en relación con las servidumbres, hay también un grupo que no aborda el tema que exponemos y que, sin embargo, han sido citadas a veces bien por la propia jurisprudencia (así la Sentencia de 22 de octubre de 1955 cita la de 19 de febrero de 1949), bien por la doctrina (19), como apoyo de la tesis «expansiva» de la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas por aplicación del artículo 1.939.

El puntualizar esta jurisprudencia, discriminando las sentencias que realmente aplican el artículo 1.939 y las que no se plantean la posibilidad de su aplicación o inaplicación, nos parece del mayor interés antes de exponer la jurisprudencia atinente verdaderamente al tema.

A) Entre las sentencias que se citan en apoyo de la tesis de la aplicación del artículo 1.939, primera proposición, y que realmente no afectan al tema, figuran las de 27 de octubre de 1900, 1.º de febrero de 1912, 7 de enero de 1920, 11 de mayo de 1927, 22 de octubre y 13 de diciembre de 1955. Hacemos un sucinto examen de estas sentencias.

La *Sentencia de 27 de octubre de 1900* afirma «que procede aplicar la Legislación anterior al Código civil, de acuerdo con lo prescrito en la primera disposición transitoria del mismo, cuando se trata de un derecho nacido de hechos realizados con anterioridad al mencionado cuerpo legal, aunque éste lo regule de otro modo o no la reconozca, si no hace por primera vez la regulación de tal derecho cual se exige en la última parte de dicha Disposición transitoria».

En esta sentencia no se plantea el problema de la posible aplicación del artículo 1.939, por basarse en uso que ya era inmemorial

(19) Así, LUCAS: *La servidumbre predial de paso*, pág. 113, estima que en el supuesto de ejercicio del paso iniciado con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Código civil, «la cuestión debe decidirse de conformidad con el Derecho anterior al Código, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria primera del mismo, en relación con el inciso primero del artículo 1.939 ... y esta aplicación del Derecho anterior tendrá lugar aun cuando el tiempo total de la prescripción no haya transcurrido en su totalidad antes de entrar en vigor el Código civil. La jurisprudencia es constante en este sentido, y citaremos como ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1900, 1 de febrero de 1912, 7 de enero de 1920, 11 de mayo de 1927 y 19 de noviembre de 1930, que reconocen la aplicación del Derecho derogado a esta materia de adquisición de servidumbres discontinuas por usucapión, cuando el paso se hubiera iniciado con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Código civil».

a la publicación del Código civil, como es lógico dada la fecha de este litigio iniciado en 1898, rociante la publicación del Código.

La *Sentencia de 1.º de febrero de 1912* (Colección legislativa, tomo 123, pág. 356) declara en su primer Considerando que la sentencia recurrida se ajusta rectamente a los dictados de la Disposición transitoria primera del Código civil... «ya también porque acreditado data la servidumbre, cuando menos, desde 1852, no cabe desconocer viene adquirida por la prescripción extraordinaria que admite y estatuye la ley primera título 31 de la partida 3.ª, cuyo precepto aplica acertadamente la sentencia, dado que siendo el derecho de que aquí se trata nacido con mucha anterioridad a la promulgación del Código civil, por la legislación precedente a éste ha de regirse aquél, según dispone la primera citada Disposición transitoria, y tiene repetidamente declarado la Jurisprudencia».

En esta sentencia tampoco se debatió la hipótesis de la prescripción comenzada antes del Código y terminada después de regir el mismo, sino que, por el contrario, se parte como hechos probados de que por lo menos en 1852 estaba acreditada la existencia del derecho de servidumbre (no los actos iniciales del uso, sino la propia servidumbre), por lo que expresamente declara la sentencia que tal *derecho* había nacido con mucha anterioridad al Código (por cierto, que esta parte del primer Considerando de la Sentencia que hemos transcrito no figura en el resumen que en la Colección Legislativa se antepone al texto íntegro de la sentencia, siendo preciso leer dicho Considerando íntegro en el referido texto).

La *Sentencia de 11 de mayo de 1927* (Colección Legislativa, tomo 175, pág. 145), declara en el segundo Considerando (tal y como se extracta antes de la inserción del texto íntegro), «que si la sentencia recurrida establece que los actos fueron realizados antes del Código civil, conforme a la Jurisprudencia y a la Disposición primera transitoria de este cuerpo legal, debe aplicar la Legislación vigente antes de su publicación y tratándose del ejercicio del aprovechamiento de pastos, la Ley 15, título 31 de la partida 3.ª reguladora de la prescripción adquisitiva extraordinaria inmemorial, de las servidumbres discontinuas no «parentes».

Lo discutido en este recurso a través de sus dos únicos motivos, fue tan sólo si el comprador de la finca sobre la que se pretendía la servidumbre conocía o no al realizar su adquisición la existencia del gravamen y si el mismo comprador tenía la consideración de tercero hipotecario, para deducir de allí que no le perjudicaba la posesión no inscrita, problemas ambos, como se ve, que en nada guardan relación con el que ahora examinamos.

La *Sentencia de 19 de noviembre de 1949* declara que «siempre que no se demuestre el error de la Sala de instancia en cuanto a que las servidumbres sobre que se discute derivan de una prescripción inmemorial nacida por tanto con anterioridad al Código civil, desaparecerá la base de aplicación de los preceptos de éste que al efecto se señale, porque como tiene declarado el Tribunal Supremo

(sentencias de 27 de octubre de 1900 y 7 de enero de 1920, entre otras), es de aplicar la Legislación antigua si los hechos de origen de la servidumbre discontinua ocurrieron antes de la publicación del Código civil, conforme a lo ordenado en la primera de las Disposiciones transitorias de dicho cuerpo legal.

Ni se discutió en este pleito la aplicación del artículo 1.939, ni la sentencia comentada alude siquiera a este precepto, y por tanto, dicho fallo no puede servir para fundar la tesis de su aplicación. Al contrario, las afirmaciones de esta sentencia de 19 de noviembre de 1949, se refieren a la aplicación del derecho anterior, cuando se trate de una prescripción inmemorial nacida con anterioridad al Código civil, es decir, existente como tal servidumbre, siendo imposible atribuir a la frase «si los hechos de origen ocurrieron antes de la publicación del Código», la trascendencia de permitir la aplicación del artículo 1.939, cuando ni siquiera se cita este precepto. Y de las dos sentencias citadas en este Considerando ya hemos visto que la de 27 de octubre de 1900 no alude para nada al problema del artículo 1.939.

La *Sentencia de 13 de diciembre de 1955* declara que «al señalar como hecho cierto de uso de la servidumbre, real y positivo, como consecuencia de la prueba practicada, una fecha posterior a la vigencia del Código civil, hace inaplicable su primera Disposición transitoria, lo que implica a su vez infracción por falta de aplicación de los artículos 539 y 540 del repetido Código».

En esta sentencia tampoco se plantea la hipótesis de uso comenzado antes y terminado después del Código, sino que se debate el modo de probar el uso anterior al Código; dice en efecto el mismo Considerando transcrito que el recurso denuncia la infracción de la citada Ley 15 del título 31 de la partida 3.^a y Disposición transitoria primera del Código «toda vez que el Tribunal de instancia parte como hecho de que desde el año 1901 a 1945 se usa de la servidumbre de paso, sin que conste que en fecha anterior y desde el año 1871 no fuera usado, es decir, que funda su apreciación en que no se ha probado el no uso, cuando el supuesto debía ser contrario, de afirmación de un acto positivo, de acuerdo con la indicada Ley de Partidas».

Del examen de esta Jurisprudencia se deduce claramente que no puede servir de fundamento a la aplicación del artículo 1.939 por cuanto no se ha debatido ni hecho pronunciamiento alguno en las sentencias examinadas sobre la procedencia de regirse por el derecho anterior la prescripción inmemorial iniciada antes del Código, pero no existente a la publicación del mismo con ese carácter de inmemorial necesario para originar la adquisición de las servidumbres discontinuas.

B) Vamos ahora a examinar las dos sentencias citadas, de 1.º de enero de 1920 y de 22 de octubre de 1955, que abordan el tema y sostienen la aplicación del artículo 1.939.

En la *Sentencia de 7 de enero de 1920* (Colección Legislativa,

tomo 149, pág. 36 núm. 8), se ocupan los Considerandos 2.º y 3.º de este problema. El Considerando 2.º declara que «siendo la prescripción inmemorial por su propia naturaleza de origen desconocido por lo remoto, y de duración indefinida por depender su terminación de un hecho eventual, como una declaración judicial o como el otorgamiento de un título entre los interesados, es evidente que los hechos posesorios que la generan e integran constituyen una serie continuada, mientras no se interrumpa la posesión natural o civilmente, de donde se deduce que cuando se prueba... la inmemorialidad del uso de las servidumbres discutidas, no cabe distinguir la época anterior ni la posterior al Código, al efecto de considerar no terminada la prescripción hasta después de su publicación por el sólo motivo de haber continuado usándose en las servidumbres con posterioridad, toda vez que 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, por lo cual deben entenderse, según la doctrina sentada en la sentencia de 27 de octubre de 1900, que tratándose de servidumbre de paso adquirida por prescripción inmemorial, procede aplicar la Legislación anterior al Código civil».

La anterior declaración no llega a plantear abiertamente la cuestión que estudiamos, sino la muy diferente de que «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». Pero en el 3.º Considerando se aborda de plano la cuestión manteniéndose la tesis que impugnamos, es decir, la posibilidad de prescribir servidumbres discontinuas que al publicarse el Código no contasen en su ejercicio todavía con el carácter inmemorial siempre que éste resulte más adelante, después de publicado el Código.

Dice, en efecto, el 3.º Considerando que «aun en el supuesto de que la prescripción hubiese tan sólo principiado y no terminado durante la legislación anterior, siempre resultaría que, a tenor del artículo 1.939 del Código civil, la prescripción comenzada antes de su publicación se rige por las leyes anteriores al mismo; y siendo indudable que en el caso de autos había comenzado con anterioridad, necesario es concluir que la Sala al aplicar la Legislación antigua obró acertadamente y no infringió la Disposición transitoria primera del Código y la Ley 15, título 31 de la partida 3.ª».

La *Sentencia de 22 de octubre de 1955* declara en el 2.º Considerando que la sentencia recurrida se basa acertadamente en la Legislación anterior conforme a la Disposición primera transitoria del Código civil «y no cabe duda que el derecho a la servidumbre discutida está nacido bajo la Legislación anterior al Código, pues no es preciso que ese tiempo requerido para la prescripción, estuviere totalmente transcurrido antes de la vigencia del Código, pues, si bien tratándose de una prescripción por un plazo concreto de

duración puede fijarse cuando terminó por el transcurso del plazo desde su origen, no cabe hacer lo mismo cuando es de esencia que ese origen se desconozca, como exige la Ley 15, título, 31 partida 3.^a para la adquisición por el uso de estas servidumbres discontinuas y que por ser de duración indefinida no puede reputarse que hayan terminado en una época determinada, antes o después del Código... y es aprovechable para ella todo el tiempo de su uso, no un número limitado de años, por lo que basta que los hechos de su origen, frase empleada por la sentencia de 19 de noviembre de 1949, concurrieran antes de la publicación del Código según la declaración que hace la sentencia recurrida al decir que los testigos ancianos no tienen noticias personales ni adquiridas por tradición verbal ni de ninguna otra manera del momento en que comenzó la utilización del derecho discutido, lo cual sitúa estos hechos por la edad de los testigos en la época anterior al Código.

Ante todo hay que observar que la cita que la sentencia de 22 de octubre de 1955 hace de la anterior de 19 de noviembre de 1949, es totalmente inoperante, pues, como ya vimos en dicho pleito no se discutió la aplicación del artículo 1.939 que ni siquiera fue invocado en la sentencia; y, además, que la frase citada «hechos de su origen» no tenía en dicho fallo ese significado de prescripción comenzada antes del Código y terminada después, sino que el fallo estimó nacido el derecho de servidumbres antes del Código.

En cuanto a la tesis sustentada en estas dos sentencias es errónea y contraria a preceptos legales ya citados, según la interpretación que ya hemos expuesto. Nuestro criterio se ve confirmado por la más autorizada doctrina. Así, Castán, en comentario dedicado a la sentencia de 7 de enero de 1920 afirma lo siguiente:

«No son convincentes, en opinión nuestra, los razonamientos que el Tribunal Supremo formula en esta sentencia. Dice su Considerando 2.º que cuando se prueba el uso inmemorial de una servidumbre, no cabe distinguir la época anterior ni posterior al Código. Por consiguiente, basta con que no haya memoria, en la época en que se incoa el pleito, del momento en que se comenzó a usar la servidumbre, aunque dicho momento inicial pudiera haber sido recordado en la época de la publicación del Código. No desconocemos que prácticamente podría ofrecer dificultades la prueba de testigos referida a esa época anterior, cada día más lejana; pero con la teoría del Tribunal Supremo resultará que se admitirán, al amparo de la Legislación derogada, servidumbres discontinuas sin título que habrán empezado a ejercitarse con posterioridad al Código, y quedará quebrantado y derogado de hecho el artículo 539 de este cuerpo legal. Todavía es menos admisible la Doctrina sustentada en el Considerando 3.º, en abierta contradicción con la desarrollada en el anterior. El precepto invocado del artículo 1.939 no puede ser aplicable al uso inmemorial, pues en éste no cabe hablar de prescripción comenzada y no terminada. Si se sabe cuándo comenzó a usarse la servidumbre, si se da por supuesto que la pres-

cripción empezó y no terminó durante la vigencia de la Legislación anterior, ¿hay por ventura uso inmemorial? Parécenos, en conclusión, que ha habido que violentar los textos legales para admitir la servidumbre discontinua objeto del litigio» (20).

Y no es solamente la autoridad de tan ilustre autor la que rechaza la tesis que combatimos; también ha sido impugnada la misma, con referencia igualmente a la citada sentencia de 7 de enero de 1920, por el Magistrado Murias Travieso en interesante trabajo (21), quien asintiendo al comentario ya transcrito de Castán, afirma por su parte: «Ciertamente. La Disposición transitoria 1.^a del Código civil (párrafo 1.^o), se remite a la Legislación anterior para que determine cuáles son los derechos nacidos de hechos realizados bajo su régimen; y de sus términos parece deducirse que la servidumbre sólo se origina cuando la posesión fuese ya inmemorial al empezar a regir el Código. Por otra parte, la posesión inmemorial tuvo un origen que, aunque hoy no se recuerda, es posible que se recordase antes de 1889; y, si así fuera, podrá acaecer que una servidumbre discontinua no pudiera adquirirse durante el derecho anterior que admitía la prescripción inmemorial, porque en aquella fecha el uso no era inmemorial, y, sin embargo, que se pueda adquirir hoy, a pesar de que la inmemorialidad se produjo, rigiendo el Código, el cual no admite dicha prescripción».

C) Con posterioridad a las sentencias de 1.^o de enero de 1920 y 22 de octubre de 1955, el Tribunal Supremo ha abordado nuevamente el tema que nos ocupa y aunque no de un modo directo y absoluto, parece iniciar con la Sentencia de 3 de julio de 1961, una rectificación a la tesis de las anteriores sentencias, orientándose hacia la no aplicación del artículo 1.939 a la prescripción inmemorial de servidumbres discontinuas, exigiendo en cambio, conforme a la Disposición Transitoria 1.^a del Código que la inmemorialidad se haya «causado antes de la vigencia» de dicho Código.

En efecto, esta importante sentencia de 3 de julio de 1961, sienta la siguiente doctrina:

a) Los artículos 539, 540, 1.959, 1.939 y Disposición transitoria primera del Código civil, «si bien ordenan que a partir de la entrada en vigor del Código civil, las servidumbres discontinuas —como es la de paso— sólo pueden adquirirse en virtud de título, no impiden, sin embargo, que los derechos que han nacido al amparo de la legislación anterior, continúen rigiéndose por ella, aunque el Código no los reconozca o los regule de otro modo, como claramente se previene en la Disposición transitoria 1.^a de dicho Código; de donde se infiere que si se reputa adquirida la servidumbre litigiosa por prescripción inmemorial bajo el régimen de la legislación

(20) CASTÁN: *Comentario a S. 7 de enero de 1920* («Revista de Derecho privado», XII, 1920, 237).

(21) MURIAS: *Notas sobre la prescripción inmemorial* («Rev. Gen. de Leg. y Juris.», t. 183, 1948, 306).

antigua, y ello lo deduce la Sala sentenciadora de la prueba practicada apreciada en su conjunto y con sujeción a las reglas de la sana crítica, no se infringe ninguno de aquellos preceptos del Código civil, si se la respeta después de la entrada en vigor de él, pues tales preceptos se aplican debidamente y se interpretan con acierto, dándoles el alcance que el legislador quiso darles, como reiteradamente viene declarando esta Sala» (*Considerando 3.º*).

b) «Habiendo afirmado la sentencia recurrida, que en el caso de autos concurría la prescripción inmemorial en provecho del demandante a través de sus antecesores en la titularidad del predio dominante y por virtud del fenómeno de la accesión de posesiones, da por probada esa inmemorialidad, y, consiguientemente, la frase —poco afortunada— que más adelante emplea para reforzar el sentido de esa apreciación, diciendo «que, por lo menos se inició con anterioridad a la entrada en vigor del Código civil», quiere indicar que tal inmemorialidad ya se había causado antes de la vigencia de aquel Cuerpo legal, puesto que la inmemorialidad no es susceptible de dividirse en dos periodos, ni mucho menos, de determinación de un punto inicial o de arranque, que es incompatible con ella» (*Considerando 4.º*).

c) «Tampoco se puede alegar como motivo de casación, que la sentencia recurrida, al citar en su apoyo la tesis establecida en las sentencias de 19 de noviembre de 1949 y 22 de octubre de 1955, infringe la doctrina legal, pues al contrario, si se acomoda a aquéllas, no las contradice, siendo de destacar a este respecto, que la sentencia recurrida no se apoya principal y únicamente en aquellas otras dos, sino que se funda en la doctrina legal que proclama la subsistencia de las servidumbres de paso que se adquirieron por prescripción inmemorial antes de la entrada en vigor del Código civil, que es lo que ocurrió en el caso de autos» (*Considerando 5.º*).

En cuanto a los hechos debatidos, el Tribunal Supremo ateniéndose a las declaraciones de la Sala de instancia, estima que la servidumbre de paso era ya inmemorial a la promulgación del Código civil; por ello, su doctrina es plenamente correcta al afirmar reiteradamente que la admisibilidad de la usucapión de tal servidumbre depende de que se reputé «adquirida la servidumbre litigiosa por prescripción inmemorial bajo el régimen de la legislación antigua» (*Considerando 3.º*), que «tal inmemorialidad ya se había causado antes de la vigencia» del Código civil (*Considerando 4.º*) y «la subsistencia de las servidumbres de paso que se adquirieron por prescripción inmemorial antes de la entrada en vigor del Código civil» (*Considerando 5.º*).

La coherente doctrina de esta sentencia se basa, pues, en la reiterada afirmación de que el respeto de las servidumbres discontinuas adquiridas por prescripción inmemorial, a que obliga la Disposición transitoria 1.ª, se refiere precisamente a aquéllas «cuya inmemorialidad ya se había causado», con palabras de la misma sentencia, a la vigencia del Código civil.

Interesa subrayar que precisamente en el caso de autos se debatió como cuestión de hecho si la *inmemorialidad* de la servidumbre databa ya de la fecha anterior al Código o sólo con posterioridad. Por ello, en perfecta congruencia con la tesis debatida de si sería aplicable el artículo 1.939, el Tribunal Supremo aún sin rechazar de modo expreso su aplicación, lo hace de modo implícito, no sólo por el conjunto de sus declaraciones sino de modo especial por la expresa repulsa de una frase contenida en la sentencia de la Sala de instancia, que al dar por probada esa inmemorialidad, estimó «que, por lo menos, se inició con anterioridad a la entrada en vigor del Código civil». Esta frase es calificada, caso no frecuente, por el Tribunal Supremo como «*poco afortunada*». Y no solamente desautoriza dicha expresión de la sentencia de la Audiencia, sino que para desvirtuar totalmente su literal significado, la interpreta en conexión con el resto de dicha sentencia, en el sentido de que la frase «quiere indicar que tal inmemorialidad no es susceptible de dividirse en dos períodos, ni mucho menos, de determinación de un punto inicial o de arranque, que es incompatible con ella».

Hay a través de la sentencia que comentamos una clara rectificación, a nuestro juicio, de la tesis anteriormente sustentada por el Tribunal Supremo (SS. 1.º enero 1920 y 22 octubre 1955), que permite considerar una orientación nueva en favor de la que nos parece es la correcta interpretación del Código civil en este punto del Derecho transitorio, que como se ve por la perduración de litigios llegados al Tribunal Supremo, tiene todavía aplicación actual, siendo por tanto del máximo interés, a medida que nos alejamos de la fecha de entrada en vigor del Código civil, puntualizar la necesidad de que la inmemorialidad sea anterior a la misma.