



**Trabajo Fin de Grado**

**LA ADQUISICIÓN DE LAS SERVIDUMBRES  
PREDIALES POR PRESCRIPCIÓN:  
ANTECEDENTES Y REGULACIÓN ACTUAL**

*Presentado por:*

**Simona Tsvetanova Tsvetanova**

*Tutor/a:*

**María del Carmen Lázaro Guillamón**

**Grado en Derecho**

Curso académico 2015/16



# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
I. REGULACIÓN ACTUAL .....	7
1. Régimen legal actual de las servidumbres.....	7
1.1. Concepto y características de las servidumbres .....	7
1.2. Tipos de servidumbres prediales .....	9
a. Las servidumbres prediales rústicas y urbanas .....	9
b. Las servidumbres positivas y negativas.....	11
c. Las servidumbres continuas y discontinuas .....	12
d. Las servidumbres aparentes y no aparentes .....	13
1.3. Especial consideración sobre la usucapibilidad de las servidumbres.....	14
1.4. Formas de constitución de las servidumbres. Especial atención a la prescripción adquisitiva de las servidumbres prediales.....	15
1.4.1. La constitución legal .....	16
1.4.2. La constitución voluntaria .....	16
1.4.3. Constitución por destino del padre de familia.....	16
1.4.4. Constitución por prescripción adquisitiva .....	17
II. EL DERECHO ROMANO.....	19
1. Consideraciones sobre la <i>possessio</i> en el Derecho Romano.....	19
1.1. Época preclásica .....	19
1.2. Época clásica.....	20
1.3. Época justiniana .....	21
2. Usucapibilidad de las servidumbres en Derecho Romano .....	22
2.1. La <i>Lex Scribonia</i> .....	22
2.2. La relevancia de la concesión de interdictos.....	23
2.3. <i>Traditio vel patienta servitutis</i> .....	26
2.4. La <i>longi temporis praescriptio</i> .....	27

III. LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE LAS SERVIDUMBRES DISCONTINUAS.....	29
1. La presunción de tolerancia en el uso de las servidumbres discontinuas y no aparentes.....	29
2. La usucapión de la servidumbre predial de paso .....	34
3. La posesión inmemorial de las servidumbres discontinuas y su consideración como prescripción adquisitiva .....	38
CONCLUSIONES .....	41
BIBLIOGRAFÍA.....	43
ABSTRACT .....	44

## INTRODUCCIÓN

La servidumbre predial es un derecho real que otorga, a quien la ostenta, la facultad de gozar de cosa ajena. El objeto de este trabajo no consiste en un análisis completo de la institución de la servidumbre, sino en examinar un sólo supuesto de los diferentes modos de adquisición de las servidumbres: la prescripción adquisitiva también llamada usucapión.

Este modo de constitución ha generado muchas controversias entre la doctrina porque la mayoría de autores sustentan la inusucapibilidad de las servidumbres discontinuas, *iuris et de iure*, que a continuación se pretende desvirtuar a través de un estudio extenso que incluye y toma en consideración a las fuentes romanas.

Las servidumbres cumplen con los requisitos necesarios para que opere la usucapión: son apropiables, es decir, se encuentran *intra commercium*, se someten a la voluntad del que pretende poseerla; es un derecho que permite a su titular gozar de la cosa ajena y ejercitar su contenido de manera estable y duradera porque no se extinguen con su uso, y todo ello se hace con ánimo de poseer, sólo hay que salvar una aparente limitación: son cosas incorpóreas no susceptibles de posesión.

El análisis de la prescripción adquisitiva de las servidumbres parte del método histórico-crítico, a través de una aproximación a las diferentes fuentes jurídicas que se refieren a este negocio constitutivo, tanto en el Derecho actual como en el Derecho Romano.

En este sentido se ha considerado oportuno analizar la evolución de las servidumbres y de la usucapión desde sus orígenes hasta la actualidad y resolver así las controversias suscitadas.

El presente trabajo consta de tres capítulos. En el primero se analizarán las servidumbres, su regulación actual, las características que presentan y todo ello en relación con la adquisición por el transcurso del tiempo porque, como veremos, nuestro Código Civil, admite, en exclusiva, la usucapión de aquellas servidumbres que cumplan los requisitos de continuidad y apariencia.

En el segundo capítulo se desarrolla la evolución de la institución durante las diversas épocas del Derecho Romano. En sus orígenes se consideraba que las servidumbres eran susceptibles de usucapión, pero con la *Lex Scribonia* se prohibió por motivos económicos

que encuentran origen en la gran cantidad de tierras gravadas con servidumbres. Sin embargo, en tiempos de Justiniano se volvió a admitir la prescripción adquisitiva de las *iura in re aliena*.

Por último, en el tercer capítulo resolveremos la problemática suscitada acerca de la usucapibilidad de las servidumbres discontinuas que tantas controversias ha generado. En este sentido parece que la adquisición de las servidumbres discontinuas puede justificarse mediante la tolerancia basada en las relaciones de buena vecindad y familiaridad, cuando tras su revocación, el tolerado sigue transitando, además, de la posibilidad de poseer las servidumbres, tanto continuas como discontinuas, desde tiempo inmemorial.

## I. REGULACIÓN ACTUAL

### 1. Régimen legal actual de las servidumbres

El Código Civil español regula las servidumbres en el Título VII del Libro II bajo la rúbrica “De las servidumbres”, artículos 530 a 604.

La servidumbre es un derecho real sobre cosa ajena y, como tal, se caracteriza porque su titular goza de una facultad sobre una cosa sobre la que no tiene dominio.

#### 1.1. Concepto y características de las servidumbres

El artículo 530 del Código Civil -en adelante CC- define las servidumbres como “un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre se llama predio dominante; el que la sufre, predio sirviente”.

Las servidumbres, para su caracterización, siguen una serie de principios y reglas. DE DIEGO<sup>1</sup> señala que se trata de una relación de inmuebles, es decir, de una base natural sobre la que se constituye la institución de la servidumbre, la cual implica la intervención de personas. Es un derecho subjetivamente real porque la titularidad va adscrita a la de la cosa, es decir, el propietario del fundo dominante será el titular de la servidumbre.

Como establece el CC, las servidumbres son un derecho real. De esta característica se deduce una nota de inmediatividad porque recae sobre la cosa y de absolutividad, ya que se ejerce *erga omnes*. Por regla general impone una conducta al dueño del predio sirviente, meramente pasiva y omisiva, pero también puede exigirle un comportamiento activo<sup>2</sup>. Es decir, el propietario de la cosa gravada puede quedar obligado a permitir o soportar ciertas intromisiones realizadas por quien sea titular de un derecho real sobre su cosa.

---

<sup>1</sup> Citado por DIEZ-PICAZO, A., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 373, quien no alude a la obra utilizada.

<sup>2</sup> Artículo 533 del CC “Las servidumbres son además positivas o negativas. Se llama positiva la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, y negativa la que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre”.

La servidumbre también se caracteriza por recaer sobre cosa ajena *-ius in re aliena-*, por lo tanto, es imposible constituir la servidumbre sobre cosa propia, en cuyo caso, “la servidumbre se extingue por consolidación o reunión en una misma persona de las cualidades de propietario y titular de la servidumbre”<sup>3</sup>. Se aplica el principio *nemine res sua servit iure servitutis*.

La interpretación de la servidumbre es restrictiva. No puede presumirse, sino que su constitución ha de ser probada. Es una limitación del derecho de la propiedad, debido a que la servidumbre sólo existe si reporta ventaja o utilidad para el fundo.

La última característica es la pertinencia de la servidumbre a la finca y su indivisibilidad. Ello implica que no puede constituirse por partes, de modo que si el inmueble pertenece *pro indiviso* a varias personas es necesario que todas ellas presten su consentimiento para la constitución.

PANERO GUTIÉRREZ<sup>4</sup> propone una caracterización de las servidumbres precisada por las fuentes romanas y por diversos intérpretes que se resume de la siguiente manera y que, a nuestro entender, es perfectamente actual:

- Nadie puede tener una servidumbre sobre algo suyo: cuando la propiedad del fundo dominante y sirviente se reúnen en la misma persona se produce una confusión y, por consiguiente, se extingue la servidumbre. Esto es una consecuencia del carácter de la servidumbre como derecho sobre cosa ajena.
- La servidumbre no puede consistir en un hacer: se trata de un derecho real que recae sobre la cosa y no sobre las personas, de modo que, la servidumbre se establece en interés de un inmueble y sólo afecta a las personas instaladas en él de forma indirecta.
- Las servidumbres son indivisibles: no pueden usarse, extinguirse o adquirirse por separado, esto quiere decir que solo tiene sentido por entero y no resulta fraccionable.
- Las servidumbres no están ni en nuestro patrimonio ni fuera de él: la servidumbre es una cualidad del fundo, por lo tanto, no puede separarse de la finca a la que pertenece, además, su dueño tampoco podrá constituir relación jurídica alguna separadamente del fundo.

---

<sup>3</sup> Artículo 546.1º. del Código Civil.

<sup>4</sup> PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, Tirant lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2008, págs. 421 a 424.



- Los predios deben ser vecinos: permite el ejercicio de la servidumbre, pero esto no quiere decir que los predios han de ser contiguos, sino que han de estar situados de tal manera que uno, el dominante, pueda sacar beneficio del otro, el sirviente.
- La servidumbre debe ser útil al fundo: debe constituirse con la finalidad de aportar un beneficio al fundo y no para un interés personal o capricho del dueño del fundo dominante.

En definitiva, MUCIUS SCAEVOLA<sup>5</sup> considera las servidumbres como una carga sobre un inmueble, como una restricción de la libertad del dueño de dicho inmueble. La ley ha de velar por los intereses de los propietarios de los fundos sirvientes, evitando que el gravamen sobre los mismos aumente. Esto conlleva a respetar el *statu quo* determinado por la servidumbre.

## 1.2. Tipos de servidumbres prediales

La principal clasificación de las servidumbres es la que diferencia entre servidumbres prediales rústicas y las prediales urbanas. A parte, existen otras clasificaciones. Cabe destacar las categorías de las servidumbres positivas o negativas reguladas en el artículo 533 del CC; las continuas y discontinuas del artículo 532 del mismo cuerpo legal; y las aparentes y no aparentes recogidas también en el artículo 532.

Esta clasificación tiene mucha relevancia para el estudio del tema que nos ocupa, ya que la categorización de la concreta servidumbre en atención a determinadas circunstancias influirá, como analizaremos, a su prescripción adquisitiva.

### a. Servidumbres prediales rústicas y urbanas

Como se ha comentado la principal clasificación de las servidumbres diferencia entre prediales rústicas y prediales urbanas. Las rústicas son las más primitivas. Se trata de conseguir que los fundos sean más productivos desde el punto de vista agrícola. Entre estas encontramos las servidumbres en materia de paso y en materia de agua. Las de paso

---

<sup>5</sup> MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado*, vol. X, 5ª edición, Madrid, 1947, pág. 460, cit. en GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. "Los límites del derecho de servidumbres y el uso de los elementos accesorios", Díez- Picazo, L. y de León, P. *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Registradores de España, Tomo I, Universidad de Murcia, 2004, pág. 1266.

son aquellas que facultan al titular del predio dominante a atravesar el terreno del predio sirviente para poder acceder a su propio fundo. De éstas, las principales variantes son: *iter*, *actus* y *vía*.

- El *iter* permite al titular del fundo dominante pasar por el fundo sirviente a pie, a caballo o en litera, bien porque el fundo dominante se encuentra rodeado por propiedades privadas que imposibilitan el acceso, o bien porque la entrada por un camino o vía pública dificultase el ingreso en su fundo.
- El *actus* concede un derecho de paso por el fundo sirviente con carros y ganado, pero únicamente cuando sean destinados a labores agrícolas.
- El derecho de *vía* autoriza al titular del fundo dominante pasar por el fundo sirviente, a pie o con carro, pero por un sendero previamente determinado sobre el terreno cuya anchura, a falta de acuerdo, sería de seis pies en línea recta y de ocho pies en trazado curvo.

En cuanto a las servidumbres de agua, son las de extracción de agua y la de conducción de agua<sup>6</sup>. La primera permite al titular del predio dominante pasar al fundo sirviente con el propósito de sacar agua de un manantial que se encuentre en el mismo. La segunda, consiente al titular del predio dominante a realizar sobre el sirviente las obras necesarias para la canalización del agua como medio de transportarla a su fundo.

A estos dos tipos de servidumbres rústicas se añaden otras como las servidumbres en materia de pasto de ganado, comprende a la *servitus pecoris pascendi* la cual da derecho a conducir el ganado a pastar en el fundo sirviente, y la *servitus pecoris ad aquam appulsus* que da derecho a conducir al ganado para beber agua, siempre y cuando se trate de animales que se destinan a la agricultura del fundo dominante; y las que consisten en la extracción de cal, arena o creta, cuando la finalidad perseguida consiste en la utilización de los mismos para la edificación en el predio dominante.

Las servidumbres prediales urbanas se establecen sobre fundos o solares con la finalidad de favorecer las necesidades derivadas de la edificabilidad y la urbanización. Entre éstas se diferencian tres grupos: servidumbres en materia de desagüe o canalización de agua de lluvia; apoyo a la edificación; y las de luces y vistas.

En cuanto a las de desagüe o canalización de agua de lluvia encontramos:

---

<sup>6</sup> *Aque haustus* y *aquae ductus*, respectivamente.

- La *servitus stilicidii* o de vertido de aguas, faculta al dueño de un edificio dentro del predio dominante a verter o dejar caer el agua de la lluvia de su tejado sobre un edificio ajeno.
- La *servitus fluminis* o de vertido de aguas canalizadas que consiste en verter o dejar caer el agua, pero con un caudal mayor, mediante canalizaciones especiales.
- La *servitus cloacae* o desagüe de aguas residuales mediante canales a través del predio sirviente.

En materia de apoyo a la edificación se diferencian:

- La *servitus tigni inmittendi* que permite al dueño del predio dominante, introducir vigas de carga sobre un edificio colindante para poder apoyar la propia construcción.
- La *servitus oneris ferendi* concede el derecho de apoyar la construcción de edificación del predio dominante en la pared de un edificio vecino para así convertirlo en muro de carga.
- La *servitus proiciendi* o servidumbre de proyección, para poder idear los balcones o terrazas de la propia construcción sobre el fundo vecino.

Por último, dentro de la categoría de servidumbres en materia de luces y vistas:

- La *servitus luminum* o derecho de abrir una ventana en la pared común con el edificio vecino.
- La *servitus ne luminibus officiatur*, prohíbe la privación de luces al edificio perteneciente al fundo dominante.
- La *servitus ne prospectui officiatur*, consistente en la imposibilidad de privar al edificio del predio dominante de las vistas.
- La *servitus altius non tolendi*, que implica una prohibición de sobrepasar una altura. El dueño del edificio del predio dominante puede exigir que el edificio en construcción, perteneciente al fundo sirviente, no sobrepase determinada altura con la finalidad de no perjudicar las luces del edificio dominante.

Esta diferenciación, hoy en día, no tiene relevancia alguna en cuanto a la usucapibilidad de las servidumbres.

#### b. Servidumbres positivas y negativas

Se denominan positivas, cuando el contenido de la servidumbre consiste en un hacer, es decir, cuando el dueño del predio dominante tiene derecho a hacer algo, realizar una acción,

en el fundo sirviente. Un ejemplo sería la servidumbre de paso, en ésta el titular de la servidumbre puede hacer uso inmediato del predio sirviente. La utilidad se percibe por una actuación directa que sufre el fundo sirviente.

En cambio, las negativas impiden que el dueño del predio sirviente haga algo en su propio fundo, que de no existir la servidumbre sí podría hacer, por ejemplo, el derecho a impedir que se eleve la edificación más allá de una determinada altura. La utilidad se produce por una abstención por parte del propietario del fundo sirviente.

Esta distinción se hace necesaria en cuanto a su transcendencia en el cómputo de la posesión para su adquisición mediante usucapión conforme lo establecido en el artículo 538 del CC “Para adquirir por prescripción las servidumbres (...), el tiempo de la posesión se contará: en las positivas, desde el día en que el dueño del predio dominante, o el que haya aprovechado la servidumbre, hubiera empezado a ejercerla sobre el predio sirviente; y en las negativas, desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre”.

#### c. Servidumbres continuas y discontinuas

Las servidumbres continuas son aquellas cuyo uso es ininterrumpido en el tiempo, por ejemplo, la servidumbre de conducción de agua, pues se mantiene en todo momento la canalización del agua. Se trata de un uso incesante sin la intervención de ningún hecho del hombre. Se define en el artículo 532<sup>7</sup> del CC. Los actos del hombre destinados a constituir la servidumbre, no afectan a su continuidad, convirtiéndola en discontinua, sino que se trata de un acto formativo, es decir, un acto previo que habilita al posterior ejercicio de la servidumbre, por ejemplo, construir un canal. Tampoco cesan la continuidad los actos del titular encaminados a conservar o reparar la servidumbre. En definitiva, la servidumbre continua se ejercita por sí misma y el goce se recibe directamente del predio sirviente.

---

<sup>7</sup> “Las servidumbres pueden ser continuas o discontinuas, aparentes o no aparentes.

Continuas son aquellas cuyo uso es o puede ser incesante, sin la intervención de ningún hecho del hombre.

Discontinuas son las que se usan a intervalos más o menos largos y dependen de actos del hombre. Aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas.

No aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia.”

En cuanto a las discontinuas, el dueño del fondo dominante puede hacer un uso de ellas a intervalos más o menos largos, un ejemplo sería la servidumbre de extracción de agua. Estas sí dependen de actos humanos, como en el caso de las servidumbres de paso donde la utilidad se origina en el momento en que el hombre transita. La actuación humana constituye la obtención del contenido de la servidumbre<sup>8</sup>.

Según CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA<sup>9</sup>, la continuidad de la servidumbre es un modo o manera de ejercitar la servidumbre frente a la discontinuidad.

En relación a su adquisición por prescripción adquisitiva, el artículo 537 del CC establece que las servidumbres continuas y aparentes podrán adquirirse en virtud de título, o por la prescripción de veinte años. Para las discontinuas, el artículo 539 establece que solo podrán ser adquiridas en virtud de título, lo mismo ocurre con las continuas no aparentes. De modo que, no todas las servidumbres continuas son usucapibles, sino que se exige la apariencia de las mismas, como veremos a continuación.

#### d. Servidumbres aparentes y no aparentes

Las aparentes son las servidumbres que están a la vista por signos exteriores, se anuncian y revelan su uso y aprovechamiento. Estos signos han de ser permanentes y susceptibles de reconocimiento por todos. La apariencia deriva de los rasgos físicos y materiales, de los signos que presenten los fondos intervinientes en la servidumbre. Un ejemplo sería el derecho de paso, por cuanto según exista o no camino por el que se pueda transitar, será aparente o no. Es irrelevante la entidad de la señal, esta puede ser creada por el hombre o puede ser natural. Lo que importa es que dicho signo sea visible *erga omnes*, permanente y que manifieste el ejercicio y funcionamiento de la servidumbre<sup>10</sup>.

Las servidumbres no aparentes, en cambio, no prestan signos de su existencia. Hay que destacar, como dice DÍEZ-PICAZO<sup>11</sup>, que un signo “que no guarde ninguna conexión objetiva con el uso y aprovechamiento no transforma una servidumbre en aparente”. Tales

---

<sup>8</sup> DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*, cit., pág. 78.

<sup>9</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Usucapión de servidumbres*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 76.

<sup>10</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, cit., pág. 79.

<sup>11</sup> DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, cit., pág. 376.

servidumbres podrán entenderse como actos tolerados o permitidos por el dueño por razones de buena vecindad.

De nuevo volvemos a referirnos a los artículos 537 del CC y 539 del CC de los cuales se desprende la posibilidad de adquirir por prescripción las servidumbres aparentes siempre y cuando sean, además, continuas. Nos dedicamos a continuación al análisis de esta máxima.

### 1.3 Especial consideración sobre la usucapibilidad de las servidumbres

Nuestro Código Civil establece en el artículo 537 que “las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de título o por la prescripción de veinte años” y en el artículo 539 “las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título”.

Por una parte, tenemos como usucapible una primera categoría, las servidumbres continuas y aparentes. La continuidad expresa un rasgo indicativo del modo de ejercitar la servidumbre, dependa ésta o no de los actos humanos; y la apariencia se refiere a la exteriorización de los signos y de los elementos materiales para el ejercicio de la servidumbre. Pues, entre el signo de apariencia y el ejercicio de la servidumbre ha de existir una conexión que manifieste el uso y aprovechamiento de la misma. Éstos caracteres expresan una idea de verdadera carga, una presunción *iuris et de iure* de titularidad y existencia del derecho y de su posesión. Se exterioriza no sólo el goce de la servidumbre, sino también la propia voluntad de hacerlo<sup>12</sup>.

Por otra parte, tenemos la imposibilidad de usucapir las servidumbres continuas y no aparentes. En estas no se dan los presupuestos necesarios, que según el artículo 1941 del CC son la posesión pública, pacífica y sin interrupción. La no usucapibilidad de las servidumbres discontinuas y no aparentes del artículo 540 del CC dispone que la falta de título constitutivo “únicamente se puede suplir por escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por sentencia firme”. Los actos constitutivos del ejercicio de las servidumbres discontinuas y los de las no aparentes no implican una invasión suficiente en

---

<sup>12</sup> BERLIRI, L. V., *Sulla distinzione delle servitù in continue e discontinue* AGuir,1931, pág.19, cit. en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Usucapión de servidumbres*, pág. 81.

el derecho ajeno, como decía GARCÍA GOYENA<sup>13</sup>, de modo que deberán entenderse como actos llevados a cabo por simples razones de vecindad.

De modo que, partiendo de la distinción de las servidumbres entre positivas y negativas, podemos ver que las positivas pueden ser continuas y aparentes (acueducto, luces y vistas, vertiente de tejados), discontinuas y no aparentes (paso, pastos) y, continuas y no aparentes (paso con camino oculto). En cuanto a las negativas, éstas serán siempre continuas y no aparentes<sup>14</sup>.

La servidumbre urbana de luces y vistas también es una servidumbre continua y aparente. Por el contrario, las servidumbres rústicas de paso (*iter, actus, via*) y pasto son discontinuas, de modo que solo podrán adquirirse mediante título.

De lo expuesto, concluiremos que todas las servidumbres pueden adquirirse en virtud de título, sean positivas o negativas, rústicas o urbanas, continuas o discontinuas, o aparentes o no aparentes. En cuanto a su usucapibilidad podemos ver que únicamente son susceptibles de adquisición prescriptiva las servidumbres positivas-continuas y aparentes.

#### 1.4. Formas de constitución de las servidumbres. Especial atención a la adquisición por el uso de las servidumbres prediales

Como se ha visto en el apartado anterior no todas las servidumbres pueden ser objeto de adquisición prescriptiva y según las características que presenten se constituirán de una manera u otra.

La constitución de las servidumbres, según el artículo 536 del CC, se puede realizar por la voluntad de la ley (servidumbres legales), por voluntad de los particulares o por causas o motivos de utilidad pública o privada (servidumbres voluntarias). Además de esos dos grandes modos, el Código Civil regula la adquisición de las servidumbres por usucapión o por destino del padre de familia.

---

<sup>13</sup> GARCÍA GOYENA, F., y AGUIRRE, J. *Librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo*, Tomo I, Madrid, 1841, pp. 274 y 275 cit. en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Usucapión de servidumbres*, pág. 82.

<sup>14</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Usucapión de servidumbres*, cit., pág. 86.

#### 1.4.1. La constitución legal

La constitución legal o por ley distingue según la servidumbre aparezca de manera automática o *ipso iure* ligada a un supuesto de hecho contemplado por la norma jurídica o que le atribuya a una persona la posibilidad de exigir la constitución. Se trata de servidumbres que tienen por objeto la utilidad pública y las mismas se registrarán por las leyes y reglamentos especiales, en virtud de los artículos 549 y ss del CC<sup>15</sup>. La servidumbre, también llamada servidumbre forzosa, en este caso no se crea de manera inmediata, sino que se limita a conceder a una persona el derecho para reclamar la constitución. Se trata de un acto jurídico que puede ser un acuerdo entre las partes o un acto de la autoridad competente, como es la Administración<sup>16</sup>.

#### 1.4.2. La constitución voluntaria

En cuanto a la constitución voluntaria, tiene especial relevancia la autonomía de la voluntad de los particulares. El CC le da la denominación de "título". Es un negocio jurídico para llevar a cabo la modificación jurídico-real determinante del nacimiento de la servidumbre. Se requiere que ese título sea documentado (escritura pública) y también la puesta en posesión o tradición. Puede ser de carácter oneroso o gratuito, y también puede constituirse por testamento. Este modo de adquisición implica la inscripción de la servidumbre en el Registro de la Propiedad para que produzca todos sus efectos sobre el predio sirviente<sup>17</sup>.

#### 1.4.3. Constitución por destino del padre de familia

La constitución por signo aparente o por destino del padre de familia, también llamada constitución tácita, se regula en el artículo 541<sup>18</sup> del CC. Se contempla la existencia de una

---

<sup>15</sup> Artículo 549 del CC: "Las servidumbres impuestas por la ley tienen por objeto la utilidad pública o el interés de los particulares". Artículo 550 del CC: "Todo lo concerniente a las servidumbres establecidas para utilidad pública o comunal se registrará por las leyes y reglamentos especiales que las determinan, y, en su defecto, por las disposiciones del presente Título".

<sup>16</sup> DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, cit., pág. 78.

<sup>17</sup> DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, cit., pág. 79.

<sup>18</sup> Artículo 541 del CC: "... la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura".



relación de servicio entre dos fincas a través de un signo aparente de relación de servidumbre establecido por el propietario de los dos fundos. Los requisitos de esta constitución son:

- La enajenación de una de las fincas mediante acto de disposición *inter vivos* o *mortis causa*.
- La existencia de un signo aparente entre las fincas. Este requisito exige que las fincas sean colindantes, porque si se encuentran separadas por un cauce de dominio público no podrá estimarse la existencia de signo aparente.
- El establecimiento de un signo aparente por el propietario de los fundos, es decir, la constitución y conservación del mismo.
- La falta de declaración contraria a la existencia de la señal en el título de enajenación y su existencia en el momento de la escritura.

Mientras los dos predios pertenezcan al mismo propietario, no puede considerarse la existencia de una servidumbre en virtud del principio *nemini res sua servit*, es decir, la servidumbre no puede constituirse sobre cosa propia.

El signo aparente de servidumbre entre dos fincas, o una sola que se divide en dos partes, implica la presencia de un hecho que exteriorice la relación existente entre ellas. De modo que, mientras permanezcan dentro de la misma propiedad no tienen categoría de *ius in re aliena*<sup>19</sup>.

#### 1.4.4. Constitución por prescripción adquisitiva

Por último, y centrándonos en el tema objeto de estudio, la adquisición de las servidumbres por prescripción adquisitiva o usucapación se regula en los artículos 537 a 540 del CC. La prescripción adquisitiva en general requiere que el derecho real en cuestión sea apropiable, que se encuentre *intra commercium* y sea susceptible de tráfico jurídico. Además, dicho derecho ha de poder someterse a la voluntad del que pretende poseerlo, de ejercitar su contenido de manera duradera y estable, y que no se extinga con el uso<sup>20</sup>.

Nuestro Código reserva la usucapación a las servidumbres que presentan los caracteres de continuas y aparentes; establece un plazo único de veinte años, sin necesidad de ningún otro requisito. El artículo 538 del CC, en relación con el artículo 537 del mismo cuerpo legal,

---

<sup>19</sup> DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, cit., pág. 82.

<sup>20</sup> CERDERA BRAVO MANSILLA, G., *Usucapación de servidumbres*, cit., pág. 10.

contiene una regla especial para el cómputo del tiempo, aplicable al plazo establecido de veinte años. El tiempo se computará de manera distinta según se trate de servidumbres positivas o negativas. Para las primeras, empezará a contar a partir del día en que se haya comenzado a ejercitar sobre el fundo sirviente. Si es negativa, se contará a partir del día en que el propietario del fundo dominante hubiera prohibido al del fundo sirviente, el ejercicio de un acto, que de no existir la servidumbre sería lícito.

El plazo de veinte años no coincide con los plazos comunes de la usucapión ordinaria entre presentes que es de diez años, pero cuando ésta opere entre ausentes, según el artículo 1957 del CC, se impone el mismo lapso de tiempo; ni tampoco con los establecidos para la usucapión extraordinaria, de treinta años, artículo 1959 del CC. Pero este plazo de veinte años sí coincide con el de extinción de la servidumbre por el no uso<sup>21</sup>.

Por lo tanto, las servidumbres continuas y aparentes pueden constituirse por usucapión de veinte años, además, requiere la posesión del poder en que consista la servidumbre, pública, pacífica e ininterrumpida, durante los veinte años, sin necesidad de buena fe ni justo título.

En un principio sólo podían poseerse las cosas corporales, pero más tarde se admitió la posesión de derechos, *possessio iuris* o, también, *quasi possessio*, que son *res incorporales*. Esta posesión se entendió como el ejercicio de hecho de un derecho para así otorgar, mediante interdictos, protección al titular o no del derecho que ejercitase un usufructo o una servidumbre<sup>22</sup>.

La posesión puede definirse como la tenencia de una cosa o un derecho, de manera abstracta, es decir, quien posee una cosa aparece, ante los demás, como si fuese propietario de la misma. En relación con el artículo 432 del CC “La posesión en los bienes y derechos puede tenerse en dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos y disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona”.

---

<sup>21</sup> Art.546 del CC “Las servidumbres se extinguen: 2º por el no uso durante veinte años”.

<sup>22</sup> TORRENT RUIZ, A., *Diccionario de Derecho Romano*, Edisofer, S.L., Madrid, 2005, pág. 963.

## II. EL DERECHO ROMANO

### 1. Consideraciones sobre la *possessio* en el Derecho Romano

LÁZARO GUILLAMÓN<sup>23</sup> considera conveniente realizar una primera referencia a la evolución de la posesión *-possessio-* porque se trata de la premisa para la adquisición de un derecho de servidumbre predial por el *usus*.

Se realizará este análisis desde la perspectiva cronológica de la época preclásica, la imperial clásica y la época postclásica y justiniana.

#### 1.1. Época preclásica<sup>24</sup>

Durante la época primitiva sólo existía una posesión, en cierto modo confundida con el *usus*, que únicamente se refería a la *res Mancipi* y a las cosas corporales. La posesión se equiparaba a la propiedad porque se identificaba con la cosa sobre la que recaía. Las originarias servidumbres en materia de paso, *iter, actus, via*, y las de aguas, *aquae ductus*, no se configuraban como servidumbres propiamente dichas, sino como propiedades. De esta forma, las servidumbres se constituían como *res Mancipi* susceptibles de *dominium*, existía la posibilidad de poseerla y luego también de adquirirla por la *usucapio*, prevista en la bienal de las XII Tablas para los fundos<sup>25</sup>.

De modo que, el punto de partida es el *usus* comprendido en la Ley de las XII Tablas en la cual por primera vez se plantea la adquisición de inmuebles por el uso durante dos años y el de cualquier otra cosa en el plazo de un año. El término *usus* tiene un significado de utilización, de uso de una cosa, permite el goce de la misma. Según lo establecido en las XII Tablas el ejercicio de este poder de goce o disfrute de la cosa durante un cierto tiempo conduciría a la adquisición del derecho correspondiente. La *possessio*, por su parte, significa instalarse o aposentarse, por lo que, no se trata de una posesión encaminada a la adquisición prescriptiva de la cosa, sino de un signo de poder sobre una parcela.

---

<sup>23</sup> LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La adquisición de las servidumbres por el transcurso del tiempo*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2002, pág. 29.

<sup>24</sup> Esta época se sitúa alrededor de los años 754 AC – 377 AC conocida como la época arcaica y la propiamente dicha época preclásica comprende el periodo de los años 367 AC – 27 AC.

<sup>25</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Usucapión de servidumbres*, cit., pág. 96.

LÁZARO GUILLAMÓN<sup>26</sup> partiendo de dos nociones, en principio distintas, llega a la conclusión de que durante la edad republicana se hacía una utilización conjunta del *usus* y *possessio* en las formulas *usus fructus possessio*, *habere possidere uti frui*, pero siempre en relación con la utilización del *ager publicus*. Este es el punto de partida por la equiparación entre el *usus* y la *possessio*, es decir, *usus* y *possessio* se referían a una misma situación jurídica dado que ambas conducen a la adquisición de la propiedad por el transcurso del tiempo.

## 1.2. Época clásica<sup>27</sup>

En Derecho Romano clásico se denominaba derecho real de servidumbre a aquellos derechos que se constituían sobre un predio de naturaleza rústica o urbana. Así, según Gayo en D. 1.8.1.1: "... los derechos de los predios urbanos y rústicos se llaman servidumbres"<sup>28</sup>.

Durante esta época aumentó el número y tipología de las servidumbres. Empezaron a extenderse a las ciudades, de modo que, surgió así la diferenciación entre servidumbres rústicas y urbanas. Comienzan a denominarse como *iura* y como *servitutes*. Esto quiere decir que se configuran como *iura in re aliena*, como derechos que recaen sobre cosa ajena, de modo que queda calificada como una cosa incorporal. Sin embargo, esa transformación de las servidumbres no se corresponde con la evolución de la *possessio* que queda limitada a las cosas corporales y al derecho de propiedad<sup>29</sup>.

LÁZARO GUILLAMÓN<sup>30</sup> nos recuerda que en la época antigua la *possessio* aparece como un derecho sobre un inmueble, derivado de su significado de aposentarse sobre una cosa, por tanto, sus elementos son: *possessio corpore*, que se refiere al poder físico sobre la cosa; y *animus domini*, en relación con la intención de hacer suya la cosa. Si falta la intención no habrá protección interdictal por el simple hecho de que ya no se trata de una

---

<sup>26</sup> LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La adquisición de las servidumbres...*, cit., pág. 32 y ss.

<sup>27</sup> Dicha época comprende los años 27AC – 284 DC.

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, 8ª ed., Iustel, Madrid, 2015, pág. 368.

<sup>29</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Usucapión de Servidumbres*, cit., pág. 97.

<sup>30</sup> LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La adquisición de las servidumbres...*, cit., págs. 44 a 46.

verdadera posesión jurídica. Especial atención merece la posesión civil<sup>31</sup> que conlleva la adquisición de la propiedad *ex iure Quiritium*<sup>32</sup>.

### 1.3. Época justiniana<sup>33</sup>

Durante esta época, a través la labor que realizaban los compiladores, se amplió la categoría genérica de las servidumbres. Pues, a parte de las servidumbres prediales, empieza a hablarse también de servidumbres personales. Así, Marciano en D.8.1.1 “Las servidumbres o bien son personales, como el uso y el usufructo, o bien son reales, como las servidumbres prediales, rústicas y urbanas”<sup>34</sup>.

En el Derecho Romano Justiniano se produce una evolución jurídica que le da más importancia al *animus* dejando el *corpus* en segundo plano. Ya no se considera necesario para la posesión cumplir ambos requisitos, objetivo y subjetivo, sino que cobra más relevancia la intención de poseer. Durante esta época prima la causa por la que se posee y se sustituye la posesión efectiva por la intención. Esto conlleva a una aproximación a los derechos *solo animo*<sup>35</sup>.

En definitiva, durante la última época del Derecho Romano se amplía el concepto de posesión diferenciando la *possessio animo* y la *possessio corpore*. Cuando se habla de *animus* se refiere a una posesión en concepto de dueño, se considera de buena fe y conserva la posesión con posibilidad de usucapión. Además, la posesión empieza a cobrar otros sentidos, no solo la situación de poder que expresaba en las épocas anteriores, sino que se refiere a la propiedad o derechos reales, con la pérdida de diferencia entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> *Possessio ad usucapionem*.

<sup>32</sup> Se trata de una propiedad amparada por el Derecho Civil, requiriéndose para ser propietario: que se tratara de una cosa *res Mancipi*, que el propietario fuera ciudadano romano, y, por último, que el dominio se hubiera adquirido por *Mancipatio* o por *in iure cessio*.

<sup>33</sup> La época postclásica abarca del año 284 DC – 476 DC y la justiniana los años 476 DC – 565 DC.

<sup>34</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 387.

<sup>35</sup> LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La adquisición de las servidumbres...*, cit., págs. 47 a 50.

<sup>36</sup> LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La adquisición de las servidumbres...*, cit., págs. 58 y 59.

Por la obra unificadora de Justiniano se empieza a equiparar el *usus iuris* a la antigua *possessio* y es posible hablar de posesión de derechos. La *quasi possessio* recae sobre las cosas incorporales y en concreto sobre los *iura in re aliena* y consiste en el goce del bien sobre el que versa y no sólo en la tenencia. Si se reconoce la posesión de derechos y la posesión es un requisito de la usucapión la consecuencia es que muy probablemente se reconocerá la prescripción adquisitiva de un derecho, en particular de las servidumbres.

## **2. Usucapibilidad de las servidumbres en el Derecho Romano**

Como ya se ha dicho, el concepto de posesión ha ido evolucionando durante las diversas épocas del Derecho Romano, de modo que se hace necesario ver como la ampliación del concepto ha influido en la posibilidad de adquisición prescriptiva en relación con las servidumbres prediales.

### *2.1. La Lex Scribonia*

En un principio, en el Derecho Romano primitivo se consideraba que las servidumbres eran susceptibles de usucapión. El *usus* servía para constituir las servidumbres más antiguas, las rústicas, mediante una situación posesoria que permitía adquirir el dominio por el transcurso de tiempo, de modo que, sí, era posible poseer las servidumbres prediales. A partir de la *Lex Scribonia* se declaró la imposibilidad de usucapir las servidumbres y se estableció que las únicas servidumbres susceptibles de adquisición prescriptiva eran las anteriores a la promulgación de la Ley.

Esta ley se conoció a través de una mención de Paulo en D.41.3.4,28(29) “Es más cierto que se puede usucapir la libertad de las servidumbres, porque la Ley Scribonia suprimió aquella usucapión, que constituía la servidumbre, no también aquella que da libertad quitando la servidumbre. y así, si debiéndote yo la servidumbre, por ejemplo, de que no me sea lícito edificar más alto, hubiere yo tenido edificado más alto durante el tiempo establecido, se habrá extinguido la servidumbre”. La promulgación oscila alrededor del año 69 a.C. en que todavía eran usucapibles las servidumbres rústicas mediante su ejercicio continuado durante dos años, plazo que en las XII Tablas se reservaba para la adquisición

de inmuebles por el *usus*. Más tarde, en época postclásica, se admitió la adquisición de las servidumbres mediante las *vetustas* en conexión con la *longi temporis praescriptio*<sup>37</sup>.

El motivo por el que se decretó la Ley fue la disminución del valor económico de las tierras, ya que casi todas estaban gravadas por servidumbres adquiridas por usucapición.

La consecuencia es que las servidumbres consideradas *res incorporales* no eran susceptibles de posesión, de modo que tampoco cabía la prescripción adquisitiva.

En definitiva, durante la época arcaica se admitía la prescripción adquisitiva de las servidumbres, pero durante la época clásica, y con la *Lex Scribonia*, se negó la posibilidad de poseer *res incorporales* y, por tanto, la adquisición por transcurso de tiempo. Se rechaza la *possessio servitutis*, por ser las servidumbres *res incorporales* y no poder ser objeto de posesión, ya que su concepto se limitaba únicamente a *res corporales*<sup>38</sup>.

## 2.2. La relevancia de la concesión de interdictos

Hemos visto que con la *Lex Scribonia* el ejercicio del derecho de servidumbre *-usus-* no posibilita su prescripción adquisitiva, pero para proteger el *status quo* de las servidumbres (*iter, actus, aqueductus*) como *iura in re aliena*, el Pretor introdujo una serie de interdictos especiales:

- Interdicto *de itinere actuque privato*. Es un interdicto prohibitorio que vetaba el ejercicio de la violencia contra quien en el año anterior hubiese ejercitado de hecho una servidumbre rústica de paso. Se concedía por el Pretor con independencia de la constitución o no de la servidumbre, siempre y cuando se demostrase que se había hecho uso del *iter* o de la *via* durante treinta días, *nec vi, nec clam, nec precario*. Se adjudicaba cuando el *usus* lo hubiera ejercitado personalmente el solicitante o perjudicado. También les competía a los sucesores o compradores de la servidumbre, por su cualidad de *interdictum prohibitorium*. Para la proporción de la defensa interdictal únicamente se exigía la manifestación externa, el *animus*, bastaba con probar que se había hecho uso de la senda o paso de ganado<sup>39</sup>. Ulpiano en D.43,19,1 pr.-1 “Dice el Pretor: Vedo que se haga violencia para que la servidumbre privada de paso y de

---

<sup>37</sup> TORRENT RUIZ, A., *Diccionario de Derecho Romano*, cit., pág. 625.

<sup>38</sup> LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La adquisición de las servidumbres...*, cit., pág. 62 a 73.

<sup>39</sup> TORRENT RUIZ, A., *Diccionario de Derecho Romano*, cit., pág. 476.

conducción, de que se trata, o de la de vía, de las que usaste en este año sin violencia, ni clandestinamente, ni en precario, no uses del mismo modo”.

- Interdicto *de itinere reficiendo*. También se trata de un interdicto prohibitorio que vetaba al propietario del fundo sirviente ejercer violencia contra el que reparaba el camino que utilizaba *nec vi nec clam nec precario* durante el año anterior. Se protegía el *usus*, es decir, a quien ejerció el paso durante el año anterior. Para la otorgación del mismo se exigía el cumplimiento de dos requisitos: por una parte, demostrar la existencia de la servidumbre, y por otra, que la misma se usó durante el año precedente. Pero, además, el solicitante debía prestar una caución por los daños que podría ocasionar en la otra parte durante la realización de las reparaciones en la senda. Ulpiano<sup>40</sup> (“Si alguno no tuviera constituida con arreglo a derecho la servidumbre, pero tuviera, así como la prerrogativa de la larga posesión, porque durante mucho tiempo usó de la servidumbre, puede usar este interdicto.”) entendió que se concedía una ventaja de la protección de la larga posesión, *larga possessionis*.
- Otro de los interdictos es el de *aqua cotidiana et aestiva*<sup>41</sup>. El interdicto de *aqua aestiva* prohibía el ejercicio de violencia contra quien durante la estación seca extrajese agua del predio sirviente, si ya lo hizo durante el verano anterior. Con el interdicto de *aqua cotidiana* se prohibía impedir, empleando la violencia, la extracción de agua del fundo sirviente a quien desde el año anterior la sacaba de hecho. Se concedía a quien durante el último año se le impidió la traída de agua diaria, es decir, el uso de la servidumbre. El único requisito consistía en probar el ejercicio de la servidumbre de al menos una vez durante el año anterior. La protección se daba, a cambio de la prestación de una caución, para la reconstrucción de:
  - Acequias: no había que probar el derecho de servidumbre porque se consideraba un estado de necesidad mayor.
  - Fuentes: con el *Interdictum de fonte* se protegía a los que durante el último año usaron las fuentes, lagos, pozos, piscinas, etc.

---

<sup>40</sup> “D.43, 19, 5, 3 Ulpiano, citado por LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La adquisición de las servidumbres...*, cit., pág. 77.

<sup>41</sup> TORRENT RUIZ, A., *Diccionario de Derecho Romano*, cit., pág. 475.



- Cloacas: el *Interdictum de cloacis* prohibía impedir con violencia la reparación o saneamiento de los canales de aguas a quien los utilizase durante el año anterior. Se consideraban de utilidad pública, de modo que no había que probar nada.

Se trata de servidumbres rústicas, salvo la de cloacas, que presentaban un interés público e importante para la agricultura. Para su protección se exigía la prueba del ejercicio de la servidumbre mediante la prescripción o bien la demostración de su válida constitución.

Por tanto, como se trata de servidumbres rústicas, *res incorporales*, también se entiende que el *usus iuris* es parecido a la *possessio*, y parte de la doctrina defendía la aplicación del interdicto *uti possidetis* que tutelaba la cosa poseída y no el derecho de servidumbre. dicho interdicto tiene una naturaleza prohibitoria. Así también lo establece Ulpiano en el D.43,17,1 “Dice el Pretor: Vedo que se haga violencia para que no poseáis, como las poseéis, las casas de que se trata, y que no poseáis uno por otro con violencia, ni clandestinamente, ni en precario. No daré este interdicto respecto a las cloacas; y no permitiré que se ejercite esta acción por más que por cuanto importare la cosa, dentro del año, desde el primer momento en que haya habido posibilidad de ejercitarla”. Solo se refería a inmuebles e impedía el uso de la fuerza para sustraer el inmueble a su poseedor actual. Hace conseguir la posesión a aquel de los contendientes que se encuentre en situación de *iusta possessio*, de modo que si alguno de los que disputan de la posesión se encuentra en posesión viciosa o precaria, cede frente al otro y el interdicto asume una función recuperatoria<sup>42</sup>.

En definitiva, con los interdictos, un mecanismo extraprocesal de defensa de situaciones posesorias, se reconoció, puede que no de manera general, la posesión de derechos o la *quasi possessio*. Las servidumbres se protegían mediante interdictos especiales, aunque todavía se mantenía la imposibilidad de adquirir su dominio con el *usus* y por tanto la prescripción adquisitiva<sup>43</sup>. Como las servidumbres prediales y *res incorporales* no eran susceptibles de posesión y de entrega material, con lo interdictos se protegía una situación similar a la posesión: la cuasiposesión.

---

<sup>42</sup> TORRENT RUIZ, A., *Diccionario de Derecho Romano*, cit., pág. 481.

<sup>43</sup> LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La adquisición de las servidumbres...*, cit., págs. 73 a 89.

### 2.3. *La traditio vel patientia servitutis*

La *traditio* o entrega es un modo derivativo de adquisición de la propiedad. Consistía en un negocio no formal mediante el cual se transmitía la posesión y la propiedad de las *res nec mancipi* en época clásica y durante la postclásica servía para todas las cosas. Ulpiano, en D.41,1,20 pr.-1, subraya la importancia de la legitimación para disponer y transmitir el derecho que tenía el legitimado “La entrega no debe ni puede transmitir al que recibe nada más que lo que tiene. Por tanto, si uno tenía el dominio lo transmite al entregarlo, y si no lo tenía nada transmite al que lo recibe. Siempre que se transmite el dominio de “un fundo” se transmite al que lo recibe tal y como estaba en poder del que lo entrega...”. De este texto se desprenden algunos requisitos para la válida realización de la *traditio* como son: que la cosa no fuera *res extra commercium*, que estuviera *dominium ex iure Quiritium* del transmitente y que el mismo tuviese la voluntad efectiva de transmitir la propiedad y el *accipiens* de recibirla<sup>44</sup>.

Para la transmisión de las cosas incorporales se empezó a emplear la *traditio servitutis*. De modo que el *usus iuris* se entendió como una *traditio* y la posesión de las servidumbres podía interpretarse como un uso del derecho.

La *traditio* de las servidumbres se realizaba con permitir expresa o tácitamente su ejercicio, este permiso tácito adoptó el nombre de *patientia*.

En definitiva, sólo podían constituirse mediante actos formales de transmisión del poder sobre las cosas. Más tarde, en época postclásica, se admitió la *traditio servitutis* o la *quasi traditio* basada en la tolerancia, sin necesidad de realizar ningún acto obstativo al ejercicio de una servidumbre rústica positiva por parte del titular del fundo sirviente. La *patientia* del propietario del fundo sirviente significaba su aceptación no formal de la existencia de la servidumbre, como se desprende de un texto de Ulpiano en D. 6, 2, 11, 1 “Si se litigara sobre el usufructo entregado, se da la acción Publiciana; y también si sobre servidumbres de predios urbanos constituidas por tradición, o por tolerancia, por ejemplo, si alguno toleró que por su casa se hiciera pasar un acueducto; y asimismo si sobre las de rústicos, porque es sabido que también en este caso se han de defender la tradición y la tolerancia”.

---

<sup>44</sup> TORRENT RUIZ, A., *Diccionario de Derecho Romano*, cit., págs. 1965 y 1366.

#### 2.4. La *longi temporis praescriptio*

En sus orígenes fue un modo de defender la posesión de los fundos provinciales. Se aplicaba a los bienes inmuebles de los ciudadanos romanos y de los *peregrini*. Más tarde se extendió su aplicación a las *res corporales* de los *peregrini*, dado que los de los ciudadanos romanos se regían por las normas de la usucapión.

Los vecinos romanos solían aplicar la *lex agri*, es decir, realizaban pactos y acuerdos entre ellos, en su defecto, se recorría a la *vetustas*, es decir, hacían referencia a un estado de cosas que existía desde tiempo inmemorial, de modo que no era posible conocer su origen. En cuanto a las servidumbres, si no constaba una servidumbre del *agro* se entendía que estaba válidamente constituida en virtud de dicha *vetustas*. Se califican como un derecho originado por la *longa consuetudo* como una *quasi servitus*<sup>45</sup>.

La *longi temporis praescriptio* surge en las provincias para dar sentido a las lagunas producidas por el hecho de que la usucapión solo era aplicable a los fundos itálicos y a los bienes muebles de los extranjeros. Tutelaba al poseedor frente a quienes le reclamasen la posesión de la cosa a título de propietario. Cuando ambos residían en el mismo municipio el plazo establecido era de diez años, siempre y cuando la posesión se hubiese ejercido de buena fe y con justo título. Si el poseedor y el que reclama residían en municipios distintos, el período se ampliaba a veinte años<sup>46</sup>.

Sin embargo, el poseedor no adquiría la cosa por usucapión, sino por prescripción extintiva, esto es, si las acciones no se ejercitaban durante un cierto tiempo se extinguían.

Así, la larga posesión sustituyó a la constitución *iure*. Se aceptó la posesión de un derecho de servidumbre y de la consiguiente prescripción adquisitiva del mismo<sup>47</sup>.

En el año 528, Justiniano unificó las instituciones de *usucapio* y *praescriptio* teniendo ésta última carácter adquisitivo. La *usucapio* se reservaba para los bienes muebles y la *praescriptio longi temporis*, prescripción adquisitiva, para los bienes inmuebles.<sup>48</sup> Los requisitos para adquirir las servidumbres eran los mismos que se aplicaban para la

---

<sup>45</sup> LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La adquisición de las servidumbres...*, cit., págs. 99 a 101.

<sup>46</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 383.

<sup>47</sup> LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La adquisición de las servidumbres...*, cit., pág. 102.

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 384.

adquisición de la propiedad: la *quasi possessio* de diez o veinte años; buena fe y justo título, *nec vi, nec clam, nec precario*; y aptitud de la cosa para ser usucapida<sup>49</sup>.

Empezando por la posesión continuada y el tiempo exigido de 10 o 20 años, Papiniano en D.41, 3, 43 dice “El heredero del de que de buena compró una cosa no la usucapirá sabiendo que era ajena, si a él mismo se le hubiera entregado la posesión; pero la continuación no será impedida por el conocimiento del heredero.”. De este fragmento se desprende la *accessio possessionis*<sup>50</sup> para el caso de que el causante no haya recibido la cosa antes de su fallecimiento, de modo que la posesión la inicia el heredero y no existe vicio alguno. Para el caso de que sí se haya recibido la cosa por el causante, antes de su fallecimiento, se declarará la continuidad en la posesión y en la buena fe inicial del causante por parte del heredero.

Otro fragmento de gran importancia es el D. 4, 6, 30 pr. de Paulo “Cuando hubiere fallecido el militar que usucapía, y su heredero hubiere completado la usucapición, es justo que se rescinda lo que se usucapió después, de suerte que haya de observarse lo mismo respecto a los herederos que suceden en la usucapición; porque la posesión del difunto pasa, como continuada, al heredero, y las más de las veces se completa no habiéndose adido todavía la herencia”. Se trata de una *successio in ius* en la cual el heredero se coloca en la posición del causante y continua la usucapición iniciada por el difunto. Tratándose de sucesión a título singular, el adquirente debe iniciar de nuevo la posesión, es decir, no computa el tiempo para el heredero.

El segundo requisito exigido es la buena fe y el justo título. Para su análisis recurriremos a dos preceptos de Ulpiano con relación al interdicto de *aqua cotidiana et aestiva* ya vistos. Los preceptos son: D. 43, 20, 1, 10 “Más aunque a uno no se le debe con arreglo a derecho la servidumbre de agua, si, no obstante, creyó que él la conducía con derecho, habiendo errado no en cuando al derecho, sino respecto al hecho, se ha de decir, y este derecho

---

<sup>49</sup> LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La adquisición de las servidumbres...*, cit., pág. 108.

<sup>50</sup> Unión de la posesión de un poseedor actual a la del anterior, el nuevo poseedor computa el tiempo de posesión añadiendo al suyo el de su causante, que desde el Derecho preclásico empezó a regularse en relación al *interdictum urbi* en materia de adquisición hereditaria el heredero puede añadir su propia posesión a la de su causante, aunque en las adquisiciones hereditarias a título particular los juristas parecen mostrarse reticentes a que el atributario de la cosa pudiese hacerlo. Definición que da TORRENTE RUIZ, A., *Diccionario de Derecho Romano*, cit., pág. 16.

observamos, que no puede utilizar este interdicto; porque basta si creyó que él la conducía con derecho, y no la condujo a la fuerza, ni clandestinamente, ni en precario” y D. 43, 20, 1, 19 “Opina Aristón, que solamente tiene este interdicto el que juzga que usa de su propio derecho, no el que sabe que él no tenía ningún derecho, y usa”. De acuerdo con la opinión dada por LÁZARO GUILLAMÓN<sup>51</sup> el requisito de buena fe se contiene en la cláusula de posesión viciosa a efectos de la funcionalidad del interdicto. Pero esto no quiere decir que mediante una posesión de mala fe se produzca la adquisición de la servidumbre. En lo relativo al tercer requisito *-res habilis-* o aptitud de la cosa para ser usucapida, cabe la adquisición prescriptiva de las servidumbres mediante la *longi temporis praescriptio*. Se protege la posesión ordinaria y, en su defecto, la posesión de cuarenta años. En un principio se establece la prescripción de treinta años para todas las acciones, pero, además, se protege dicha posesión después de transcurrido el plazo, independientemente de la existencia de justo título y buena fe.

### **III. LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE LAS SERVIDUMBRES DISCONTINUAS**

Con el análisis realizado de los diversos artículos del CC parece que sólo son usucapibles las servidumbres continuas y aparentes por el plazo de veinte años. Además, gran parte de la doctrina entiende que dichos caracteres de continuidad y apariencia generan una presunción *iuris et de iure* de titularidad del derecho y de su posesión porque se exterioriza el goce de la servidumbre. El objetivo de este punto es desvirtuar la presunción demostrando que las servidumbres discontinuas también pueden ser adquiridas por el transcurso del tiempo.

#### **1. La presunción de tolerancia en el uso de las servidumbres discontinuas y no aparentes**

La tolerancia, no definida en nuestro CC, se entiende como un acto fundado en las relaciones de amistad, de buena vecindad o de familiaridad que puede suponer un acto constitutivo de las servidumbres discontinuas y no aparentes, o simplemente favorecer al tolerado.

---

<sup>51</sup> LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La adquisición de las servidumbres...*, cit., pág. 112 y 114.

GARCÍA GOYENA, en relación a las servidumbres discontinuas, decía que “el propietario puede no apercibirse de las discontinuas, que no se usan por actos de largos intervalos, y frecuentemente equívocos, que puede él haber permitido por simple tolerancia o complacencia; no hay, pues, en este caso culpa o descuido”<sup>52</sup>. La tolerancia a la que se refiere el autor ha de presumirse siempre y *ex lege*, aunque puede ser desvirtuada mediante la exhibición de título demostrando la voluntad de establecer la servidumbre. De ahí que, para la mayor parte de los autores que tratan el tema, las servidumbres discontinuas y no aparentes no puedan ser adquiridas por la prescripción adquisitiva porque se trata de actos ejecutados en virtud de tolerancia o permiso tácito. Además, según DEMOLOMBE, con la inusucapibilidad de estas servidumbres se aseguran las relaciones de vecindad y el desarrollo económico de la propiedad agraria, porque si fuesen usucapibles, “la buena vecindad se truncaría, los dueños colindantes dejarían de ser buenos vecinos para convertirse en egoístas, y todo ello en perjuicio de la vida social civilizada en general”<sup>53</sup>.

Nuestro CC no ofrece un concepto legal de tolerancia, pero sí la menciona en el artículo 444: “Los actos meramente tolerados y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión”; y en el artículo 1942: “No aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio, ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño”.

En Derecho Romano, la tolerancia tenía una noción más restringida que la actual y se basaba en las relaciones de familiaridad, como se desprende de un fragmento de Paulo en D. 41, 2, 41 “El que por razón de familiaridad entra en el fundo de un amigo; no parece que lo posee, porque no entró en él con el ánimo de poseerlo, aunque corporalmente este en el fundo”. Además, se sustentaba, por razones sociales, que ninguna servidumbre puede presumirse tolerada cuando no exista título constitutivo del derecho<sup>54</sup>. Precisamente, la razón que llevó a la promulgación de la *Lex Scribonia* y a negar la posibilidad de usucapición, de las servidumbres discontinuas, sin justo título ni buena fe, fue la consideración de que

---

<sup>52</sup> GARCÍA GOYENA, F., y AGUIRRE, J., *op.*, cit., págs. 274 y 275, cit. en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Usucapición de servidumbres*, pág. 82.

<sup>53</sup> DEMOLOMBE, C., *Traité des servitudes ou services fonciers*, en *Cours de Code Napoleon*, vol. XII, t. II, París, 1868, pág. 279, cit. en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Usucapición de servidumbres*, cit., pág. 82.

<sup>54</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Usucapición de servidumbres*, cit., pág. 84.

su ejercicio se consideraba realizado a título de precario o tolerancia del titular del fundo sirviente *-iure familiaritatis*<sup>55</sup>.

En la actualidad los motivos para la concesión, es decir, para la tolerancia pueden ser muy diversos: las relaciones de familiaridad o parentesco, de buena vecindad, de amistad, cotitularidad, etc. Pues teniendo en cuenta las características de las servidumbres se hace evidente que todas ellas implican vecindad de fincas, aunque no necesariamente se exige la colindancia física de los fundos sirviente y dominante. Estas relaciones de vecindad han llevado a la socialización de las servidumbres tal y como emana la Resolución DGRN de 11 de abril de 1930<sup>56</sup>: “responde, de un lado, a la necesidad social de obtener el mayor rendimiento de los bienes naturales y de otro a la indiscutible conveniencia de no amortizar el suelo nacional...”. De nuevo se incide en la razón social que originó las servidumbres en la época romana, respondiendo a la necesidad de convivencia y vecindad entre los fundos colindantes.

Sin embargo, no hay que olvidar que, a las relaciones de vecindad, que son límites del dominio, se oponen todas las servidumbres, en cuanto cargas o gravámenes reales inmobiliarios según lo dispuesto en los arts. 350, 388, 530.1, 534, 603.1, 1483 y 1634 del CC<sup>57</sup>. De modo que si se piensa que sólo las servidumbres continuas y aparentes suponen

---

<sup>55</sup> BUSTO LAGO, J., M., *La Usucapión de la Titularidad de las Servidumbre Predial de Paso*, Edersa, Madrid, 2000, pág. 30.

<sup>56</sup> Citada por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Usucapión de servidumbres*, pág. 86.

<sup>57</sup> Artículo 350 del CC: “El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía”. Artículo 388 del CC: “Todo propietario podrá cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos, o de cualquiera otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas”. Artículo 530.1 del CC: “La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño”. Artículo 534 del CC: “Las servidumbres son inseparables de la finca a que activa o pasivamente pertenecen”. Artículo 603.1 del CC: “El dueño de terrenos gravados con la servidumbre de pastos podrá redimir esta carga mediante el pago de su valor a los que tengan derecho a la servidumbre”. Artículo 1483 del CC: “Si la finca vendida estuviese gravada, sin mencionarlo la escritura, con alguna carga o servidumbre no aparente, de tal naturaleza que deba presumirse no la habría adquirido el comprador si la hubiera conocido, podrá pedir la rescisión del contrato, a no ser que prefiera la indemnización

una verdadera carga o un gravamen se incurrirá en una idea preconcebida, ya que se habrá de analizar el caso concreto, la entidad de la servidumbre o la frecuencia en su uso. Esto implica que el mayor o menor gravamen para el fundo sirviente dependerá, en primer lugar, del alcance de la limitación en el aprovechamiento del dominio, y, en segundo lugar, del contenido de goce en que consista la servidumbre.

Independientemente del tipo de servidumbre (positiva continua y aparente; discontinua y no aparente; continua y no aparente; o negativa continua y aparente), ésta siempre será una carga real, una limitación. Si se toma como razón de tolerancia la libertad de los fundos, pues contra ella atentarían todas las servidumbres, y de admitirse que las continuas y aparentes son las únicas verdaderas cargas reales, no cabría la aplicación de la presunción de tolerancia, porque al tener entidad mayor que las demás se haría imprescindible la autorización, ya que restringen la libertad relativa al terreno<sup>58</sup>.

En definitiva, basar la tolerancia en razones sociales y de buena vecindad provoca conclusiones contradictorias, por tanto, deberán ofrecerse razones jurídicas.

Nuestro CC, como ya se ha dicho, no se refiere expresamente al tema analizado en este apartado, de modo que la presunción de no autorización en el uso de las servidumbres continuas y aparentes sin constituir, así como la presunción de tolerancia en el uso de las demás que no estén constituidas como derechos se sustituye por la usucapión por veinte años a favor de las continuas y aparentes. El artículo 539 del CC niega para las demás servidumbres la posibilidad de ser adquiridas por el transcurso del tiempo. Pero, si observamos lo dispuesto en los ya mencionados artículos 444 y 1942 del CC, se ve claramente la inexistencia de una alusión similar porque la tolerancia atiende a la intención del que actúa y del que deja actuar, configurándose como una cuestión subjetiva. GARCÍA GOYENA decía que "...en los actos de simple tolerancia, ni el que los hace tiene el ánimo

---

correspondiente. Durante un año, a contar desde el otorgamiento de la escritura, podrá el comprador ejercitar la acción rescisoria, o solicitar la indemnización. Transcurrido el año, sólo podrá reclamar la indemnización dentro de un período igual, a contar desde el día en que haya descubierto la carga o servidumbre". Artículo 1634 del CC: "Cuando la pensión consista en una parte alícuota de los frutos de la finca enfiteútica, no podrá imponerse servidumbre ni otra carga que disminuya los productos sin consentimiento expreso del dueño directo".

<sup>58</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Usucapión de servidumbres*, cit., pág. 88.



o intención de propietario, ni el que los tolera o autoriza piensa en desprenderse de su derecho: en suma, ni dan ni quitan derecho”<sup>59</sup>.

Así, el uso de las servidumbres continuas y aparentes sin constituir no puede presumirse tolerado *iuris et de iure* porque supone una invasión constante en el fundo ajeno. Por su parte, la presunción de tolerancia en las demás servidumbres, especialmente discontinuas y no aparentes, se presumirá *iuris tantum*, pero sólo se admitirá prueba en contra cuando consista en título constitutivo. Es la única prueba admitida porque en él consta la voluntad atributiva de la servidumbre.

La tolerancia, entendida como relación entre una parte que actúa y otra que deja actuar, puede cesar en cualquier momento por voluntad del que tolera, de modo que una vez revocada, la relación habría terminado y el acto contrario sería ilícito, salvo que se convierta en posesión. Se trata de una conversión por un acto de contradicción material<sup>60</sup>. Si habiendo sido revocada la liberalidad, el acto ya no tolerado persiste, se entenderá que existe el *animus possidendi*. Pues, la oposición a tal revocación impedirá que el afectado pueda ignorarla, de modo que, si no impide o no se opone a tal contradicción, actuará negligentemente y será que contra él exista posesión<sup>61</sup>.

La contradicción a la tolerancia ya revocada no implica la constitución automática de la servidumbre a través de un consentimiento tácito, ni tampoco supone la existencia de un título atributivo de una servidumbre previa, sino que implica el comienzo de la posesión.

MORALES MORENO<sup>62</sup> afirma que “Los actos limitados, transitorios o poco molestos pueden no ser actos tolerados. (...) Parece, pues, que la razón por la cual un comportamiento posesorio merece el calificativo de <<meramente tolerado>> radica en la voluntad...”. Pues, para calificar a un acto de meramente tolerado se ha de atender, en

---

<sup>59</sup> GARCÍA GOYENA, F., y AGUIRRE, J., *op.*, cit., págs. 274-275, cit. en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Usucapión de servidumbres*, cit., pág. 90.

<sup>60</sup> *Interversio possessionis*: nuestra doctrina defiende la idea de la conversión de la tolerancia en auténtica posesión por medio de título o contradicción. En materia de servidumbres discontinuas o no aparentes se muestran favorables al acto formal de oposición o de contradicción como un modo de desvirtuar la presunción de tolerancia.

<sup>61</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Usucapión de servidumbres*, cit., pág. 93.

<sup>62</sup> ROBLES LATORRE, P., *La usucapión de las servidumbres de paso en el Código Civil*, <<Anuario de derecho civil>>I, Vol.58, Nº2, 2005, pág. 640.

primer lugar, a las partes de la relación posesoria y, en segundo lugar, si estas han llegado a un acuerdo tácito para permitir, por ejemplo, el paso por la finca a causa de una relación de buena vecindad o ese acuerdo está documentado, o simplemente no hay acuerdo, pero se produce de hecho la situación permitida por el dueño de la finca colindante. Por consiguiente, cuando existe un acuerdo expreso o tácito estaremos ante la presencia de un título y el dueño de la finca sirviente no podrá cesar el paso de su vecino, salvo en virtud de lo acordado en el título. Por el contrario, cuando no existe título y se produce el paso, estaríamos ante un acto tolerado cuando las partes lo hayan consentido. Pero si cesa la tolerancia por parte del dueño de la finca dominante, y el tolerado sigue pasando por su finca, se convertiría en posesión en concepto de dueño y con ellos cumpliría con los requisitos inherentes a la usucapión: pacífica, pública, ininterrumpida y en concepto de titular.

En definitiva, la oposición al cese de la tolerancia se convierte en actuación posesoria desde la cual podría computarse la usucapión<sup>63</sup>. Además, LUCAS FERNÁNDEZ<sup>64</sup>, establece que la servidumbre discontinua es de mera tolerancia en los supuestos en los que el dueño del fundo permite el paso a su vecino de vez en cuando por su fundo. Pero, cuando el vecino pasa por ahí durante treinta años e incluso se ha originado un sendero no puede decirse ya que hay simple tolerancia, de modo que la prescripción ha de ser posible.

## **2. La usucapión de la servidumbre predial de paso**

La servidumbre de paso tiene naturaleza discontinua, pudiendo ser aparente o no aparente, y es por ello que, según lo establecido en el artículo 532 del CC, sólo podrá adquirirse en virtud de título y, en su defecto, podrá suplirse por una escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente o por sentencia firme.

---

<sup>63</sup> Usucapión *a die contradictionis* que propone TROPOLING, M., *De la prescription ou commentaire du titre XX du livre III du Code Napoléon*, en *Droit Civil Expliqué*, I y II, ed. París, 1857, cit. en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Usucapión de las servidumbres*, cit., pág. 93.

<sup>64</sup> LUCAS FERNÁNDEZ, F., <<La servidumbre predial de paso en el Código Civil español>>, en *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*, XX, 3-4, 1962, págs. 216-440, pág. 321.

BUSTO LAGO<sup>65</sup> justifica esta discontinuidad de las servidumbres de paso porque para su ejercicio se exige un hecho del hombre. En este caso concreto consiste en la posibilidad de que el propietario del fundo dominante pueda realizar determinados actos sobre el fundo sirviente, de forma que, si no los realiza, la servidumbre no se ejercita y no sirve a nadie.

Centrándonos en el tema, el artículo 1941 del CC exige una serie de requisitos para la posesión válida en cuanto a la prescripción ordinaria de los derechos reales, a saber: “La posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida”. Las citadas circunstancias han de concurrir durante el tiempo exigido para que se produzca el efecto adquisitivo. Se hace necesario, por tanto, la realización de un análisis concreto, de cada uno de los requisitos mencionados en relación con las servidumbres de paso:

El primer requisito es la posesión pública. Para producir los efectos *ad usucapionem* es necesario que el titular del predio sirviente tenga conocimiento de la posesión para estar en situación de poder interrumpirla. La publicidad de posesión de las servidumbres de paso se exterioriza en el uso de la misma. El poseedor se comporta ante los demás como titular de ese derecho. Para GARCÍA GOYENA<sup>66</sup> la publicidad consiste en una posibilidad de tener conocimiento de la situación posesoria, pero no es necesario que sea conocida “de facto por aquél contra quien corre la prescripción, siendo suficiente que su conocimiento haya sido puesto a su disposición”, a través de signos exteriores que revelen su existencia. Además, no solo resulta aplicable a las servidumbres aparentes, sino que también sirve para las no aparentes, puesto que la publicidad de la posesión se deriva del comportamiento del poseedor.

En segundo lugar, trataremos la posesión pacífica. La doctrina ofrece dos concepciones de posesión pacífica: por una parte, MORALES MORENO<sup>67</sup>, seguido por DÍEZ-PICAZO, señala que “es pacífica toda posesión que se adquiere sin contrariar la voluntad del anterior poseedor, bien porque se cuenta con su consentimiento o bien porque la cosa no está poseída de hecho”. De esta consideración resulta evidente que se trata de actos de

---

<sup>65</sup> BUSTO LAGO, J., M., *La Usucapión de la Titularidad...*, cit., pág. 41.

<sup>66</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Comentario al artículo 1947 del Proyecto de 1851* citado por BUSTO LAGO, J., M., *La Usucapión de la Titularidad...*, cit., pág. 230.

<sup>67</sup> MORALES MORENO, A., M., *Posesión y usucapión*, Ed. C.S.I.C. – Junta de Estudios Económicos, Jurídicos y Sociales, Madrid, 1972, pág. 172 cit. en BUSTO LAGO, J., M., *La Usucapión de la Titularidad...*, cit., pág. 231.

tolerancia o licencia no válidos como *possessio ad usucapionem*. Para la subsanación de este carácter no pacífico tenemos que recurrir a lo dispuesto en el artículo 1968.1º del CC, según el cual, si el poseedor *ad interdicta* no ejerce las acciones para recobrar o retener la posesión, en el plazo de un año, la posesión del poseedor de la servidumbre se convierte en pacífica y cuenta con el requisito exigido para la adquisición de la misma por usucapión ordinaria y extraordinaria. Por otra parte, ALBALADEJO<sup>68</sup>, en relación con el artículo 460.4º del CC, considera que posesión pacífica significa “que el poder de hecho sobre la cosa no se mantenga por la fuerza”, de forma que aun obtenida la posesión empleando violencia, esta será considerada pacífica a partir del momento en que cesa la aquella. El plazo de un año se otorga para que el perjudicado pueda recuperar la posesión a través de acciones interdictales, pero empezará a contar, tanto para el cómputo de la adquisición como para la realización de la acción interdictal, a partir del momento en que cesa la violencia.

Este requisito tiene poca incidencia en la usucapión ordinaria que se apoya en la existencia de justo título y buena fe. En función de la conceptualización escogida, las consecuencias serían diversas en cuanto al *dies a quo* del cómputo de la posesión válida para la adquisición. Para la primera, el plazo se determina por el momento de prescripción de las acciones tendentes al restablecimiento de la posesión. Para la segunda, se determina por el momento en que cesa la violencia y prescriban las acciones interdictales<sup>69</sup>.

La posesión ininterrumpida es otro de los requisitos mencionados para la adquisición por prescripción. En la doctrina española se equipara a la continuidad de la posesión. BUSTO LAGO<sup>70</sup> entiende que dicha continuidad es inherente al *corpus* porque se trata de un ejercicio normal y efectivo del derecho poseído, según este autor no se trata de un requisito específico de la posesión *ad usucapionem*, aunque sí considera necesaria su concurrencia. La posesión civil de la servidumbre de paso ha de ser continua, pues no debe perderse durante el periodo de veinte años por hechos imputables al poseedor; también ha de ser ininterrumpida, durante el mismo plazo, por causas exigibles a un tercero. En este sentido hay que tener en cuenta el artículo 466 del CC que establece que el poseedor “que

---

<sup>68</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, Tomo 3º, Derecho de bienes*, Bosch, Barcelona, 1989, pág. 184 cit. en BUSTO LAGO, J., M., *La Usucapión de la Titularidad...*, cit., pág. 233.

<sup>69</sup> BUSTO LAGO, J., M., *La Usucapión de la Titularidad...*, cit., pág. 235.

<sup>70</sup> BUSTO LAGO, J., M., *La Usucapión de la Titularidad...*, cit., pág. 237.

recupera, conforme a derecho, la posesión indebidamente perdida, se entiende para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio que la ha sufrido sin interrupción”.

Tratándose de una servidumbre discontinua, como es la servidumbre de paso, para que la posesión sea considerada como continua a efectos de poder usucapirla, es suficiente con que el poseedor realice regularmente los actos de uso que realizaría un cuidadoso y diligente titular del mismo. Habrá de pasar a intervalos, pero siempre y cuando se haga todas las veces que se manifieste la necesidad. De ahí que la posesión continua para adquirir la servidumbre puede mantenerse solo *animo* siempre que el poseedor pueda recuperar *ad libertum* el *corpus*<sup>71</sup>.

Este requisito, a su vez, se divide en dos: por una parte, que la posesión no se haya interrumpido durante los veinte años ni por causas de interrupción naturales ni civiles, según lo dispuesto en los artículos 1943 a 1949 del CC. Por otra parte, que durante ese periodo de tiempo no haya cesado ninguno de los caracteres exigidos para su eficacia adquisitiva del derecho real. BUSTO LAGO<sup>72</sup> a la conclusión de que se trata de una presunción *iuris tantum* establecida en el artículo 1960.2º del CC en relación con el artículo 436 del mismo texto legal, ya que hasta que no se pruebe la interrupción, la posesión se presume continuada. En caso de que se produzca la interrupción, el tiempo transcurrido ya no cuenta a los efectos de la adquisición y el cómputo del plazo se iniciaría de nuevo. Pero existe una excepción prevista en el apartado primero del artículo 1960 del CC “el poseedor actual puede completar el tiempo necesario para la prescripción uniendo al suyo el de su causante”. Esto significa que la continuación en el uso sigue sin interrupción alguna cuando el poseedor sea sucesor en sentido jurídico del poseedor anterior o inicial. Para que se puedan unir ambos plazos de posesión es necesarios que las dos posesiones, la del causante y la del heredero, cumplan con los requisitos que estamos analizando<sup>73</sup>.

El último requisito es la posesión en concepto de titular del derecho real *-iure servitutis-*. El artículo 447 del CC dispone que “sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio”. En palabras de ALBALADEJO<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> BUSTO LAGO, J., M., *La Usucapión de la Titularidad...*, cit., pág. 236.

<sup>72</sup> BUSTO LAGO, J., M., *La Usucapión de la Titularidad...*, cit., pág. 238 y ss.

<sup>73</sup> BUSTO LAGO, J., M., *La Usucapión de la Titularidad...*, cit., págs. 238 a 240.

<sup>74</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, Tomo 3º, Derecho de bienes*, Bosch, Barcelona, 1989, pág. 181.

se trata de un artículo incompleto porque tan sólo se ha tenido en cuenta la usucapión del dominio.

La posesión en concepto de titular de una servidumbre de paso es necesario que se concrete en un comportamiento continuo que demuestre la intención de ejercer un poder de señorío. El poseedor ha de comportarse como titular del derecho real y dicha postura ha de permanecer ininterrumpida durante el tiempo exigido para adquirir mediante usucapión<sup>75</sup>.

Queda por determinar un último requisito, aunque no se encuentra entre los mencionados por el artículo 1941 del CC, nos referimos al plazo de la usucapión. Para el caso de que la servidumbre de paso sea aparente, el artículo 538 del mismo cuerpo legal establece que el plazo de veinte años "... se contará (...), desde el día en que el dueño del predio dominante (...) hubiera empezado a ejercer sobre el predio sirviente...". Para el caso de las servidumbres de paso no aparentes, el inicio de la posesión coincide con el ejercicio mismo del hecho de pasar<sup>76</sup>.

En definitiva, cuando el poseedor haya cumplido con los requisitos exigidos y durante el plazo establecido para la usucapión se adquirirá la titularidad de la servidumbre causando el menor perjuicio posible al fundo sirviente<sup>77</sup>.

### **3. La posesión inmemorial de las servidumbres discontinuas y su consideración como prescripción adquisitiva**

Como se ha visto el origen de la prescripción inmemorial se sitúa en la época del Derecho Romano clásico en la llamada *vetustas* o también *longa consuetudo* y sólo se aplicaba a algunas servidumbres. Su función no era la de constituir por prescripción las servidumbres, sino servir como instrumento presunto y acreditativo del título *erga omnes*. La *vetustas*, a diferencia de la usucapión, no establecía un periodo mínimo de uso para poder adquirir y, además, tampoco importaba el momento inicial de dicho uso, de hecho, si el origen del mismo fuese conocido su carácter inmemorial decaía. Recordemos que en el periodo

---

<sup>75</sup> BUSTO LUGO, J., M., *La Usucapión de la Titularidad...*, cit., págs. 242-250.

<sup>76</sup> BUSTO LAGO, J., M., *La Usucapión de la Titularidad...*, cit., págs. 253-255.

<sup>77</sup> BUSTO LAGO, J., M., *La Usucapión de la Titularidad...*, cit., pág. 257.

romano clásico no era posible poseer ninguna de las servidumbres existentes, ni siquiera cabía la *quasi possessio*.

La *possessio*, durante la época clásica, diferenciada del *usus*, se limitaba a las cosas corporales, por tanto, no cabía la posesión ni la casi posesión de las servidumbres. La única fuente apta para poseer los *iura in re aliena* era la *possessio*, de modo que la *vetustas* no se reconocía como un modo de adquirir las servidumbres.

Más tarde, en el *Ius Commune* se produce una confusión entre el uso inmemorial y la usucapión, sobre todo en lo relativo a las servidumbres discontinuas. A partir de este momento, para que la adquisición por tiempo inmemorial prospere, no será suficiente con el simple ejercicio de la servidumbre, sino que además se requiere que se trate de una verdadera posesión, esto es, practicada de forma pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe<sup>78</sup>.

En la actualidad, la doctrina admite la posesión inmemorial de las servidumbres discontinuas o no aparentes siempre y cuando se haya consumado con anterioridad a la entrada en vigor del CC, según lo dispuesto en la Disposición Transitoria 1ª del mismo texto “Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca. Pero si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido, de igual origen.”, en relación con el artículo 1939 del mismo cuerpo legal que establece que “La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores del mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo”<sup>79</sup>.

El problema que se plantea hoy en día no es si se admitirá o no la posesión inmemorial, sino que, habiendo transcurrido más de un siglo desde la entrada en vigor del CC, sería admisible el título que ésta supone, y, en su caso, reconocimiento o sentencia firme exigidos por los artículos 539 y 540 del CC para las servidumbres discontinuas. Estos dos artículos

---

<sup>78</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Usucapión de servidumbres*, cit., págs. 139-142.

<sup>79</sup> BUSTO LUGO, J., M., *La Usucapión de la Titularidad...*, cit., pág. 155.

nada dicen respecto de la posesión inmemorial como medio adquisitivo. En cuanto al artículo 539 CC, este permite la constitución de las servidumbres discontinuas o no aparentes sólo por título y, el 540 CC añade que su falta puede suplirse por reconocimiento hecho por el titular del predio sirviente o sentencia firme. De modo que, al representar la posesión inmemorial un título presunto, ha de entenderse implícitamente, o por analogía, recogido en los artículos citados<sup>80</sup>.

En definitiva, la posesión inmemorial de las servidumbres discontinuas es posible en la actualidad siempre que se haya consumado antes de la entrada en vigor del CC (el 1 de mayo de 1889) y, además, es conforme a los artículos 539 y 540 del CC, aunque no hagan una mención expresa.

---

<sup>80</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Usucapión de servidumbres*, cit., págs. 142-154.



## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** Como se ha visto, de los diferentes tipos de servidumbres, no todas ellas son susceptibles de ser adquiridas por el transcurso del tiempo. En función de su clasificación podemos distinguir: por una parte, las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas. Según lo establecido en el artículo 539 del CC, únicamente pueden constituirse en virtud de título, las servidumbres continuas no aparentes, y las discontinuas, aparentes o no. En relación con el artículo 537 del CC las servidumbres continuas y aparentes, además de la constitución en virtud de título, podrán constituirse por prescripción de veinte años. Por otra parte, el artículo 540 del mismo cuerpo legal se refiere a la falta de título constitutivo de las servidumbres no usucapibles, pues éstas únicamente pueden adquirirse por escritura de reconocimiento o por sentencia. La escritura es una prueba de que existió título, es una declaración de conocimiento de la existencia de la servidumbre; y la sentencia es el resultado de un litigio en el que ha de probarse que hubo título constitutivo y no de que existió un documento en que se consignó el título. Es decir, la escritura de reconocimiento y la sentencia no son modos supletorios para constituir la servidumbre, sino medios justificativos o probatorios de una servidumbre preexistente, constituida por título, pero que se encuentra contradicha en su existencia. (¿Unificar primera y segunda?)

**SEGUNDA:** La prescripción adquisitiva únicamente se aplica a aquellas servidumbres que presenten los caracteres de continuas y aparentes, estableciendo un plazo singular de veinte años. El computo del mismo varía, según se trate de servidumbres positivas o negativas, siendo el *dies a quo* de las primeras, el día en que comienza el ejercicio del derecho de servidumbre sobre el predio sirviente, y en las negativas, a partir del día en que se produce la prohibición, al titular del fundo sirviente, de realizar actos que de no existir el gravamen sí podría llevar a cabo.

**TERCERA:** La posesión y las propias servidumbres han ido evolucionando durante las diversas épocas del Derecho Romano para llegar a configurarse como la institución jurídica que conocemos hoy en día. En un principio, durante la época arcaica, predominaba el *usus* como modo de adquisición de *res mancipi* y *res corporales*. Las servidumbres más antiguas, las rústicas, se configuraban como una *res mancipi* susceptible de *dominium*, y por tanto de usucapión, ya que era posible poseerlas.

**CUARTA:** La época clásica del Derecho romano empezó con una separación entre el *usus* y la *possessio* quedando ésta última limitada a los bienes corporales de modo que las servidumbres, entendidas como *res incorporales*, ya no eran usucapibles. Además, con la promulgación de la *Lex Scribonia* se prohibió la usucapión de todas las servidumbres, indistintamente si se tratara de rústicas o urbanas. Pero se admitió una excepción, la adquisición de la cosa gravada por la servidumbre. Las *vetustas*, en principio usadas como presunción de justo título, hacían referencia a una constitución inmemorial de las servidumbres que carecían de *agro*. Así, la *longi temporis praescriptio*, funcionaba como una excepción procesal basada en el uso de la servidumbre, de diez o veinte años, frente a los opositores de la misma.

**QUINTA:** Con la evolución, y en el derecho justiniano, se llegó a la conclusión de que el derecho de servidumbre podía ser objeto de posesión, surgió la *quasi possessio*. Con ella y como requisito principal, se convirtió la *praescriptio longi temporis* en un medio adquisitivo reservado a *res incorporales*. Además, con la unificación de la *usucapio* y la *praescriptio longi temporis* como medios adquisitivos, ya no existía razón alguna para prohibir la usucapión de las servidumbres.

**SÉXTA:** Se admite la prescripción adquisitiva de las servidumbres discontinuas en cuanto adquisición contra el propietario concededor de la posesión, tolerante, o la actuación negligente del mismo cuando a pesar de su conocimiento, no pone los medios necesarios para evitar que la adquisición llegue a consolidarse. En caso de que el mismo cese su tolerancia, la oposición del tolerado se convierte en actuación posesoria.

**SÉPTIMA:** Las servidumbres discontinuas, y en especial la servidumbre de paso, pueden ser adquiridas por transcurso del tiempo cuando se cumplan los requisitos exigidos en el art. 1941 del CC: posesión “en concepto de dueño, pública, pacífica y no ininterrumpida”.

**OCTAVA:** Las servidumbres discontinuas y no aparentes son susceptibles de posesión inmemorial siempre y cuando ésta se haya consumado con anterioridad a la entrada en vigor del CC.

**NOVENA:** El Derecho Romano es esencial en lo referente al derecho de servidumbre y su adquisición por el transcurso del tiempo ya que en nuestro CC se conservan la mayoría de las bases asentadas en la resolución jurisprudencial ofrecida por los juristas romanos.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, Tomo 3º, Derecho de bienes*, Bosch, Barcelona, 1989.

BUSTO LAGO, J., M., *La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso*, Edersa, Madrid, 2000.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Usucapión de servidumbres*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

DIEZ-PICAZO, A., y GUILLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2001.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, 8ª ed., Iustel, Madrid, 2015.

GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Digesto, 6 Volúmenes, Lex Nova, Barcelona, 1889-1897.

GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. “Los límites del derecho de servidumbres y el uso de los elementos accesorios”, Díez- Picazo, L. y de León, P, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Registradores de España, Tomo I, Universidad de Murcia, 2004.

LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La adquisición de las servidumbres por el transcurso del tiempo*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2002.

LUCAS FERNÁNDEZ, F., “La servidumbre predial de paso en el Código Civil español”, en *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*, XX, 3-4, 1962, págs. 216-440.

PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, Tirant lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2008.

ROBLES LATORRE, P., “La usucapión de las servidumbres de paso en el Código Civil”, *Anuario de derecho civil*, Vol.58, Nº2, 2005, págs.622-689.

TORRENT RUIZ, A., *Diccionario de Derecho Romano*, Edisofer, S.L., Madrid, 2005.

## ABSTRACT

The Spanish Civil Code regulates the easements in the VII title of the II book under the signature "About the easements", articles from 530 to 604.

Easement is a real right about *re aliena*, and its main feature is that it's title holder enjoys a faculty over a thing he doesn't have any control.

Civil Code's, from this point forward CC, article 530 defines the *easement* as "a responsibility imposed over a real estate in benefit of another one belonging to a different owner. The property in whose favour the *easement* is constituted is called dominating estate, the one which suffers it, servient estate".

The easements, to attend to their characterization, follow a series of principles and rules. This is a roster of properties, of a natural base built over the institution of the easement. Easement is a subjectively real right because the ownership is assigned to the thing's ownership, that is to say, the dominant estate's owner will be the easement's owner.

As the CC establishes, easements are a real right. From this feature it's deduced that easements are exercised *erga omnes*.

Easement is also characterised for falling to *re aliena*, it is impossible to build an easement over an own property, in which case, the easement becomes extinct when the figure of the owner and the title holder are in possession of the same person. The principle *nemine res sua servit iure servitis* is applied. Easements interpretation is restrictive. It cannot be presumable. The last character is the easement's belonging to the real estate and it's indivisibility.

Easements characteristics are:

- No one can belong an easement over his own property.
- Easements cannot consist on an obligation to do something.
- Easements are indivisible.
- Easements aren't inside our patrimony, neither outside of it.
- The estates must be adjacent.
- Easement must be useful to the estate.

In conclusion, easement is considered as a responsibility over a real estate, as a restriction on the owner's freedom on this real estate. What entails to respect the *status quo* determined by the easement.

There are some kinds of easements. The main classification is the one that differentiates between rustic predial easements and urban predial easement. There are some other classifications, positive and negative easements should be pointed, continuous and discontinuous easements also, apparent and not apparent are some of them.

This classification holds some relevance when it comes to study the aim of this work, since the categorization of the specific easement in attention to determined circumstances will have influence to his acquisitive prescription.

a) Rustic and urban easements

Rustic easements are the more primitive ones. It is about to achieve the real estates to be more productive. Amongst rustic easements we can find way easements and water easements. The way ones are those which empower the dominant's estate owner to cross the land of the servient estate to get to his own estate. The main easements amongst those ones are *iter*, *actus* and *via*.

Regarding to water easements, we are referring to the water extraction and water conduction. To this two types of rustic easements can be added some others like cattle graze easements, which contains the *servitus pectoris pascendi* and the *servitus pecroris ad aquam appulsus*.

Urban easements are established over estates with the purpose to favour the urbanisation and the building process needs. Those are classified on three groups: drainage subject or water grooving; edification support; and lights and sights.

Nowadays, this differentiation has no relevance on what alludes to easements usucaption.

b) Positive and negative easements

We are talking about a positive easement when it consists on an obligation to do something, that is, when the owner of the dominant estate has a right to do something on the servient estate. However, a negative easement impedes the servient estate's owner to do something on his own estate, something, that in case of not to exist this easement, he could do.

This distinction becomes necessary regarding to his importance in the count of the possession for the acquisition by usucaption as the CC article 538 establishes.

c) Continuous and discontinuous easements

Continuous easements are those which use is uninterrupted in time. It is a non-stopped use without the intervention of any act of the man. It is defined at the CC article 532.

Regarding to the discontinuous, the dominant estate's owner is allowed to make a use of the servient estate in intervals, which will be more or less long. Different from the continuous ones, those depend on man acts. The man's actuation consists on the obtaining of the easements containing. So, the easements continuity is a way to exercise the easement against the discontinuity.

Relative to their acquisition by acquisitive prescription, CC article 537 establishes that the apparent and continuous easements may be acquired under title or by the prescription of twenty years. In the case of discontinuous, CC article 539 establishes that only can be acquired under title, the same happens with the continuous and not apparent. Not all the continuous easements are usucaptible, because their appearance is required.

d) Apparent and not apparent easements

Apparent easements are those which are in sight because of outer signs, they are announced and reveal their use and exploiting. Those signs must be permanent and liable to recognition by everybody. This appearance comes from physical and material features.

The non-apparent ones don't show signs of his existence. A sign "that doesn't show any objective connexion with the use and exploitation doesn't transform a easement in apparent". Those easements may be understood as tolerated acts or allowed by the owner because of good neighbourhood.

Once again we refer to the CC articles 537 and 539, which show the possibility to acquire the apparent easements by prescription, only when they are also continuous. Our CC establishes in the CC art 537 that "continuous and apparent easements are acquired under title or by prescription of twenty years", and in CC article 539 it's said that "non-apparent continuous easements and discontinuous, apparent or not, only will be acquired under title".

So, we have as usucaptible one category, the continuous and apparent easements. Between the sign of appearance and the easements exercise must be a connexion. An idea

of a real responsibility is expressed, a *iuris et de iure* ownership presumption. It is shown not only the enjoyment, but also the good will to do it.

By the other side, we have the impossibility to usucapt continuous and non-apparent easements. The CC article 1941 required presupposes aren't achieved, public, pacific and not interrupted possession. The CC article 540 discontinuous and non-apparent easements non-usucapability disposes that the lack of constitutive title is replaced by the dominant estate owner's scripture recognising or solid sentence.

Starting from the distinction between positive and negative easements, we can see that the positive ones can be continuous and apparent, discontinuous and non-apparent, and continuous and non-apparent. Regarding to negative easements, they will always be continuous and non-apparent. So all the easements can be acquired under title, but only are susceptible of acquisitive prescription the continuous and apparent ones.

Relative to the constitution of all the easements, according to CC article 536, it can be done by the law's choice, by the participants' choice, by acquisitive usucaption or by the head of the family's destiny.

Legal constitution distinguishes depending on if the easement appears on an automatic way or *ipso iure* bounded to a hypothesis taken into account in a legal standard, or that confers to a person the possibility to demand the constitution. They have as subject the public utility and are ruled by special laws.

The voluntary constitution has an impact in the good will's autonomy. The CC concedes the denomination of "title". It is required to be documented, it can be onerous or free, and also is considered by testament. It implies the easements inscription in the Property Register.

The constitution by apparent sight or by head of the family's destiny (CC article 541), contemplates the existence of a service relation between two estates through an apparent sight. These relation requirements are: alienation of one of the estates by a disposition act *inter vivos* or *inter mortis causa*; the existence of an apparent sight between the estates, the lack of declaration contrary to the existence of a sight in the alienation's title and its existence in the moment of the scripture. While both estates belong to the same owner, it is impossible to consider the existence of an easement under the principle *nemini res sua servit*.

Finally, the easement's acquisition by acquisitive prescription or usucaption is regulated in the CC articles 537 to 540. It requires the real right in question to be susceptible of being

taken off, to be *intra commercium* and to be susceptible of the legal traffic. CC reserves the usucaption to the easements that present the characters of continuous and apparent; establishes a unique period of twenty years, being this one the unique requirement. Time will variate depending on positive or negative easements. In the positive ones, the time starts to count since the day the exercise begins over the servient estate, in the case of negative easements, from the day the dominant estate's owner forgives the servient estate's owner the exercise of an act that in case of not to exist the easement, it would be legal.

Therefore, continuous and apparent easements can be constituted for usucaption of twenty years, apart from the public possession, pacific and not interrupted, without the necessity of fair title or good faith.

On the beginning, only corporal things could be possessed, but then the possession of law, or *quasi possession*, was accepted. It was understood like the exercise of a right to concede, by means of interdicts protection to the owner or not that exercised an easement.

It is convenient to make a reference of the evolution of the *possession* as a premise for the acquisition of a predial easement's right by the *usus*.

During the primitive epoch existed the confused possession with the *usus*, that only referred to the corporal things. In the XII Board's Law is considered for the first time the real estate's acquisition by the use of two years and the use of any other thing in the period of one year. So, *usus* and *possession* in the beginning distinct, arrive, to the end of the epoch, to the property's acquisition *ex iure Quiritium*.

In the justinianean period a legal evolution is produced, it brings more significance to the *animus* leaving the *corpus* secondly. In this way the effective possession is substituted by the intention. The *animus* refers to a possession by way of owner, of good faith, and conserves the possession with possibility of usucaption. It makes possible the right's possession. The *quasi possessio* falls over corporal things, in particular, *iura in re aliena*.

*Usus* served to constitute rustic easements, by possessory situation that allowed acquire the dominium by the course of time. Since the *Lex Scribonia* was declared the impossibility of usucaping the easements. The reason the Law was decreed was the decrease of the economic value of the lands, because almost all of them were taxed by easements. The *possesio servitutis* was rejected for being the *res incorporales* servitudes and don't be able to be object of possession, because their concept was limited to the *res corporals*.



To protect the easements *status quo* as a *iura in re aliena*, the *Pretor* introduced a serie of special interdicts. Those were extra-procedural ways to defend possessory situations and allowed the possession of rights or *quasi possession*, since it was maintained the possibility of acquiring it's dominium with the *usus* and by acquisitive prescription.

Another way of possession's derivative acquisition is the *tradition*. It consisted on a non-formal deal through which the possession was transferred and the property of the *res nec Mancipi* in the classic and post-classic eras served for all the things. The requirements for the valid realisation of the *tradition* were: the thing not to be *res extra commercium*, to be *dominium ex iure Quiritium* of the transferor, and this one to have the effective choice of transmitting the property and the *accipiens* to receive it. For the transmission of the intangible things the *traditio servitutis* started to be used. In order that the *usus iuris* was understood like a *traditio*. In addition, it was made with the express or tacit permission of his exercise, this permission adopted the name of *patientia*.

The *longi tmeporis praescriptio* originally was a way to defend the possession of the provincial estates. It was applied to the roman citizen's properties. Later it was extended to the *res corporals* of the *peregrine* because the roman citizen's properties were regulated by the usucaption rules. The roman neighbours used to apply the *lex agri*, they made agreements and deals between them, otherwise, they resorted to the *vetustas*, a sort of things that existed since immemorial time. With regard to easements, if one of them didn't consist of the *agro* it was understood that it was validly constituted in virtue of the *vetustas*. They are classified as a right caused by the *longa consuetudo* as a *quasi servitus*. In that way, the long possession substituted the *iure* constitution. It was accepted the possession of a easement's right and of the resulting acquisitive prescription of it.

Justinian unified the institutions of the *usucapio* and *praescriptio* having this last one an acquisitive character. The *usucapio* was reserved for the chattels and the *praescriptio longi temporis* for the properties. The requirements were the same applied for the property's acquisition: the *quasi possession* of then or twenty years, the good faith and fair title, *nec vi, nec clam, nec precario*; and the thing's aptitude to be usucaptured.

With the analysis made seems that only are usucaptible the continuous and apparent easements for the twenty-year period. To demonstrate the falseness of this we will appeal to the tolerance's presumption in the use of non-continuous and non-apparent easements.

The constitutive acts of the discontinuous and non-apparent easements are understood like acts done because of neighbourhood or familiarity reasons. Our CC doesn't offer a legal concept of tolerance, but it mentions it in the articles 444 and 1942.

In Roman Law, the tolerance had a more restricted notion than the current law, and was based in familiarity relations. In addition, it was supported that any easement could be presumed tolerated when didn't exist any constitutive title of the right.

Nowadays, the reasons for the concession may be very diverse: reasons of familiarity, kinship, good neighbourhood or friendship. Those relations have led to the easement's socialisation. But we must not forget that to the neighbourhood relations, which are dominium limits, are opposed all the easements.

Tolerance, understood as a relation between one part that acts and another one that let act, can be ceased in any moment. Once revoked, the relation should have finished and the act should be illegal, unless it turns into possession. It is about an act of material contradiction. If having been revoked the liberality, the act persists, it is understood that exists *animus possidendi*. In case the continuation of the act is not impeded, the tolerant will act negligently and will exist possession against him. So, the opposition to the tolerance's cessation turns into possessory actuation, from which the usucaption could be computed.

The way easement has a special relevance to demonstrate the discontinuous easements' usucapability. According to CC article 532 only will be possible to acquire under title and, otherwise, could be supplied by and scripture of the dominant estate's owner recognising or final judgement. On his behalf, the CC article 1941 demands a series of entails for the valid possession: by way of owner, public, pacific and non-interrupted. The way easement's publicity is revealed by the use of it. The holder behaves like owner of this right. It is about a possibility of having knowledge of the possessory situation through outward signs that reveal its existence. With regard to the pacific possession, doctrine offers two conceptions: by one side, it is established that the acquired possession without displeasing the last holder is pacific. It is about tolerance acts, in which case, if the holder *ad interdicta* doesn't exercises the actions to retain the possession, in the period of one year, the easement's possessor's possession becomes pacific. On the other side, it is considered that the pacific possession means the fact power not to be maintained by the use of the force, so that, even obtained the possession using the violence, this will be considered pacific since the moment the possession is cessed. The harmed will have one year to get back the possession through

injunction. The non-interrupted possession, in the Spanish doctrine, it is compared to the continuity of the possession. Being a non-continuous easement, for the possession to be non-interrupted in order to be usucaptured, is enough as long as the possessor realises regularly the use acts. In a way that the continuous possession to acquire the easement can be maintained *solo animo* as long as the holder could get back *ad libertum* the *corpus*.

The last requirement is the possession in concept of the real right's owner. It is necessary to be summed up in a continuous behaviour that shows the intention of exercise a power of dominance. The holder must behave like the real right's owner and this situation must be maintained non-interrupted during the demanded time to acquire by usucaption. The last requirement, not regulated in the CC article 1941, the usucaption's period. The CC article 538 establishes that for apparent easements the twenty-year window will start to count since the day the dominant estate's owner starts to exercise over the servient estate. And for non-apparent easements, the beginning of the possession coincides with the same exercise as the fact of passing.

When the holder has complied with the demanded requirements and during the established period for the usucaption, the easement's ownership will be acquired causing as prejudice as possible in the servient estate. With that is demonstrated the aptitude of the easements for being acquired by the lapse of time.

In the end, comes the immemorial possession of the discontinuous easements and their consideration as acquisitive prescription.

The origin comes from the classic Roman Law, in the known *vetustas* or also *longa consuetudo*. As opposed to the usucaption, those didn't establish a minimum period of use to be able to be acquired, in addition, the initial moment of the use didn't matter, in fact, if the origin was known, it's immemorial character declined. Later, in the *Ius Commune* was produced the confusion between the immemorial use and the usucaption, especially in the relating to the discontinuous easements. For the acquisition by immemorial time thrives, won't be enough with the simple exercise of the easement, but also must be a real possession, this is, practiced in a public, pacific, non-interrupted and in good faith way.

Nowadays, doctrine admits the immemorial possession of the discontinuous and non-apparent easements provided that it is consummated before the CC's entry into force, according to the 1<sup>st</sup> transitory provision of the this one.

To sum up, the discontinuous easement's immemorial possession is possible nowadays providing that is consummated before the CC's entry into force, before 01/05/1989, and also, to be just as the CC articles 539 and 540, even those don't say anything about the immemorial possession as an acquisitive way, considering that, since it represents a presumed title, must be understood implicitly, or by analogy, gathered in the mentioned articles.