

dientes, se reputan parte de la cosa (4). Y es anómalo, porque ni puede reducirse rotundamente á la ocupacion, respecto á que si así fuera tendria tambien lugar en el poseedor de mala fe, lo que no sucede, como luego veremos; ni á la accesion discreta, porque salen ó nacen del campo que no es nuestro. Unidas la buena fe y la percepcion laboriosa, lo forman.

29 Si los frutos percibidos fuesen los que decimos *naturales*, por ser de tal naturaleza, que no vienen por el trabajo de los hombres, mas por si los da el campo, dice la *misma ley 39*, que debe restituirlos el poseedor con la heredad ó campo, aunque los haya despendido á buena fe; y que si por ventura fuese poseedor de mala fe, y los hubiese despendido, debe restituir su precio. Parece á primera vista, que iguala en cuanto á la obligacion de restituir los frutos despendidos, á los poseedores de mala y buena fe; porque tambien ha de ejecutarse la obligacion de este en restituir el precio de los frutos, por no poder hacerse en ellos mismos como á consumidos: cuya doctrina generalmente entendida, no tendria al parecer equidad. Diremos pues con Gregor. Lóp. en la *glosa 9. de d. ley 39*, que en el poseedor de buena fe deberá entenderse solamente en cuanto se hizo mas rico; cuando al contrario ha de entenderse generalmente en el que la tiene mala. Esta interpretacion, sobre equitativa, tiene fundamento en la *misma ley*, que habiendo dicho del de buena fe, que debia restituir los frutos despendidos, varia la locucion, cuando en seguida habla del de mala, diciendo deber pechar el precio de ellos: cuya variacion en el hablar, la indica tambien en la doctrina, y no puede ser otra. Y adviértase, que tambien el poseedor de mala fe puede sacar las espensas que hizo en su razon, *d. l. 39. al fin*. La siguiente *ley 40*, pone una diferencia en dos géneros que hace de poseedores de mala fe, á saber, uno de aquellos que roban la cosa ó la entran sin derecho; y otro de los que la tienen por razon de compra, donación ú otra razon derecha; pero sabiendo, que aquellos de quien la han, no tienen derecho de enajenarla. De los primeros dice, que vencidos en juicio deben tornar la cosa con los frutos que llevaron, y con los que hubiera podido llevar su due-

(4) L. 44. C. de rei vind.

ño; y de los segundos, que han de tornar los frutos percibidos por ellos, pero no los que pudiera haber percibido el dueño: de cuyo caso pone cuatro escepciones, siendo la una cuando el vendedor vendió la cosa con intencion de engañar á sus acreedores, y el comprador fué partícipe del engaño.

30 De las despensas que hace el poseedor de casa ajena, habla con estension la *ley 44. de d. tit. 28.*, distinguiéndolas en necesarias, útiles y voluntarias. Dice de las necesarias, que las puede cobrar todo poseedor, sea de buena ó mala fe, no debiendo entregar la casa al dueño hasta que se las pague; pero debe tomar en descuento los frutos ó provechos que hubiese percibido. En las no necesarias, pero útiles ó provechosas, distingue entre el poseedor de buena y de mala fe. El de buena las puede cobrar como las necesarias; pero el de mala las puede sacar y llevárselas, si el dueño de la casa no quisiere pagárselas. Y esto mismo puede hacer el de buena fe en las espensas voluntarias: bien que deberá dejarlas si el dueño de la casa le pagare lo que debia sacar de ellas; y el poseedor de mala fe nada saca por razon de estas despensas. Esta *ley* habla con mas claridad que las *44. y 42. del propio título*, que tratan del mismo asunto.

## TÍTULO II.

### DE LAS PRESCRIPCIONES Y DE LA POSESION.

Tít. 29. y 30. P. 3. tít. 8. lib. 44. de la Nov. Rec. (1).

1. 2. *Si la usucapion ó prescripcion es modo de adquirir del derecho civil, ó del de gentes; y cómo se define.*
3. *Se refieren los requisitos necesarios para la prescripcion.*
4. 5. 6. 7. 8. 9. *Se esplican los cinco requisitos de la prescripcion.*
10. 11. 12. *Qué significa prescribirse las acciones; y variedad de tiempo por que se prescriben.*

(1) Tit. 2 et 5. lib. 44. D. et tít. 35. et 59. lib. 7. C.

43. *Qué sea cuasi posesion, y de la division de posesion en civil y natural.*  
 44. *Quiénes pueden adquirir posesion.*  
 45. *Qué cosas se requieren para adquirir la posesion.*  
 46. 47. *Modos de perderse la posesion.*

4 Por el uso de la cosa con justo título y buena fe, se adquiere tambien su dominio; pero este modo de adquirir se reputa civil, á causa de resistirle á primera vista la razon natural, que no permite se le quite á ninguno su dominio, sin culpa ni intervencion suya: aunque no deja de tener mucha equidad fundada en exigirlo así el bien público, como veremos; de suerte que no hallamos grande reparo en decir, que puede tambien referirse al derecho de gentes secundario. Pero sea lo que fuere de esta cuestión de poco ó ningún provecho, vamos á esplicarlo.

2 A este modo de adquirir llamaron las leyes romanas usucapion ó prescripcion (1), y tambien le da este último nombre el *tit. 8. lib. 44. de la Nov. Rec.*; y no es otra cosa que *Adquisicion de dominio por continuacion de posesion por el tiempo definido por la ley*. Su introduccion la hizo necesaria la pública utilidad y tranquilidad de la república; porque sin ella estarian espuestos á infinitos pleitos los poseedores de las cosas, sin bastarles á evitarlos su larga posesion, aunque adquirida por título de compra ú otro legítimo: podria clamar cualquiera pretendiendo haber sido la cosa de sus antecesores, y nunca del que la vendió; y el dominio estaria en incierto, con los perjuicios del Estado que se dejan considerar. La llamó con razon Ciceron *fin de la solicitud y de los pleitos*.

3 Para tener lugar la prescripcion, son necesarios cinco requisitos: I. Razon derecha ó justo título idóneo para trasferir el dominio, esto es, que por él adquiriríamos inmediatamente el dominio, seguida la tradicion, si procediese del verdadero dueño de la cosa que pudiese enajenarla; y viniendo de quien no lo es, produce el derecho de prescribir, como compra, donadío, permuta. II. Buena fe. III. Posesion continuada. IV. El tiempo tasado por la ley. V. Que la cosa no sea viciosa, esto es, no tenga en sí impe-

(1) Tit. 6. lib. 2. Inst.

dimento de prescribirse. Adquiriré yo pues por prescripcion el dominio de una cosa, si habiéndola comprado de quien no era su dueño, creí que lo era y que me la podia vender, y en seguida la poseí sin interrupcion el tiempo determinado por la ley, y en ella no habia circunstancia alguna que pudiese impedir su prescripcion, *l. 6. y siguiente, l. 9. l. 48. d. tit. 29. P. 3.*

4 El título necesario para la prescripcion debe existir real y verdaderamente, sin que baste el existimado; y de ahí es, que no puede prescribir el que tiene una cosa, creyendo haberla comprado, ó que se le ha dado sin ser así; si no es que su falsa creencia venga de la ignorancia de un hecho ajeno, que le sea tolerable ó inculpable; como por ejemplo, si habiendo dado yo orden á mi procurador que me comprase alguna cosa me la entregase, diciendo contra la verdad haberla comprado; ó la tuviese por legado, que ignorándolo yo, hubiere sido revocado: en cuyos casos tendria lugar la prescripcion, *l. 44. l. 45. d. tit. 29. (1).*

5 La buena fe consiste en creer el poseedor de la cosa, que era dueño de ella, ó tenia facultad de enajenarla el que se la vendió ó dió, *d. l. 9. (2)*. La ley 42. *d. tit. 29.*, imitando las romanas (3), estableció que bastaba hubiese tenido buena fe el poseedor al tiempo que se le entregó la cosa, á escepcion de cuando la recibia por compra, que entónces era menester haberla tenido tambien al de celebrarse el contrato: de suerte que no impedia la prescripcion la mala fe que sobreviniese despues de la entrega. Pero Greg. López en la *glosa 4. de d. l. 22.* el señor Covar. *lib. 4. var. cap. 3. n. 7.* y todos los demás intérpretes nuestros dicen, que en este particular seguimos en España al Derecho canónico, que en el *cap. últ. de prescrip. de las Decretales de Gregorio IX.* establece, debe durar la buena fe hasta el complemento de la prescripcion. Y el mismo Greg. López en la *glosa 2. de la ley 21. de d. tit. 29.* añade, debe seguirse esta misma doctrina en la prescripcion de 30 años, sin embargo de que *esta ley*, á imitacion tambien de las romanas (4), no exige buena fe en las prescripciones tan largas. Y Vela en su *disertacion 48. n. 45. y siguiente.* pretende estar apoyada esta doctrina en la *ley 2. tit. 8.*

(1) § 6. Inst. usucap. l. 11. pro empt. (2) L. 109. de verb. sign.

(5) L. 2. pro empt. (4) L. 3. l. 4. de prescript. 30. an.

*lib. 11. de la Nov. Recop.* Y todavía avanza mas Covarrúbias *in regula possessor. part. 2. §. 8. n. 3.* Castill. *de tertiis, cap. 26. n. 13.* y Molina *de primogen. lib. 2. cap. 6. n. 66.*, hasta decir con otros muchos que citan, que la mala fe impide también la prescripción inmemorial: pero advierte el mismo Covarrúbias en *d. §. 8. n. 4. y siguientes* tener lugar esta sentencia en el caso de constar ser mala la fe, porque la que solo es mala por presunción se quita por la prescripción de 30 años.

6 Posesión, dice la *ley 4. tit. 30. P. 3.*, es *Tenencia derecha que ome há en las cosas corporales con ayuda del cuerpo é del entendimiento*, y casi siempre la apellidan las leyes de las *Partidas* con el nombre de *tenencia*. La palabra *derecha*, significa lo mismo que legal, esto es, apoyada por las leyes, sin que ninguno se la pueda quitar con propia ó privada voluntad (como luego lo explicaremos) y con intención en el que la tiene de que es dueño de la cosa; y de ahí es, que no la puede prescribir el que la tiene á empeños, ó en encomienda, ó arrendada, ó forzada, porque estos tales no son tenedores por sí, sino por aquellos de quien la cosa tienen, *l. 4. tit. 8. lib. 11. de la Nov. Rec.*, y no la tienen creyendo que son dueños. Esta posesión ha de ser de tres años para poderse prescribir las cosas muebles, *l. 9. d. tit. 29. P. 3.*, y de diez entre presentes, y veinte entre ausentes, si fuesen raíces, *l. 48. d. tit. 29. (1)*. Y la siguiente *ley 49.* añade ser necesarios treinta años, cuando el que enajenaba la cosa, sabía no tener derecho para ello, si no es que lo supiere también aquel que podía enajenarla y callase: en cuyo caso bastarian los diez años entre presentes, y veinte entre ausentes: y explica entenderse por presente, el dueño contra quien corre la prescripción estar en la misma provincia, y ausente estar fuera de ella. Y si parte del tiempo estuviese fuera, este se gobernaría por la regla de los ausentes, y el otro por la de los presentes, según la *ley 20. del mismo tit. 29.*

7 La posesión debe ser continua, *d. l. 9. tit. 29. l. 5. tit. 15. lib. 10. de la Nov. Rec.*, porque si llega á interrumpirse, ó bien naturalmente, porque realmente la pierde el que estaba prescribiendo, ó bien civilmente, porque se

(1) Princ. Inst. de usucap.

le emplaza ó pone demanda, de tal manera queda cortada la prescripción, que debe empezarse de nuevo, *l. 29. d. tit. 29. l. 6. tit. 8. lib. 11. de la Nov. Rec. (1)*. Pero sigue la continuación del antecesor en su sucesor tanto singular como universal, de suerte que al tiempo en que poseyó el antecesor se junta el del sucesor, con tal que tenga buena fe; y de consiguiente si tú poseías una cosa mueble dos años, y despues soy tu heredero ó me la vendes, poseyéndola con igual buena fe otro año, completaré su prescripción, *l. 16. d. tit. 29.*: la cual estiende esta doctrina al caso en que poseyendo alguno cosa ajena, la empeñó, y dió al acreedor en prenda, pues entónces puede aquel juntar á su posesión el tiempo en que está la cosa en poder del acreedor. Lo que hemos dicho del tiempo, se entiende para prescribir el dominio; pues para la posesión basta un año y un día, en los términos que previene la *l. 3. d. tit. 8.*, esto es, que el que tiene por un año y un día una cosa con título y buena fe, en paz y en faz de quien la demanda, puede escusarse de responder sobre la posesión. Es verdad habla la ley de las ciudades, en cuyos fueros se contiene esto; pero vemos observarse generalmente, siguiendo la opinión de Diego Pérez contra la de Azevedo en el comentario de *d. l. 3.*

8 El V. y último requisito para la prescripción es, que la cosa no sea viciosa, es decir, que no tenga impedimento que la resista. Le tienen las cosas siguientes: I. Las que llamamos de derecho divino, sagradas, religiosas, santas, y el hombre libre, *l. 6. d. tit. 29. (2)*. II. Las plazas, calles, ejidos, dehesas y otros bienes de las ciudades, que son para el uso comun de sus vecinos, *l. 7. d. tit. 29. (3)*. III. Las forzadas ó robadas, *l. 4. d. tit. 29. l. 2. tit. 8. lib. 11. de la Nov. Rec. (4)*. IV. Las de los menores de 25 años, las de los hijos que están en la patria potestad, y las dotales (5), si no es que siendo el marido un pródigo callase la mujer, sin pedirle la restitución de su dote, *l. 8. d. tit. 29.* Esta doctrina en cuanto á las cosas dotales debe entenderse cuando la dote fuese inestimada, porque siendo

(1) L. pen. l. ult. C. de anal. except. (2) § 4. Inst. de usucap.

(3) L. 25. de sacros. eccles. (4) § 2. Inst. de usucap.

(5) L. ult. C. in quib. caus. in int. l. 4. § 2. de anal. except. l. 4. de fund. dot.

estimada, ya no son dotales las cosas que se dieron en dote, por haberse subrogado por ellas su precio, como vimos en el *lib. 1. tit. 5. n. 4.* Y en cuanto á los menores, tén-gase presente, y por repetido aquí, lo que dijimos en el *lib. 1. tit. 8. n. 3.*

9 Las cosas que están en el patrimonio de las ciudades, cuyo producto es para el beneficio del comun de sus vecinos, pero sin poder usar de ellas ninguno en particular, como notamos en el *título antecedente, n. 4.*, se prescriben por el tiempo de cuarenta años: pero se puede pedir la restitucion *in integrum, d. l. 7.* Y lo mismo sucede en las raices que pertenezcan á alguna iglesia ó lugar religioso; mas para la prescripcion de las muebles bastan tres años. Y en la de las pertenecientes á la iglesia romana, son menester ciento; *l. 26. d. tit. 29.* La jurisdiccion suprema, civil ó criminal, que compete al rey, no admite prescripcion alguna, aunque sea de tiempo inmemorial, como ni tampoco los pechos y tributos que se le deben ni las alcabalas, aunque en ellos pareciese tolerancia de los reyes, *l. 4. y 9. d. tit. l. 6. d. tit. 29. P. 3.* Pero segun *esta l. 4.* cualesquiera ciudades, villas y lugares, y jurisdicciones civiles y criminales, y cualquier cosa ó parte de ello, con las cosas anexas y pertenecientes al señorío y jurisdiccion, se pueden prescribir por posesion inmemorial que sea probada, segun previene la *l. 4. tit. 17. lib. 40. de la Nov. Rec.* que esplicaremos hablando de los mayorazgos, diciendo tambien entónces qué prescripcion puede tener lugar en ellos. Y por la misma prescripcion inmemorial se adquiere el derecho de exigir imposiciones, bastando 40 años para la posesion, *l. 8. d. tit. 45.*

40 Hemos hablado hasta aquí de la prescripcion en cuanto por ella se significa un modo de adquirir el dominio, lo que no sucede siempre. Porque cuando se refiere á las acciones, está tan léjos de significar adquisicion de estas, que por lo contrario significa su destruccion, como que produce á favor del prescribiente el cortar la accion, dándole una escepcion que la destruye, ó pudiéndose decir ser ella misma la escepcion; y con efecto las leyes romanas dan con frecuencia á esta el nombre de prescripcion (1). Y

(1) L. pen. de except. l. 8. l. pen. et ul. C. eod.

en este sentido se toma en varias leyes del *tit. 8. lib. 11. de la Nov. Rec.* La 5.<sup>a</sup> dice: *El derecho de ejecutar por obligacion personal se prescriba por diez años, y la accion personal, y la ejecutoria dada sobre ella se prescriba por veinte años, y no ménos; pero donde en la obligacion hay hipoteca, ó donde la obligacion es mista, personal y real, la deuda se prescriba por treinta años, y no ménos; lo cual se guarde sin embargo de la ley del rey D. Alonso, que puso que la accion personal se prescribiese por diez años.* Y por cuanto ni esta ley ni otra alguna de la Recopilacion habla de la prescripcion de la accion mere real, debemos decir queda intacta en su vigor la de treinta años que estableció la *ley 24. d. tit. 29. P. 3.* Pero debemos advertir con Antonio Gómez en el comentario de la *ley 63. de Toro*, que es la misma *5. d. tit. 8.*, entenderse esta doctrina de las acciones real y mista, cuando al que posee la cosa le faltó algun requisito para poderla adquirir por prescripcion; porque si no le faltó, adquirió su dominio, concluido el tiempo que hemos referido ser necesario; y hecho ya dueño, cesa contra él toda accion. Azevedo esplica latamente esta *l. 6.*

41 Tres años bastan para prescribirse y quedar cortadas las acciones siguientes: I. La que tienen para cobrar sus servicios ó salarios los que hayan servido á otros. II. La que compete á boticarios, joyeros y otros oficiales mecánicos, y á los especieros, confiteros y otras personas que tienen tiendas de cosas de comer, por razon de lo que hubieren dado de sus tiendas, y hechuras que hubieren hecho. Los tres años se cuentan en los sirvientes desde el dia en que hubieren sido despedidos por sus amos, y en los otros desde el en que recibieron lo que se les dió; y para impedir esta prescripcion basta cualquier peticion de la deuda, aunque hubiese sido estrajudicial, *l. 40. tit. 44. lib. 40. de la Nov. Rec.* III. La que tienen los letrados, procuradores y solicitadores para pedir sus salarios, no habiéndose contestado sobre ello, ántes que hayan pasado los tres años, *ley 9. d. tit.*, la cual manda ademas, que no pueda renunciarse su contenido; y que si se renunciare, no lo impida la renuncia.

42 La accion de un comunero de alguna herencia ó cualquiera otra cosa, para que se divida y se le dé su parte,

no puede prescribirla el otro comunero que la poseyere entera sin dividir por tiempo alguno, *l. 2. tit. 8. lib. 41. de la Nov. Rec.* que así lo establece sin señalar la razón. Creemos puede serlo el que posee á nombre de todos los comuneros el que así posee, y por lo mismo no puede perjudicar á los otros con su posesion, que tambien es de ellos.

43 Pusimos arriba al *n. 6.* la definicion de la posesion, y de ella se infiere, que no pueden poseerse propiamente las servidumbres ni otras cosas incorporales; mas usando de ellas aquel á quien pertenece su uso, y consintiéndolo aquel en cuya heredad lo há, es como manera de posesion, *l. 1. tit. 30. P. 3.*, en cuya *glosa 4.* añade Greg. Lóp. llamarse esta *cuasi posesion*, y que tambien se comprende bajo la palabra *posesion*. Se divide la posesion en natural y civil. Es natural la que uno tiene corporalmente por sí mismo, como cuando uno está en su casa ó heredad: civil, cuando sale de la casa ó heredad, no con ánimo de desampararla, sino porque no puede estar siempre en ella; y vale tanto como la otra, *l. 2. d. tit. 30.*

44 Todo hombre sano de entendimiento puede ganar ó adquirir la posesion por sí mismo, por su hijo que tenga en su potestad, ó por su personero ó procurador que se apodere de la cosa á nombre de su padre ó principal. Y aun el hijo, si la gana á nombre suyo, la adquirirá para su padre, á escepcion de lo perteneciente al peculio castrense, ó cuasi castrense, por razon del usufructo que le compete, *l. 3. d. tit. 30.* Y asimismo la pueden ganar los tutores y curadores para los huérfanos ó locos, que tuvieren en guarda, y tambien el oficial ó síndico del comun de alguna ciudad, para dicho comun, como si todos comunalmente se hubiesen apoderado de la cosa, *l. 4. d. tit. 30.*

45 Para adquirir la posesion se requieren dos cosas: la una, voluntad é intencion de ganarla; y la otra entrar corporalmente en ella por sí mismo, ú otro en su nombre; de suerte que no se puede adquirir faltando una de las dos. Pero debemos advertir, que la segunda se puede verificar, y basta suceda por tradicion fingida ó presunta en los mismos términos que hemos explicado en el *título antecedente* al *n. 20.*, tratando de la adquisicion del dominio. De ellos nos traen algunos ejemplos las *leyes 6. 7. 8. y 9. de dicho*

*tit. 30.* y el de la *6.* tiene la singularidad de ser sin tradicion de simbolo ó nota, y sin ficcion de breve mano, adquiriéndose por sola la vista de la cosa, á voluntad del que la enajena, representándose con esto la verdadera tradicion: cuyo modo de adquirir es tambien extensivo al dominio, *junt. d. l. 6.* con la *47. tit. 28. P. 3. (1).* Los arrendadores no ganan la posesion de la cosa que toman en arrendamiento, porque es de los dueños á cuyo nombre la tienen; y por ello nunca pueden adquirir por este medio el dominio, *l. 22. tit. 29. l. 5. tit. 30. P. 3. l. 4. tit. 8. lib. 41. de la Nov. Rec.* Y lo mismo debe decirse de los comodatarios, depositarios y otros semejantes (2). Ni tampoco ganan la verdadera posesion los que entran por fuerza en la cosa, ó la roban, por no ser derecha su tenencia, como debe serlo, segun hemos manifestado arriba al *n. 6.*, *l. 40. d. tit. 30.* Aquella es derecha, que procede de título que por su naturaleza sea traslativo de dominio, *l. 44. d. tit. 30.* Pero el feudatario de algun heredamiento, el que tenga su usufructo, ó el que le tenga á censo, si se apoderan de él, ganan su posesion, *l. 5. d. tit. 30.* Pero advierte Gregor Lóp. en la *glosa 2. de la misma*, deber esto entenderse de la posesion natural, porque en la civil están el propietario y el dueño directo.

46 Vistos los modos de adquirir la posesion, veamos cuáles son aquellos por que se pierde. Trata de ellos la *ley 47. d. tit. 30.*, diciendo, que solas son tres las maneras ó modos de perderse la posesion de los bienes raíces: I. Si echan de la cosa raíz al poseedor por fuerza. II. Si la entra otro alguno no estando él delante, y cuando viene despues no le recibe dentro de ella. III. Cuando oye que alguno entró la cosa de que él era tenedor, y no quiere ir allá, porque sospecha que no le querrán dejar en ella, ó le echarán de allí por fuerza si entrase. De las cosas muebles dice, que puede uno perder su posesion, aunque no lo sepa al tiempo que la pierde, como sucedería si se la hurtasen (3). Pero debemos advertir, que el referir *esta ley* taxativamente los tres modos de perder alguno la posesion de las cosas raíces, diciendo: *Non pierde la tenencia de ella, si non por una*

(1) *L. 4. § pen. l. 48. § 2. de adq. v. am. pos.*

(2) *L. 8. commod. v. cont. (5) L. 45. de adq. v. am. pos.*

de estas tres maneras, es porque solo quiso hablar de los modos por los cuales la pierde con fuerza que se le hace ó teme; porque segun otras leyes que vamos á citar, la puede perder por otros medios, como se sigue.

47 Perdemos tambien la posesion de nuestras cosas raíces, si el rio en sus avenidas, ó el mar en su crecimiento las cubriese del todo, de manera que ni nosotros ni otro alguno pudiese fincar en su tenencia, *l. 44. d. tit. 30.* Y adviértase, que segun la *ley 32. tit. 28. d. P. 3.*, esta doctrina tiene solamente lugar mientras las tierras se hallaren cubiertas de agua; pues luego que fueren descubiertas, usaremos de ellas, como ántes lo hacíamos. Y asimismo la perdemos, si nuestros arrendadores metiesen á otro en la tenencia de la cosa que les hubiésemos dado en arriendo, con la intencion que la perdiésemos ó los echasen de ella por fuerza. Pero si los tales arrendadores la desamparasen, aunque fuese maliciosamente, para que otro se apoderase de ella, no la perderíamos, *l. 43. d. tit. 30.* Y en cuanto á las cosas muebles, perdemos tambien la posesion de aquellas que cayesen en el mar ó algun rio, *d. l. 44.*; lo que debe entenderse cuando hubiesen caido de tal suerte, que no fuese fácil su recobro, como tambien sucede en la huida de las bestias bravas que habíamos cogido, con la diferencia, que en este último caso perdemos tambien el dominio, y en el otro lo conservamos, pudiendo demandar la cosa á cualquiera que la hallare, *d. l. 44. l. 48. d. tit. 30. l. 49. tit. 28. d. P. 3. (1).* Y que se pierde tambien la posesion desamparando la cosa el que la tenia, con ánimo de no tenerla, *l. 42. d. tit. 30.*, es cosa clara. Podríamos tratar aquí de las acciones ó juicios que llaman *interdictos*, por ser todo su objeto la posesion; pero nos parece mejor dejarlo para despues del título general de los juicios.

(1) § 42. Inst. de rer. div.

## TÍTULO III.

## DE LAS SERVIDUMBRES REALES Y PERSONALES.

## Tít. 34. Partida 3. (1).

4. *Qué sea servidumbre real ó predial, ó como se dividen las que son de esta especie en urbanas y rústicas.*
2. *Se refieren las especies de servidumbres urbanas.*
3. 4. *Se refieren las servidumbres rústicas.*
5. *Solo los dueños de los predios pueden imponer ó adquirir servidumbres.*
6. *La servidumbre es cualidad inseparable del predio que la debe y á que se debe.*
7. 8. *Modos de adquirirse las servidumbres.*
9. 10. *Modos de perderse.*
11. 12. *Del usufructo.*
43. *Del uso y de la habitacion.*

4 Como las servidumbres son un derecho real tan semejante al dominio, como hemos manifestado en el *título 4. de este lib. n. 40.*, pareció á los componedores del *libro de las Partidas* tratar de las servidumbres en el *título 34. de la Partida 3.*, despues de haber tratado en los dos *antecedentes* del dominio, y de la posesion de las cosas corporales. Servidumbre es *Derecho y uso que tienen los hombres en los edificios ó heredades ajenas para servirse de ellas en utilidad de las suyas.* Y adviértase llamarse derecho respecto del dueño á quien se debe. Es de dos maneras. La una es aquella que há una casa en otra, y se llama *urbana*; y la otra la que há una heredad en otra, y se dice *rústica*. Las que son de este género se llaman *reales*, porque dicen respecto, y se constituyen para beneficio ó utilidad de las cosas: á diferencia de otras llamadas *personales*, por el motivo de que solo se dirigen á la utilidad de la persona, sin señalamiento, respecto ni beneficio de sus cosas, como son el uso y el usufructo, *l. 4. tit. 34.*

(1) Tit. 5. 4. et 5. lib. 2. Inst.

P. 3. que luego esplicaremos. Estas se espresan siempre con el nombre específico que tienen; de suerte que cuando se pone el nombre general *servidumbre*, sin añadidura alguna, se entiende de las reales, que tambien suelen llamarse prediales, por deberse á los predios, esto es, á las personas á beneficio de sus predios; y para su constitucion debe haber dos predios, uno dominante, por cuyo respecto y beneficio se constituye; y otro sirviente, que sufre la carga. Y solos los dueños de estos predios pueden constituir las, á escepcion de los juicios divisorios en que las puede constituir el juez (1).

2 Servidumbres urbanas, que como acabamos de decir, son las que há una casa ó edificio en otro, son de varias especies ó clases, esto es, se constituyen para diferentes fines que se refieren en la *l. 2. de d. tit. 31. (2)*, y son: I. El derecho de que la casa del vecino haya de sufrir la carga de ponerse en ella un pilar ó columna sobre que pueda yo edificar en la mia. II. El derecho de agujerear la pared del vecino, para meter allí una viga en beneficio de mi casa. III. El mismo derecho para poner una ventana, que dé luz á mi casa. IV. El derecho de echar el agua que cae sobre mis tejados á la casa de mi vecino, por canal, caño ó de otra manera. V. El derecho de poder prohibir á mi vecino que levante mas su casa, quitando la vista y la luz de la mia, ó pudiéndomela registrar. VI. El derecho de entrar en mi casa ó corral por la casa ó corral de mi vecino. Las leyes romanas llamaron á la 1.<sup>a</sup> de estas servidumbres *oneris ferendi*, á la II. *tigni immitendi*, á la III. *luninum*, á la IV. *stillicidii, vel fluminis avertendi*, á la V. *altius non tollendi* (3), y la VI. no la establecieron formalmente. Sus intérpretes dijeron haber entre la I. y la II. la diferencia de que en esta no debe reparar el dueño del predio sirviente la pared que sostiene la viga, y que lo contrario sucede en la otra en cuanto al pilar ó columna: cuya diferencia adopta Gregor. Lóp. en la *glosa 2. de d. ley 2.*, diciendo ser de mucha utilidad. Las mismas leyes reconocieron otras servidumbres ménos frecuentes; y tambien manifiesta haberlas nuestra citada *ley 2.* diciendo al fin, despues de haber re-

(1) § 4. Inst. de serv. rust. et urb. præd. (2) § 4. Inst. de serv. rust. et urb. præd. (3) L. 25. § 5. fam. ersc. l. 18. com. div.

ferido las espresadas: *O alguna otra semejante de estas que sea á pro de los edificios.*

3 Rústica servidumbre es, segun dijimos, aquella que há una heredad ó campo en otro, y son tambien muchas sus especies; las mas frecuentes son las que se siguen (1). I. Senda, esto es, derecho de pasar por la heredad de otro, yendo á la mia á pié ó cabalgando, solo ó con otros, de manera que vaya uno detras del otro, y no en par. II. Carrera, que es derecho de llevar carretas ó bestias cargadas á mano, cuyas cosas no puede llevar el que tiene senda. III. Via, esto es, derecho de ir por heredad ajena á la nuestra, á pié ó cabalgando, solo ó acompañado, y llevar carretas ó piedras ó madero arrastrando, y todas las otras que fueren menester para la utilidad de nuestra heredad. Debe tener la anchura en que las partes hubieren convenido, y si no la señalaron, la de ocho piés en lo derecho ó recto, y diez y seis donde tuviere alguna tortura, *l. 5. d. tit. 31. P. 3. (2)*.

4 IV. La que los romanos llamaron *aqueductus*, esto es, derecho de llevar agua por heredad de otro, para nuestros molinos, ó regar nuestras tierras. Y es obligacion del dueño del predio dominante guardar y mantener el cauce, azequia ó canal por donde corre el agua, de manera que no pueda ensanchar, alzar ni abajar, ni hacer daño á aquel por cuya heredad pasare, *l. 4. d. tit. 31.* Pero si este mismo dueño tuviese el derecho de llevar el agua de fuente que naciere en heredad ajena, no podrá el amo de esta conceder á otro el mismo derecho sin consentimiento de aquel, si no es que fuese tanta el agua, que abundare para las heredades de ambos, *l. 5. d. tit. 31. (3)*. V. El derecho de sacar yo agua de la fuente ó pozo de otro para beber yo, mis labradores, bestias y ganados; y teniendo conseguido este derecho, le tengo tambien para entrar y salir en la heredad en que está el agua, siempre que me fuere menester. VI. El derecho de meter mis bueyes ú otras bestias con que labro mi heredad, en prado ó dehesa de otro, *l. 6. d. tit. 31.* VII. El derecho de sacar yo tierra, arena, ó hacer cal en heredad de otro, para hacer casa en la mia, ó tinajas para guardar en ellas el aceite que recojo en la misma, *l. 7. d. tit. 31. (4)*.

(1) Princ. eod. (2) L. 8. de serv. rust. præd. (3) L. 2. § de serv. rust. præd. (4) § 2. Inst. eod.

5 Solos los que son dueños de alguna heredad pueden imponer servidumbre sobre ella, *l. 9. l. 43. d. tit. 31.* (1), reputándose tambien por dueños los enfiteutas, que solo tienen el dominio útil, *l. 41. d. tit. 31.* Y si la heredad fuese comun de muchos, todos la deben otorgar cuando la ponen. Y si por ventura la otorgasen unos, y otros no, no pueden resistir su uso aquellos que la otorgaron. Pero los que no la quisieron otorgar, bien la pueden contradecir cada uno de ellos, tan bien por su parte, como por la de los otros; mas si despues consintiesen todos los que lo habian contradicho, valdria como si al principio la hubiesen otorgado todos, *l. 40. d. tit. 31.* (2). Y lo mismo debe decirse en cuanto al predio dominante (3). Y adviértase, que las servidumbres son individuales, esto es, no se pueden dividir, ni entre los herederos del dueño del predio dominante, ni entre los del sirviente, que posean el predio; y de consiguiente se debe enterar á cada uno de aquellos, y por cada uno de estos, *l. 9. l. 48. d. tit. 31.*

6 La servidumbre es una cualidad tan inherente ó afixa á las cosas á que dice respecto, ó bien considerada pasivamente en cuanto es carga, ó activamente en cuanto es derecho, que no se pierde por mudar de dueño el predio sirviente ó el dominante, si que pasa al nuevo poseedor, *l. 8. l. 42. d. tit. 31.* No podrá pues enajenarla el dueño de la heredad á quien se debe, sin enajenar la misma heredad. Pero aquel á quien se debe servidumbre de llevar agua para regar su heredad, bien puede conceder el agua que ya tuviere en su campo, á otro, para que este riegue la suya, *d. l. 42.*, y es la razon porque este no concede la servidumbre, que consiste en el derecho de llevar el agua por la heredad ajena, sino el agua ya llevada, en lo que no se perjudica ni grava al dueño del predio sirviente.

7 Tres son las maneras de constituirse las servidumbres espresadas en la *ley 44. d. tit. 31.*: I. Por contrato ó concesion entre vivos. II. Por testamento ó última voluntad. III. Por el uso. De la I. y II. cualquiera puede formarse los ejemplos; y en cuanto á la III. debe advertirse, que el uso ha de ser continuo, con ciencia del dueño del predio sir-

(1) *L. 2. § 5. de serv. rust. præd.* (2) *L. 41. cod.* (3) *§ 5. Inst. eod.*

viente, con buena fe, y no por fuerza ni por ruego y que en el tiempo hay diferencia entre las servidumbres que llaman continuas y las descontinuas; porque las primeras se constituyen ó adquieren por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, y las descontinuas por el inmemorial, *l. 45. de d. tit. 31.*, y allí Greg. Lóp. en su *glosa 3.*, el cual añade en la *glosa 42.* la limitacion de no deber entenderse esta doctrina cuando el que prescribe, tiene justo título por algun tercero, probando bien con las leyes romanas, é intérpretes de ellas, que entónces bastará el tiempo largo ó ordinario de 40 ó 20 años, y lo mismo advierte Antonio Góm. como cosa muy singular y cotidiana, *l. 2. cap. 45. n. 27. variar. vers. Advertendum.* Continuas decimos ser aquellas de que usamos cada dia, como se esplica *d. ley 45.*, poniendo por ejemplos las cinco primeras que referimos en la clase de urbanas, arriba *n. 2.* Y descontinuas, por lo contrario, las de que no usamos cada dia, de las que pone tambien ejemplos en las tres primeras que contamos entre las rústicas en el *n. 3.*, y lo son asimismo las tres últimas que hemos esplicado al *n. 4.* La de llevar agua para regar nuestra heredad la pone la *misma ley 45.* en su primera parte entre las continuas, y en la segunda entre las descontinuas; pero ella misma allana esta dificultad, pues hablando en esta segunda parte del agua que viene una vez en la semana, en el mes ó en el año, y no cada dia, da á entender manifiestamente, que en la primera habló de la que cada dia viene ó usamos. Y advertimos con Antonio Gómez. *2. variar. cap. 45. n. 27. vers. Item.* que el tiempo para prescribir las servidumbres continuas, si son afirmativas, como la I. y II. de las urbanas, arriba *n. 2.*, se empieza á contar desde el dia en que se empieza su uso; pero en las negativas, cual es la V. de las mismas urbanas, desde que el prescribiente prohíbe al otro usar de la libertad. Si posees pues en frente de mi casa una área ó solar, que siempre lo ha sido, no tendré derecho de prohibirte que edifiques y levantes tu edificio, si no es que habiéndolo querido hacer te lo impedí, y desde entónces hubiesen pasado 40 ó 20 años.

8 En el modo de adquirir la servidumbre por el uso que acabamos de referir, la ciencia y paciencia del dueño del predio sirviente sirve de justo título y de tradicion; y bajo



de este supuesto de ocupacion de la posesion, el uso del dominante. Por ello advierte con razon Antonio Gómez, *d. cap. 45. n. 27. vers. Servitus*, que quien quiera aprovecharse de esta adquisicion, debe ser cauto en alegar y probar la ciencia y paciencia del otro, ademas de su uso y ejercicio, y el tiempo necesario. Y añade allí mismo, que si el prescribiente apoyase su uso en título justo, bastaría su buena fe con el lapso del tiempo legal, sin ser necesaria la ciencia del dueño, y lo mismo dice por via de limitacion Greg. Lóp. en la *glosa 3. de d. l. 45.*, como sucedería si creyéndote yo dueño de un campo, sin serlo, te comprase una servidumbre sobre él á favor ó utilidad de otro mio, en cuyo caso la adquiriria por el uso, aunque lo ignorase su verdadero dueño. Este modo último de adquirir servidumbres por el uso, lo establecieron y fundaron muy bien las leyes romanas (1). Se ha omitido en las nuestras; pero vemos con gusto que le adoptan Antonio Gómez y Gregorio López en los lugares citados; y es muy conforme á lo que establecen de la prescripcion de las cosas corporales las *leyes 6. 9. y 48. tit. 29. P. 3.*, como hemos notado en el *título antecedente, n. 3.*

9 Son tambien varios los modos de perderse ó extinguirse las servidumbres. I. Por la confusion de los dominios, esto es, si el dueño del predio dominante adquiere el dominio del sirviente, ó al contrario; y se extingue de tal manera, que aunque despues vuelvan á separarse los dominios, no se debe la servidumbre, si de nuevo no fuese puesta, *l. 47. d. tit. 31.*, porque el hombre no usa de sus cosas á manera de servidumbre, ó como suele decirse, á ninguno sirve su cosa, *l. 43. d. tit. 31. II.* Por la remision ó condonacion de la servidumbre que hace el dueño del campo á que se debe, *d. l. 47.* Y no es menester que la remision sea espresa, bastará que sea tácita, como si el dueño de la servidumbre permitiese al deudor, que hiciere alguna cosa que impedia su uso *l. 49. d. título 31. (2).*

40 III. Se pierden tambien por el no uso de veinte años sin diferencia de presentes y ausentes las discontinuas, y de tiempo inmemorial las continuas; de suerte que al paso que estas necesitan de mas tiempo para perderse que las

(1) L. ult. C. in fin. de prese. long. temp. (2) L. 8. quem. serv. am.

descontinuas, sucede lo contrario para adquirirse, trocándose los tiempos, *l. 46. d. tit. 31.* Pero debemos advertir entenderse esta doctrina en las servidumbres rústicas; porque de las urbanas que se deben á los edificios, establece la *misma ley 46.* perderse por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, concurriendo la precisa circunstancia, y no de otra manera, de impedir el que debía la servidumbre su uso con algún hecho, á buena fe, como por cerrar la ventana por donde entraba la luz, que es el ejemplo de que usa la *misma ley*. Si la servidumbre se debiese á un predio comun, usando de ella uno de sus dueños, la conserva tambien para el otro que no la usó; lo contrario será, si el no usarla este fuese despues de haberse dividido los dueños el predio que era comun, *l. 48. d. tit. 31.*, que da la razon de ser una la servidumbre en el primer caso, y en el segundo dos (1).

41 Servidumbres personales, que como dijimos arriba *n. 4.*, se suelen espresar con sus nombres especificos de *usufructo, uso y habitacion*, son las que se deben á las personas, sin respecto alguno á cosas. Es la principal y frecuentísima el usufructo, que no es otra cosa que *Derecho de usar de casas, tierras, ganadós, ú otra cosa ajena que pueda dar renta, aprovechándose de todos sus frutos.* Pertenece pues al fructuario todás las rentas y frutos de la cosa en que tiene el usufructo, sin distincion de naturales ó civiles, esto es, ó nacidos de la misma cosa, ó producidos y percibidos por ocasion de ella; pero no los partos de la esclava, ni el tesoro encontrado en el predio, porque no son propiamente frutos; ó cuando lo sean, son extraordinarios, que siempre pertenecen al dueño de la cosa. Los puede vender como quisiere; pero no podrá enajenar ni empeñar la misma cosa: ántes bien tiene obligacion de prestar la caucion dicha *fructuaria*, esto es, dar fiadores de que no se perderá ni empeorará la cosa por culpa suya; y cuando se acabe el usufructo, la restituirá á su dueño, ó á quien se le haya mandado, *l. 20. d. tit. 31.* Y ademas debe aliñarla y cuidarla bien, de manera que si fuere casa, ha de repararla y cuidarla que no caiga ni se empeore por su culpa, y si fuere heredad, labrarla y cultivarla bien,

(1) L. 46. quemad. serv. amit.

plantando cepas y árboles en lugar de los que se secaren. Y si fueren ovejas, y algunas se murieren, debe poner y criar en lugar de ellas otras tantas reses de sus hijos. Y tambien debe pagar cualquier tributo ó derecho á que esté sujeta la cosa de que percibe los frutos *l. 22. d. tit. 31. (1)*.

12 Los modos de constituirse el usufructo son los mismos tres que hemos explicado arriba *n. 7.* tratando de las servidumbres reales, *l. 14. l. 20. d. tit. 31.*, de suerte, que en esto no hay diferencia alguna entre unas y otras servidumbres: á escepcion del modo legal de constituirse el usufructo de los bienes adventicios del hijo de familias á favor del padre que le tiene en su poder, á beneficio de la *ley 15. tit. 17. P. 5. (2)*; cuyo usufructo da al padre otras prerogativas á mas de las que tienen los otros fructuarios, que pueden verse en Góm. en la *ley 6. de Toro nn. 11. y. 12.* Castillo de *usuf. cap. 3.* y otros muchos que cita; siendo una de ellas el no poder el hijo enajenar sin consentimiento del padre la propiedad que es suya, Góm. en el *n. 11. (3)*. Y véase lo que dijimos en el *tit. 7. lib. 4. n. 40.* Pero la hay en los modos de acabarse; porque además de estinguirse tambien, como las servidumbres reales, por la confusion de dominios ó consolidacion, esto es, adquiriendo el fructuario el dominio de la cosa, ó al contrario; y por la remision; y en cuanto á no usarse por el tiempo de 40 años entre presentes, ó 20 entre ausentes; se acaba por la muerte ó destierro perpetuo del fructuario, *l. 24. d. tit. 31.* Y asimismo se acaba enajenándole el fructuario á favor de un tercero, en cuyo caso se consolida tambien con la propiedad; pues aunque puede vender, arrendar ó dar á otro la percepcion de los frutos; pero no el mismo derecho que él tiene, *d. l. 24. l. 3. tit. 8. P. 5.* Los intérpretes para explicar esto con mas claridad, distinguen dos derechos en el fructuario. El uno real ó de comodidad consistente en que nadie le puede impedir la percepcion de frutos; y otro personal inherente á su persona: de los cuales puede enajenar, como quisiere, el primero, cuya duracion pende del segundo; pero si intenta enajenar este, siempre se estingue y va á unirse con la propiedad. Quemandose toda la casa, ó derribándose por terremoto, ó de

(1) *L. 7. l. 18. l. 65. de usuf. et quemad.* (2) *l. 1. Inst. per. quas pers. cuiq. adq.* (3) *L. ult. § 5. C. de bon. que lib.*

otra manera, se estingue tambien su usufructo, *l. 25. d. tit. 31. (1)*. Y si fuere dejado á alguna ciudad ó villa, sin espresion de tiempo, dura cien años (2), y pasados ellos se acaba, y se une á la propiedad, como tambien si durante este tiempo se despoblase del todo, labrándose ó quedando yermo su sitio. Pero si todos sus antiguos moradores ó alguna parte de ellos poblasen despues juntos otro lugar, les quedaria salvo el derecho que habian en aquel usufructo, *l. 26. d. tit. 31.* El legal que tiene el padre en los bienes adventicios del hijo, se acaba por el casamiento de este; pero no el que tiene el padre ó la madre en los bienes que debe reservar para su hijo del primer matrimonio, como manifestamos en el *lib. 2. tit. 7. n. 16.*

13 La segunda especie de servidumbres personales, llamada uso, es *Derecho de usar de cosa ajena fructifera, aprovechándose de solos aquellos frutos que necesita para sí, su familia ó despensa.* Tiene lugar en él cuanto hemos dicho del usufructo, á escepcion de las diferencias siguientes: I. Que al usuario no pertenecen todos los frutos como al fructuario, sino solamente los que necesita para su familia; y de ahí es, que nada de ellos puede tomar para dar ni vender, *d. l. 20. tit. 31. (3)*; y de consiguiente si muriere teniendo algunos percibidos y no consumidos, no serian de su heredero, sino del propietario. II. Que el usuario de bestias puede usar de ellas para sus labores, ú otro su servicio solamente; pero no las puede alquilar ó prestar á otro, *l. 21. d. tit. 31. (4)*. III. Que el usuario no debe pagar las espensas del reparo de la casa ó cultivo de la heredad, ni los tributos ó pechos sobre ella impuestos, si no es que diese tan cortos frutos, que todos fuesen del mismo usuario (5). La tercera servidumbre personal que se llama habitacion ó morada, es *Derecho de habitar en casa ajena con la compañía que tuviere.* Solo en dos cosas se diferencia del uso de la casa, y son, que la puede arrendar ó alquilar á otro, con tal que sea á personas que hagan buena vecindad; y que no se estingue sino por la muerte ó remision. Si se deja para tiempo determinado, claro está, que se acaba pasado este, *l. 27. d. tit. 31.*

(1) *l. 1. Inst. de usu et habit.* (2) *§ 5. eod.* (3) *L. 48. de usuf. et quem.*

(4) *L. 5. § 2. quib. modis usuf. amit.* (5) *L. 66. de usuf. et quemad.*