Historia de la Propiedad
Servidumbres y Limitaciones de Dominio

SALUSTIANO DE DIOS, JAVIER INFANTE
RICARDO ROBLEDO, EUGENIA TORIJANO (Coords.)

HISTORIA DE LA PROPIEDAD
SERVIDUMBRES Y LIMITACIONES DE DOMINIO

¶ propiedad ⁊ posesion son dos palabras q̃ ha entre ellas muy grã.o departimiẽto La propiedad tanto quiere dezir como el señorio que el onbre ha en la cosa ⁊ posesion tãto quier dezir como tenencia.

(Partidas III, 2, 27)

La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

(CC., art. 348)

VI ENCUENTRO INTERDISCIPLINAR

SALAMANCA, 17-19 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España
PRIOR TEMPORE POTIOR IURE
MDCCCLXI

Servicio de Estudios del Colegio de Registradores

© 2009 FUNDACIÓN REGISTRAL
Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

© Presentación: Salustiano de Dios, Javier Infante, Eugenia Torijano y Ricardo Robledo

ISBN: 978-84-92884-05-6
Depósito Legal: M-53.213-2009

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.
Manuel Tovar, 10
28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Índice

PRESENTACIÓN 9

LIMITACIONES DE DOMINIO Y SERVIDUMBRES PREDIALES EN LOS SIGLOS MEDIEVALES, por *Manuel Ángel Bermejo Castrillo* 13

DOCTRINA JURÍDICA CASTELLANA SOBRE EL RÉGIMEN DE SERVIDUMBRES (1480-1640), por *Salustiano de Dios de Dios* 171

LA RÚBRICA DE *SERVITUTIBUS* EN LOS FUEROS DE VALENCIA, por *Pascual Marzal* 243

SERVIDUMBRES PREDIALES Y RELACIONES DE VECINDAD EN EL DERECHO ARAGONÉS, 1247-1967 (LEGISLACIÓN, PRÁCTICA, DOCTRINA), por *Francisco Luis Pacheco Caballero* 269

NAVEGACIÓN FLUVIAL Y LIMITACIONES DE DOMINIO EN EL REINO DE VALENCIA, por *Ramón Aznar i Garcia* 329

SERVIDUMBRES Y LIMITACIONES DE DOMINIO EN EL SISTEMA AGROPECUARIO DE GALICIA, *por Pegerto Saavedra Fernández* 351

ESTATUTO, SERVIDUMBRES DEL AGUA Y PODER. EL CASO DEL SURESTE IBÉRICO DESDE EL ANTIGUO RÉGIMEN A LA REVOLUCIÓN LIBERAL, por *Mª Teresa Pérez Picazo* 389

LAS IMPERFECCIONES DE LA PROPIEDAD PERFECTA: ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS E INDEMNIZACIÓN POR MEJORAS, por *Samuel Garrido* 433

EL PROPIETARIO EN LA MASOVERÍA CATALANA (SIGLOS XIX Y XX): LÍMITES Y CAPACIDAD DE ACCIÓN, por *Enric Saguer Hom* .. 471

LA DIFÍCIL ARMONIZACIÓN DE INTERESES CONTRAPUESTOS EN EL DISFRUTE DE LA TIERRA. LA PERVIVENCIA DE FORMAS DE PROPIEDAD COMPARTIDA EN LOS SIGLOS XIX Y XX, por *Fernando Sánchez Marroyo* 489

FORMACIÓN DE ENCLAVADOS PARTICULARES EN EL PROCESO DE CAMBIO DEL MONTE COMUNAL: LA SIERRA DE LA ENGUERA, 1838-1930, por *J. Rafael Pérez Borredà* 543

LAS SERVIDUMBRES ANTE EL DERECHO: ENTRE ANTIGUO RÉGIMEN Y LIBERALISMO, por *Eugenia Torijano Pérez* 575

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MEDIANERÍA EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LOS DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS, por *Andrés Domínguez Luelmo* 635

LIMITACIONES DE DOMINIO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PÚBLICO, por *Martín Bassols Coma* 735

REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO A LA SERVIDUMBRE EN EL CÓDIGO CIVIL, por *Mariano Alonso Pérez* 807

SERVIDUMBRES PREDIALES Y LIMITACIONES DE DOMINIO: ENTRE LA DIFERENCIACIÓN Y LA CONFUSIÓN (A PROPÓSITO DEL VI ENCUENTRO SOBRE HISTORIA DE LA PROPIEDAD), por *Margarita Serna Vallejo* 851

Presentación

Una vez más, en lo que ya se ha convertido en un gratificante hábito para quienes firmamos estas líneas, comparecemos ante los lectores para darles sumaria noticia de un nuevo volumen, el sexto en este caso, resultado de los Encuentros de Salamanca, como ya son coloquialmente conocidos los Encuentros Interdisciplinares sobre Historia de la Propiedad que, con carácter bianual, vienen celebrándose en dicha ciudad desde 1998. Esta ya larga andadura, y es de justicia comenzar por aquí, no hubiera sido posible sin la incondicionada, generosa y continuada ayuda del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Ha transcurrido, pues, más de una década y consideramos consolidados nuestros Encuentros tanto en su faceta de reunión de especialistas para analizar y debatir problemáticas relativas a la inabarcable historia de la propiedad como en la que se refiere a la publicación de los resultados. Aunque quienes nos siguen ya los conocen, no creemos que esté de más una breve recapitulación sobre los grandes pilares en los que se apoya esta aventura intelectual. Desde un principio, y tal vez éste sea el rasgo más relevante, quisimos que nuestra reflexión tuviera carácter interdisciplinar porque una adecuada comprensión de la propiedad así lo exige y, por consiguiente, han venido participando en nuestros Encuentros historiadores, desde los del derecho a los llamados generales pasando por los de la economía y, destacando dentro de estos últimos, los que se dedican al cultivo de la historia agraria. Junto a la voz cantante de la historiografía nos ha parecido muy importante la visión de los juristas. En este sentido siempre hemos contado con una notable presencia de civilistas y registradores de la propiedad pero también de especialistas en las diversas ramas del Derecho Público, procesalistas, tributaristas y, sobre todo, administrativistas. Incluso en alguna ocasión, como en el III Encuentro destinado al estudio del patrimonio cultural, nos pareció obligada la presencia de historiadores del arte, archiveros y arquitectos. Somos conscientes de las dificultades que presenta el integrar enfoques tan diversos pero creemos que merece la pena el esfuerzo.

Junto a la interdisciplinariedad, la amplia perspectiva histórica y la interterritorialidad, esto es, el contar con estudiosos procedentes de las nacionalidades y regiones que integran España, son otras dos señas de identidad de estos Encuentros. Aquélla, para hacer hincapié en la historicidad del fenómeno de la propiedad y de sus diversas manifestaciones, imprescindible en tiempos en los que nuestra sociedad padece de falta de referencias y de desmemoria colectiva que, con frecuencia, afectan también a la historiografía. Y la segunda de dichas señas, como expreso reconocimiento a nuestra pluralidad territorial, reconocida en las normas que integran el llamado bloque de constitucionalidad. En orden de cosas bien distinto, el que afecta a la organización interna, venimos contando desde el II Encuentro con uno o varios relatores que han contribuido a dinamizar los debates y que, además, han reflexionado por escrito sobre lo expuesto en el correspondiente encuentro. Por último, desde 2007 hemos puesto en funcionamiento una página web (http://www.historiapropiedad.es) donde el público interesado puede acceder a las actas de los encuentros y a otra información sobre la historia de la propiedad.

El VI Encuentro que ahora presentamos a los lectores se celebró en Salamanca entre los días 17 y 18 de septiembre de 2008, en locales de su Universidad como viene siendo habitual, aunque en esta ocasión optamos por dejar la solemne aula Unamuno del Edificio Histórico, que ha sido hasta ahora sede de nuestras reuniones, para trasladarnos a una acogedora aula de la Facultad de Derecho, más propicia para los debates. En esta ocasión la materia objeto de las ponencias fue la relativa a las servidumbres y limitaciones de dominio. Como es bien sabido, esta compleja institución y sus diversas variantes llegan a nuestros días tras un largísimo y en modo alguno lineal recorrido histórico. Fue diseñada por la jurisprudencia clásica romana, pasó por el tamiz consuetudinario durante los siglos altomedievales y se integró, no sin sobresaltos, en el modo feudal de concebir la propiedad, como resultado de su reelaboración por los juristas del *ius commune* y de su regulación por las legislaciones regias inspiradas en esta doctrina. Superados los conflictos propios de la transición entre antiguo régimen y liberalismo, y resistidos los embates del individualismo propietario, las servidumbres han acabado formando parte del cuadro de la propiedad capitalista. Y así las encontramos hoy.

No procede que entremos ahora en detalles cuando contamos con el texto de la profesora Margarita Serna, habitual asistente a nuestros encuentros, que ha actuado últimamente como solvente relatora y que lo ha hecho también en esta ocasión, en el que, tras unas atinadas consideraciones generales sobre la problemática objeto de estudio, da cuenta pormenorizada de todas y cada una de las ponencias. Podemos distinguir en ellas —que se publican ahora, muchas de ellas sometidas a profundas modificaciones— tres grupos. El primero, en manos de historiadores del derecho, comprende varios trabajos que abordan la

materia durante el Antiguo Régimen en la corona de Castilla así como en los reinos de Valencia y Aragón, desbordando uno de ellos, el dedicado a este último reino, dicho período y llegando prácticamente hasta la actualidad. Las investigaciones a que nos referimos están construidas sobre el manejo de las fuentes legislativas y jurisprudenciales y, en mucha menor medida, sobre documentación relativa a la aplicación del derecho. Resulta de sumo interés contrastar las diferencias y semejanzas que se produjeron entre estos tres territorios en la evolución histórica de las instituciones limitadoras del dominio.

El segundo de los grupos a que hacíamos referencia lo forman un amplio número de estudios con unas características comunes. Han sido realizados por historiadores, con predominio de los agraristas, se mueven en un extenso marco cronológico, entre el Antiguo Régimen y la sociedad burguesa aunque miran fundamentalmente a esta última, y con frecuencia desbordan la materia de servidumbres. Examinan, en efecto, la casuística de la propiedad en diversos ámbitos geográficos, desde Galicia hasta Murcia, pasando por Cataluña y Extremadura. Por último, el tercero de los grupos que hemos acotado retoma la perspectiva jurídica y mira al mundo capitalista. Centrados en las servidumbres, analizan cómo fueron reguladas por la legislación y tratadas por la doctrina anteriores a la codificación civil, y qué tratamiento recibieron en nuestro tardío Código. Además, se estudia aquí en profundidad alguna servidumbre en particular, qué supuso la entrada del Estado en la propiedad, esto es, la problemática de las servidumbres administrativas, y se presta también atención a las servidumbres urbanas desde el ángulo del registro de la propiedad. En suma, estamos convencidos de que este polifacético recorrido por tan compleja cuestión resultará atractivo para los lectores interesados.

Acabamos con el capítulo de agradecimientos, no por obligado menos sentido por quienes firmamos estas líneas. Comenzando por el Profesor Rafael de Agapito, Decano de la Facultad de Derecho, que inauguró este VI Encuentro y puso a nuestra disposición las instalaciones de la Facultad. Siguiendo por los ponentes, que presentaron con solvencia sus exposiciones, participaron intensamente en los subsiguientes debates y nos han entregado los sólidos trabajos que el lector tiene a su disposición en estas páginas. No olvidando al entonces Ministerio de Ciencia e Innovación y a la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, que nos concedieron sendas ayudas. Y finalizando, en buscada reiteración, por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, nuestro generoso mecenas, que no ha escatimado recursos para que esta ya larga actividad intelectual haya llegado hasta hoy.

Salamanca, 30 de noviembre de 2007

SALUSTIANO DE DIOS, JAVIER INFANTE
EUGENIA TORIJANO Y RICARDO ROBLEDO

LIMITACIONES DE DOMINIO Y SERVIDUMBRES PREDIALES EN LOS SIGLOS MEDIEVALES*

Manuel Ángel Bermejo Castrillo
Universidad Carlos III de Madrid

* Las fuentes utilizadas para el desarrollo de este estudio han sido: fueros y cartas pueblas y demás textos de derecho local y municipal correspondientes al período analizado, Partidas y otros cuerpos legislativos regios, principalmente catellanos, y redacciones de derecho señorial y territorial de los distintos reinos peninsulares.

SUMARIO: I. LIMITACIONES DE DOMINIO. A) RESTRICCIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO. B) EL PROBLEMA DE LAS INMISIONES EN EL FUNDO VECINO. C) LA PROPIEDAD Y LAS LIMITACIONES A SU LIBRE DISPOSICIÓN EN LAS FUENTES MEDIEVALES PENINSULARES. II.—SERVIDUMBRES PREDIALES. A) CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERES DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES EN EL DERECHO ROMANO. B) EVOLUCIÓN POSTERIOR: LEGISLACIÓN VISIGODA Y PRÁCTICAS JURÍDICAS ALTOMEDIEVALES. C) REAPARICIÓN EN LAS FUENTES NORMATIVAS DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES: DERECHO MUNICIPAL, DERECHO TERRITORIAL Y DERECHO REGIO.

Adentrarse, desde la perspectiva histórica, en el complejo mundo de las disposiciones normativas restrictivas del derecho de propiedad aconseja introducir algunas precisiones conceptuales, que se hacen indispensables —como también cuando nos movemos en el terreno del derecho positivo[1]— para una exacta determinación del alcance de la titularidad dominical. En este sentido, entre tales restricciones es necesario efectuar una distinción entre las que constituyen estrictamente límites, es decir, aquellas que afectan de manera general a todas las formas de propiedad que recaen sobre una misma categoría de objetos, y las limitaciones, que recortan las facultades del propietario en ciertos casos singulares, suponiendo, por tanto, una minoración de su contenido normal, que viene, precisamente, definido por esos límites. Una diferencia que, sin embargo, trasciende la dimensión puramente terminológica, ya que lleva implícitas importantes repercusiones prácticas, pues así como para hacer valer la eficacia de los límites basta con la invocación del régimen común que los establece y demostrar la pertinencia de su aplicación, cuando se trata de limitaciones se requiere la prueba específica de su existencia y un acto especial y expreso de imposición[2].

---

[1] Así se indica en A. López y López, V. L. Montes y E. Roca, *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 256, en referencia a la definición del derecho de propiedad contenida en el artículo 348 del Código Civil español, pues su contenido es expresado en términos tan genéricos (*ius fruendi*, *utendi*, *abutendi*, *vel disponendi*), que no capta la concreción de los poderes del propietario, lo que obliga a acudir a una formulación negativa explicativa de todo aquello que, justamente, el propietario no puede hacer.

[2] El origen de esta distinción se halla en la doctrina alemana, que habla de *Eingentumsbegrenzungen* (límites) y de *Eigentumsbescharänkungen* (limitaciones). J. González García, «Límites y limitaciones», en F. J. Sánchez Calero (coord.), *Curso de Derecho civil,* III, *Derechos reales y registral inmobiliario*, 151-174, p. 153 señala las siguientes diferencias entre ambos tipos de restricciones: a) El límite, a diferencia de la limitación, no comporta un gravamen para los diversos propietarios, sino que busca garantizar un equilibrio entre ellos. b) Los límites no suponen una reducción o incremento patrimonial ni, por tanto, llevan aparejada una indemnización. c) Los límites no representan la subordinación de los intereses de un propietario a los de otro, creando, pues, una relación de igualdad, que contrasta con la situación de desigualdad en las posiciones fabrica-

Conviene señalar, además, que, según la clasificación más aceptada, los límites pueden concurrir por razón de interés público o por razón de interés privado, ocupando entre los últimos un lugar particularmente destacado los derivados de las relaciones de vecindad. Por su parte, los tipos principales de limitaciones son los derechos reales limitados, entre los que se incluyen las servidumbres civiles, que captarán el grueso de nuestra atención, las servidumbres administrativas, que gravan la propiedad en beneficio, no de un sujeto particular, sino de la colectividad, y las prohibiciones de disponer. Ahora bien, sobre la delimitación del contorno respectivo de los límites, las limitaciones y las servidumbres dista de reinar un acuerdo unánime entre la doctrina[3]. Por ello, para facilitar la exposición, bajo la etiqueta genérica de limitaciones de dominio integraremos los que hemos catalogado como límites y una escueta alusión a las prohibiciones de disponer, reservando un segundo gran apartado para las servidumbres. No obstante, su estudio se restringirá a las denominadas servidumbres prediales, excluyendo, pues, detenernos en la categoría justinianea de las servidumbres personales —principalmente, el usufructo, el uso y la habitación—, que los redactores del Código civil francés decidieron suprimir, por entenderlas asociadas a fórmulas propietarias feudales, y que, aunque fueron rescatadas por nuestro Código civil, donde aparecen, también, perfiladas como derechos reales limitados sobre cosa ajena, se revisten de un carácter autónomo respecto a las prediales, con las que no comparten rasgos tan esenciales en la noción originaria de servidumbre como la de la vinculación necesaria entre un fundo sirviente y otro dominante.

I. LIMITACIONES DE DOMINIO[4]

A) Restricciones al derecho de propiedad en el derecho romano

Como es sabido, la concepción romana de la propiedad configura ésta como la pertenencia absoluta de una cosa, que comprende las potestades de

---

da por las limitaciones. d) El límite es consustancial al derecho de propiedad o proviene de una norma, mientras que la limitación demanda un acto especial. e) El límite no necesita ser probado y la limitación sí.

[3] Lo prueba, por ejemplo, el hecho de que A. Hernández Gil, *Las relaciones de vecindad en el Código civil,* Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1985, p. 18, afirme que las relaciones de vecindad son limitaciones legales de la propiedad, mientras que las servidumbres, aun las de origen legal, son derechos reales limitados o gravámenes. Ahora bien, un punto en el que sí reina una práctica unanimidad es en la crítica a la inclusión de algunas relaciones de vecindad, y en particular la medianería, en el capítulo de las servidumbres.

[4] Una amplia relación bibliográfica sobre la teoría de las limitaciones de dominio en J. Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral,* t. II, *Derecho de cosas,* vol. I, *Los derechos*

usarla, disfrutarla, percibir sus frutos y disponer de ella[5], y entendiéndose extendida desde el subsuelo hasta el espacio aéreo y tendente a perpetuarse en el tiempo[6]. Sin embargo, esta plenitud no excluye posibles limitaciones derivadas de la concurrencia o la superposición de otros derechos que la impiden, y que pueden consistir en la imposición o la abstención del ejercicio de alguna facultad o en la aceptación de la actividad de otro respecto a la cosa propia. Sus manifestaciones más antiguas nacen con la función de proteger el dominio en las relaciones de vecindad, debido a que el ejercicio ilimitado de uno podría menoscabar la propiedad del otro. Después, a medida que se multipliquen otras nuevas necesidades sociales demandantes de mayor solidaridad que independencia, las leyes irán recortando los poderes del propietario, incidiendo en ámbitos de especial trascendencia para la colectividad, como la agricultura, la higiene, la urbanística, la estética o el culto religioso, y afectando, sobre todo, a aquellos bienes considerados socialmente más relevantes, como los inmuebles y los esclavos[7]. En definitiva, a pesar de que estas limitaciones del dominio son percibidas como anomalías de carácter siempre excepcional, son relativamente abundantes las causas que justifican su existencia.

En ocasiones, estas restricciones al dominio general sobre las cosas vienen legalmente determinadas por causas de interés público, siendo, por lo tanto, estables e inderogables. No obstante, en la mayoría de ellas la noticia de su persistencia se transmite a través de fuentes extrajurídicas, lo que parece

---

reales en general. El dominio. La posesión, 14 ed. revisada por G. García Cantero, Madrid, Reus, 1992, pp. 227-229, nota 1.

[5] El concepto de propiedad, entendido como derecho a la posesión y a la disposición de la cosa, fue en principio expresado con la idea de pertenencia, "mío", mientras que la afirmación "la cosa es mía" venía integrada con la palabra *ex iure Quiritium* para significar que encontraba fundamento en el núcleo más antiguo del *ius civile*. Titulares del *dominium ex iure Quiritario*, que actuaba "erga omnes", eran exclusivamente los ciudadanos romanos, y su único objeto posible eran las cosas corporales; respecto a los bienes inmuebles, solo alcanzaba a los situados en el suelo itálico y a otros equiparados en virtud de la concesión del *ius italicum*. G. Pugliese *Istituzioni di diritto romano*, Padua, Piccin, 1986, pp. 491-492. M. Marrone, *Istituzioni di dirittto romano,* Palermo, Palumbo, 1989, p. 400.

[6] La ilimitada amplitud del derecho de propiedad será recogida por la doctrina medieval en la exagerada expresión *dominus ab inferis usque ad sidera*. Pero su carácter absoluto queda más claramente reflejado en su, tendencialmente, indefinida permanencia temporal, siendo el propietario, en virtud de su autonomía, el único que puede desprenderse de la cosa; por eso, los actos solemnes de transferencia de la propiedad no admiten un término inicial o final. No obstante, este principio esencial admite resquicios en el derecho justinianeo, a través de excepciones como la de la concesión a la mujer de una *actio in rem* para la recuperación de la dote, *soluto matrimonio*. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano,* Milán, Giuffrè, 1990, p. 403.

[7] B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano,* reimpresión de la cuarta edición, Milán, Giuffrè, 1972, pp. 268-269. P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano,* reimpresión de la 10ª edición, Milán, Giuffrè, 1987, p. 256.

indicar que o bien eran escasamente aplicadas en la práctica, o bien habían perdido pronto su vigencia. Entre ellas, sin pretensiones de exhaustividad, cabe mencionar las siguientes:

— Las ligadas a criterios edilicios, como la prohibición de construir edificios en ciertos lugares, o la de derribarlos para especular con sus materiales, que tenían como fin la preservación de su valor arquitectónico (*Senado Consulto Hosidiano* (D. 18.1.52), del año 44 d. C., y *SC. Volusiano* (D. 48.7.6), del año 56 d. C.), y también la de disponer mediante legado de los materiales incorporados a un edificio (*SC. Aciliano*, del 122 d. C.).

— Igualmente, ya en el período clásico se dictan diversas disposiciones reguladoras de la altura, la distancia y la estética de los edificios. Así, sabemos que en la Urbe la erección de edificios altos era frecuente a causa del escaso suelo disponible, si bien no hay memoria de la existencia de prohibiciones hasta que Augusto vetó que las casas adyacentes a la vía pública superasen los setenta pies, siendo este máximo rebajado por Trajano a sesenta pies. Estas restricciones se multiplican en la etapa postclásica y, como veremos, son finalmente recogidas en una célebre constitución de Zenón (*Codex Iustinianeus* 8.10.12).

— Ciertas limitaciones basadas en motivos religiosos o de higiene pública, como la prohibición contenida en la ley de las XII Tablas (10.1) de enterrar o incinerar cadáveres dentro de la ciudad o en la proximidad de algún edificio (10.9), o la de exhumar los cuerpos sin autorización de los pontífices (D. 11.7.8 pr.).

— La incautación de sus bienes inmuebles y su cesión forzosa a otros propietarios solventes y la privación parcial de derechos políticos (*ius sufragii*) con las que se sancionaba al ciudadano que descuidaba o abandonaba el cultivo de su campo o desatendía sus árboles y viñedos (según noticia de Aulo Gelio, *Noctes atticae*, 4.12).

— La obligación que pesaba sobre los propietarios de los fundos colindantes a la vía pública de repararla y de permitir el paso por su finca a las caballerías cuando dejasen que ésta quedase intransitable (XII Tablas, 7.7), así como en situaciones de ruina o inundación (D. 8.6.14.1). Del mismo modo, los dueños de las fincas ribereñas tenían el deber de ceder el uso de sus orillas para facilitar la navegación y la práctica de la pesca (D. 1.8.5 pr.).

— Algunas disposiciones que afectaban a los dueños de esclavos, como aquella del emperador Claudio que ordenaba la pérdida del derecho de propiedad de quien abandonase a un siervo viejo y enfermo.

— Las que, en virtud del principio de extensión de la propiedad del suelo al subsuelo, impedían las excavaciones mineras en terrenos privados ajenos (D. 8.4.12.1), hasta que una constitución de Graciano, Valentiniano y Teodosio del año 382 (CI. 11.7.3 y 6) admitió esta posibilidad con la condición de que el titular de la explotación pagase una décima parte de los beneficios al Fisco y otra décima parte al propietario del predio.

— Otras disposiciones legales dirigidas a la contención de los gastos suntuarios, la prodigalidad en las donaciones (*lex Cincia*) y en los legados (*lex Falcidia*), y los excesos en las manumisiones (ley *Aelia Sentia* y *Fufia Caninia*).

— Finalmente, en el transcurso de la evolución del derecho romano irán instituyéndose diversos impedimentos legales que recortarán la capacidad de disposición del propietario. Entre ellos, el que desde la época antigua desautorizaba la enajenación de las cosas en litigio (XII Tablas 12.4; D. 44.6.2 y D. 44.6.3), al que en el período clásico se añadirán los que afectaban al fundo dotal (*Lex Iulia de fundo dotali*; D. 23.5) y a los inmuebles de los impúberes (D. 27.9), y ya en la etapa postclásica, el que apartaba al *pater familias* de los *bona materna* y el que excluía del comercio los bienes objeto de un legado, mientras que, por último, Justiniano admitirá la eficacia legal de las prohibiciones de disponer contenidas en un contrato o en un testamento[8]. En esta misma categoría cabría incluir el mandato dirigido por el pretor al pródigo, instándole a que se abstenga de enajenar sus bienes (D. 18.1.26).

Junto a estas limitaciones de dominio impuestas en atención al interés público, tal vez, convenga recordar que, en sentido inverso, también existían ciertos mecanismos jurídicos, normalmente plasmados en forma de interdictos, que estaban dirigidos a evitar que la acción de los individuos amenazase, recortase o impidiese el uso colectivo de cosas consideradas de titularidad pública como caminos, calzadas o ríos[9].

Una cuestión muy debatida por la doctrina ha sido la relativa a si cabe hablar de la existencia de la expropiación forzosa por causa de utilidad públi-

---

[8] Las prohibiciones de enajenar las cosas litigiosas y los inmuebles dotales proceden del reinado de Augusto, mientras que la que afectaba a los bienes del impúber se ubica en los inicios de la dinastía de los Severos. La exclusión del *pater familias* de los *bona materna* es de Constantino y la que se refiere a las cosas integrantes de un legado, al igual que la admisión de la inclusión de prohibiciones de disponer, son de Justiniano. Véase, M. Kaser, *Derecho romano privado,* traducción de J. Santa Cruz Teijeiro, 2ª ed., Madrid, Reus, 1982, p. 107 y M. Talamanca, *Istituzioni* (n. 6), p. 404.

[9] J. M. Alburquerque, *La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público: especial referencia a los interdictos de publicis locis (loca, itinere, viae, flumina, ripae)*, Madrid, Dykinson, 2002.

ca. Para afirmar su presencia se ha argüido, fundamentalmente, que el potente desarrollo edilicio romano se hace muy difícil de entender sin la posibilidad del recurso a la misma, pero ello supone olvidar que una gran parte de la tierra era de dominio público. Lo cierto es que, aunque en ningún momento aparece legalmente formulada bajo compensación de justiprecio[10], un sector significativo de los autores admite que frente al estricto respeto hacia la propiedad individual reinante en la época republicana, con traducción en una sistemática abstención de toda intromisión patrimonial relizada sin consentimiento del dueño, las pruebas de la existencia del recurso a la coacción jurídica, más o menos arbitraria y normalmente disfrazada de venta impuesta (*emptio ab invito)*, y de pago, normalmente diferido, en dinero, en especie o en forma de privilegios, se hacen relativamente abundantes en el período postclásico[11], ya sea ligadas a actos de *imperium* de los magistrados sustentados en las necesidades urbanísticas, ya lo sea a la pertenencia al emperador de los fundos provinciales, o bien a medidas de confiscación penal por delitos muy graves, o, incluso, a otro tipo de disposiciones subordinadas al propósito de propiciar el hallazgo de tesoros o de impulsar la explotación de las minas, o en fin, a consideraciones morales contrarias al abuso de derecho, sobre todo tendentes a reprimir el maltrato de los esclavos[12]. En cualquier

---

[10] Aunque hay que recordar que las reformas de los Gracos contemplaban la revocación de la concesión de la posesión de *ager publicus*, no parece que la expropiación de tierras privadas estuviese prevista en la ley de Rullo del año 63 a. C., fuertemente combatida por Cicerón, y finalmente no votada. G. Pugliese, *Istitutzioni* (n. 5), p. 494.

[11] F. De Robertis, *La espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano*, Bari, Istituto di Diritto Romano, 1936. U. Nicolini, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità: studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Milán, Giuffrè, 1940. Tratando de dar justificación y vigencia a mecanismos expropiadores como la "emptio ab invito", los glosadores buscaron, inicialmente, sustentar su legitimidad en la simple supremacía política del monarca. Pero luego Búlgaro, buscando garantizar la protección de los súbditos, introdujo como condiciones la existencia de una justa causa y un compensación acorde con el precio de la cosa. Véase, J. M. Pérez-Prendes, *Interpretación histórica del derecho,* Madrid, Universidad Complutense, 1996, p. 925.

[12] La constatación de estas situaciones hace que algunos autores hayan sostenido que, efectivamente, en Roma se recurrió a la expropiación forzosa por causa de utilidad pública. Con especial énfasis lo ha hecho E. Lozano Corbi, *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común en derecho romano,* Zaragoza, Mira, 1994, y «Expropiación forzosa en el Derecho Romano», en A. Fernández de Buján (dir.), *Derecho administrativo histórico,* Santiago de Compostela, 2005, 205-304. Pero, por ejemplo, también afirma la existencia de su práctica A. D'Ors, *Derecho privado romano,* novena edición, Pamplona, Eunsa, 1997, pp. 155-156. En contraposición, J. Iglesias, *Derecho romano,* 15ª edición, revisada por J. Iglesias Santos, Madrid, Ariel, 2007, p. 164, niega que esta institución fuese admitida en la época clásica, si bien señala que cabe entender comprendida esta facultad entre las adscritas al *imperium* del emperador y de los propios magistrados, apuntando que si no se tienen más noticias del recurso a la misma habría que vincularlo más a un respeto a la tradición de intangibilidad de la esfera privada que a la concurrencia de impedimentos reales a tales acciones expropiatorias. M. Kaser, *Derecho romano privado* (n. 8), p. 106, afirma, sin embargo, que si bien con anterioridad al principado, incluso para la realización de los planes urbanísticos, se prefirió obtener los terrenos necesarios mediante la com-

caso, por razones que se antojan obvias, ningún rastro de esta práctica de sustracción de los derechos propietarios del particular aflora en los fueros municipales, salvo en relación con la aplicación de penas confiscatorias de naturaleza muy distinta a los fines implícitos en la expropiación forzosa[13].

Otra categoría distinta de limitaciones son las establecidas en atención a intereses privados afectados por las relaciones de vecindad[14], que estaban protegidas por diferentes acciones, interdictos y cauciones, cuya activación quedaba, empero, supeditada a la libre decisión de los implicados. Ejemplos de las mismas son:

— La fijación legal de una franja libre y no usucapible de separación, *limes*, de cinco pies de anchura entre los términos de los predios rústicos (XII Tablas, 7.4), quedando atribuido al juez su establecimiento, en el supuesto de que hubiese desacuerdo entre los vecinos y alguno de ellos ejerciera contra el otro la acción de deslinde, *actio finium regundorum*[15] (D. 10.1; CI. 3. 39). No obstante, cuando la acción divisoria provocase la preclusión del paso a la vía pública desde alguna parte del fundo, el juez podría imponerlo como servidumbre. En el caso de las propiedades urbanas, la amplitud de ese espacio intermedio, llamado *ambitus*, era asimismo de cinco pies (XII Tablas, 7.1), aunque después se ensanchó hasta doce y quince pies sucesivamente. Sin embargo, esta antigua delimitación, que aseguraba la individualidad de cada casa familiar, *domus,* y posteriormente de cada *insula,* caería relativamente pronto en desuso a medida que la escasez de suelo disponible obligó a construir las viviendas adosadas unas a otras[16]. Ello, sin perjuicio de que, a partir

---

praventa o, en todo caso, sirviéndose de la coacción política, con la instauración del absolutismo se abandonó este respeto a la parcela individual, proliferando las medidas de incautación de predios para la ejecución de obras públicas o la de víveres para paliar las coyunturas de carencia de alimentos.

[13] Como reconociese el propio U. Nicolini, *La proprietà* (n. 11), p. 189: «la dottrina medioevale non tratta mai di direttamente la questione della espropriazione per pubblica utilità, come non affronta mai direttamente l'istituto della proprietà o il concetto di sovranità e il problema della interferenza di questa nella sfera della proprietà privata».

[14] Para una visión detallada de las mismas, R. Caravella, *Le limitazioni del dominio per ragioni di vicinanza in diritto romano,* Roma, «L'erma» di Bretschneider, 1971. También, A. Palma, *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Turín, G. Giappichelli, 1988.

[15] La determinación del limes se realizaba conforme a un ceremonial solemne y sagrado, la *limitatio,* y estaba representado no por una línea matemática, sino por un sendero libre e imprescriptible de carácter público que, por un lado, proporcionaba un acceso a cada uno de los predios y, además, eliminaba la necesidad de ofrecer un paso forzoso. P. Bonfante, *Istituzioni* (n. 7), pp. 257-258.

[16] Ya durante la época republicana, comenzaron a asignarse tierras a particulares no sujetas al rito de la *limitatio*. En consecuencia, por efecto de la división de *agri limitati,* parcelas fundiarias adjudicadas a algunos propietarios empezaron a ser directamente colindantes con las pertenecientes a otros propietarios, siendo denominados *agrii arcifinii*. Paralelamente, se llegó a admitir la derogabilidad del *ambitus* por acuerdo entre los interesados y con ello la posibilidad de la elevación de edificios de titularidad diversa con paredes contiguas o comunes. M. Marrone, *Istituzioni* (n. 5), p. 406.

del gran incendio de Roma, acaecido durante el reinado de Nerón, se dictasen nuevas reglas dirigidas a preservar la distancia de separación entre las edificaciones; reglas que en el período justinianeo se hacen aun particularmente minuciosas (CI. 8.10.12 y 13 y Novela 63).

— Ciertas reglas tendentes a la mitigación de la inmisión de raíces y ramas pertenecientes a árboles enclavados en fincas aledañas, que más que limitaciones pueden ser definidas como normas de tutela recíproca del derecho propio. En principio, los árboles con todos sus elementos pertenecen al propietario del suelo en el que nacen, pero cualquier intromisión en la propiedad del vecino debe ser evitada. No obstante, por conveniencia de la actividad agrícola, a éste se le imponía la carga de tolerar esta inmisión, aunque restringida al sobrevuelo de las ramas situadas a una altura superior a los quince pies, pudiendo ser podadas las que entrasen por debajo de este nivel (XXI Tablas 7.9 y D. 43.28.1), así como cortadas las raíces invasoras (CI. 8.1.1). Esta facultad fue confirmada posteriormente con la creación del interdicto *de arboribus caedendis* (D. 43.27.1).

— En sentido inverso, al propietario de la encina que proyectase su ramaje sobre el fundo contiguo desde antiguo le estaba reconocido el derecho de entrar a recoger en días alternos la bellota que hubiese caído en el mismo (XII Tablas, 7.10), lo que más tarde se hizo extensivo a toda clase de frutos (D. 23.28.1.1 y D. 50.26.23.1). Para ejercerlo, el pretor le proveyó del interdicto de *glande legenda* (D. 43.28.1 pr.).

— Frente a la obligación, presente en el derecho clásico, de tolerar el discurrir de aquellos cursos de agua procedentes del fundo vecino que fluyesen *naturaliter,* es decir, siguiendo la configuración natural del suelo o del subsuelo, el propietario, para preservar la integridad de su predio ante las inmisiones externas, podía exigir mediante la *actio aquae pluviae arcendae*[17] —con fundamento ya en las XII Tablas (7.8)— la restitución del cauce original cuando hubiese sido alterado por una obra humana (*opus mane factum)*, o por la destrucción de una ya existente sin su consentimiento. Esta acción *in personam* también podría ser ejercida contra el propietario del fundo receptor que impidiese la entrada natural de las aguas, en ambos casos con indemnización de los daños (D. 39.3.1 y D. 39.3.2).

— En el caso del predio encerrado entre otros y privado de acceso a la vía pública, el vecino podía ser obligado por las autoridades o por los funcio-

[17] M. Sargenti, *L'actio aquae pluviae arcendae: contributo alla dottrina della responsabilità per danno nel diritto romano,* Milán, Giuffrè, 1940. Desde una perspectiva más amplia, E. Gómez Royo, *El régimen de las aguas en las relaciones de vecindad en Roma,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

narios imperiales a dejar pasar al dueño, o a quien tuviese el goce del mismo, por su propio fundo (D. 8.6.14.1; D. 11.7.12). Sin embargo, esta cesión forzosa no comportaba la constitución de ningún verdadero derecho ni servidumbre, a diferencia del derecho de acceso a un sepulcro a través de un terreno ajeno, que inicialmente configurado, por Caracalla, con carácter extraordinario y mediante súplica, más tarde será reconocido en la legislación justinianea como un derecho de paso forzoso, *iter ad sepulchrum,* aunque supeditado a su concesión por el magistrado y sujeto a compensación y a la condición de no causar daño excesivo al fundo (D. 11.7.12. pr).

— Diversas limitaciones relacionadas con la edificabilidad y con las relaciones de vecindad entre viviendas y otras construcciones, de las que más tarde me ocuparé.

— Cuestión distinta es el derecho que el edicto del Pretor, con antecedentes en la ley de las XII Tablas, reconocía al propietario del predio expuesto a sufrir los efectos del derrumbe de un edificio vecino que amenazase ruina, de reclamar al dueño la promesa con garantes de que le sería abonado el coste de la reparación completa de los daños que su caída pudiese ocasionarle (*cautio damni infecti*). En el caso de que el dueño del inmueble peligroso eludiese prestar tal seguridad, el reclamante podría obtener una *missio in possessionem* que, en principio le autorizaba a entrar en la finca para inspeccionarla, pero si aquél todavía persistiese en su negativa, en virtud de un segundo decreto podría recibir la cosa en su propiedad bonitaria y su posesión civil, dando inicio al plazo de usucapión[18].

— El propietario de la viga que otro hubiese insertado en su edificio (*tignum iunctum*) no podía reivindicarla mientras durase la adhesión con el fin de no dañar la construcción ya levantada (XII Tablas, 6.8). Esta regla regía también para los palos introducidos en la viña de otro.

— Mientras que en el derecho clásico rige un principio de libertad en cuanto a la apertura de vanos para dejar entrar la luz o permitir la vista sobre el fundo adyacente, tanto en el período postclásico como en el justinianeo se establecerán reglas —que analizaremos— que disciplinarán esta materia.

— En el derecho postclásico se introdujo la obligación de soportar la intromisión del abultamiento del muro del vecino que no sobrepasase el medio pie; pero si el abombamiento fuese mayor podría reclamarse su reparación (D. 8.5.17).

---

[18] Se ocupan en detalle de esta acción: M. Marrone, *Istituzioni* (n. 5), pp. 410-413. A. Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano,* T. I, reimpresión de la 1ª edición (1996), Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 476-477.

— Una peculiar restricción fijada por Justiniano, era la que, en interés de la agricultura, impedía efectuar cualquier obra que privase al vecino del aire circulante preciso para la realización de las tareas de limpieza del grano (CI. 3.34.14.1).

B) El problema de las inmisiones en el fundo vecino

Particular interés ha despertado entre los autores la cuestión relativa a la inmisión, *inmissio*[19], de humos, vapores, humedades, olores y otras perturbaciones, emisiones o vertidos nocivos provenientes del fundo vecino como consecuencia de las actividades llevadas a cabo por su titular en el ejercicio de su derecho de propiedad. Una cuestión que un sector de la doctrina ha entendido indirectamente relacionada, en calidad de remoto antecedente, con la teoría del abuso del derecho, acuñada en sede jurisprudencial en torno a los años de inflexión entre los siglos XIX y XX, para dar respuesta a las nuevas circunstancias sociales traídas por la industrialización y el desarrollo de las reivindicaciones obreras[20]. Sin embargo, la opinión más plausible niega esta conexión, por entender que este término nace íntimamente ligado a una noción de derecho subjetivo que conceptual y filosóficamente es ajena a los presupuestos jurídicos romanos y medievales[21].

El desconocimiento en el derecho romano clásico de la idea de abuso de derecho se hallaría corroborada por la conocida máxima que afirmaba que quien hace uso de su derecho a nadie perjudica, *qui suo iure utitur neminem*

---

[19] Sobre los orígenes y la evolución del término *inmissio* en el derecho romano, E. Algarra Prats, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona,* Madrid, MacGraw-Hill, 1995, pp. 194-208.

[20] Acerca de la génesis histórica de este concepto, G. Broggini, «L'abus de droit et le principe de la bonne foi. Aspects historiques et comparatifs», en *Studi di diritto romano e storia del diritto,* Nápoles, Jovene, 2007, 151-180 (=en *Abus de droit et bonne foi*, Fribourg, Editions Universitaires, 1994, 3-21). El contenido de este concepto fue consagrado en nuestro país por J. Castán Tobeñas, ponente de una sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944, en la que se describía como: "el acto realizado usando de un derecho objetivamente legal, que causa daño a un interés no protegido especialmente por el ordenamiento jurídico y cuya inmoralidad o antisocialidad se manifiesta objetiva o subjetivamente, según la adecuación del móvil con el espíritu de la institución".

[21] Así se pronuncia, por ejemplo, J. A. Martínez Muñoz, *¿Abuso del derecho?*, Madrid, UCM, 1998, pp. 21-28. Pero ello no significa que no se hayan producido diversos intentos de demostrar esa conexión. Por ejemplo, M. C. Jiménez Salcedo, *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en derecho romano,* Córdoba, Universidad de Córdoba, 1999, pp. 127-200 y, en especial pp. 165-200, en las que se analizan los textos en los que, en opinión de la autora, parece recogerse la prohibición de los actos de emulación y la del abuso de derecho en general. También encuentra estos precedentes L. Rodríguez-Arias Bustamante, *El abuso del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, EJEA, 1971, pp. 13-17.

laedit[22]. Sentencia que, a su vez, estaba arraigada en el principio de que mientras el propietario se mantuviese dentro de los confines de la cosa, sin violar ninguna de las limitaciones legalmente establecidas, podría ejercer plenamente su dominio sobre ésta. No obstante, al margen de que la aplicación práctica de esta regla no cabe imaginarla en el marco de las relaciones de vecindad fundiaria, ni tampoco ajena a modulaciones sustentadas en otros principios que son habitualmente invocados, como los de la buena fe o la equidad, parece que su enunciado, más que dar amparo a los perjuicios ocasionados en el ejercicio de un derecho, aludía a que no era un daño del que se debiese responder.

Descartada, pues, una absoluta permisividad, de los textos romanos se desprende que, en general, se entendía que las propagaciones (humos, polvos, olores…) invasoras en la propiedad contigua, pero derivadas de las actividades esenciales de la vida cotidiana, entraban dentro de los márgenes normales de tolerancia[23]. Una regla que también vemos adoptada en las Partidas, cuando haciendo alusión a los malos olores generados por la limpieza de caños y tejados se afirma que no deben impedirse tales actividades, porque se realizan en interés del mantenimiento de las casas y de la salud de las personas[24]. No obstante, cuando esta injerencia se juzgase excesiva, para evi-

---

[22] Esta máxima aparece en D. 1.17.55, D. 1.17.151, D. 1.7.155 y D. 1.39.2. Sobre su significado, véase J. Iglesias, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado,* 8ª ed., Barcelona, Ariel, 1983, p. 196.

[23] Entre las inmisiones soportables, las fuentes citan la consistente en el humo proveniente de la cocina de otro (D. 8.5.8.6), la humedad en la pared causada por el baño que el vecino tuviese adosado a ésta (D. 8.2.19 pr.), o el ya mencionado abombamiento del muro no superior a medio pie (D. 8.5.17 pr.). Por el contrario, la calificación como inmisión se aplicaba rigurosamente respecto al humo altamente molesto procedente de una fabrica de quesos situada en el piso inferior del edificio (D. 8.5.8.5), la emanación de olores fétidos de origen industrial que hiciese insoportable el tránsito por los lugares públicos (D. 43.8.2.29), la colocación de un basurero junto a la pared de otro (D. 8.5.17.2), el que al tallar piedra se hiciesen caer fragmentos en el terreno del vecino (D. 8.5.8. 5), o el vertido de agua sucia en el predio aledaño (D. 39.3.3). Véase M. Alonso Pérez, «La protección jurídica frente a las inmisiones molestas y nocivas», en *Actualidad civil* (1994), 2, pp. 392-397.

[24] *Las Siete Partidas,* glosadas por el licenciado Gregorio López, Salamanca, Andrea de Portonaris, 1555, ed. facsímil, Madrid, BOE, 1974, [III, XXXII, VII]: "Reparando o alimpiando algun ome los caños, o las acequias do se acogen las aguas de sus casas, o de sus heredades: maguer alguno de sus vezinos se tuuiesse por agrauiado de tal lauor como esta por enojo que recibiesse de mal olor, o porque echassen en la calle, o en el suelo dealguno que estuuiesse cerca de los caños, piedra, o ladrillos, o tierra, o alguna otra cosa de las que fuessen menester a aquella lauor, o atrauessasse las calles en abriendo los caños con madera, o de otra guisa, fasta que ouiesse acabado la lauor: con todo esto non le puede vedar ninguno, nin embargar que se non fagan tales lauores como estas: porque es de gran pro, e gran guarda de las casas, e aun aprouecha mucho en salud de los omes de ser los caños bien reparados e alimpiados. Ca si otra de otra guisa estuuiessen, podría acaescer que se perderian, e se derribarian muchas casas porende. Pero los que ouieren a fazer tales lauores como estas, deuen guardar que las fagan de manera que quando fueren acabadas non embarguen, nin tuelgan a otri en ninguna manera su derecho por razon dellas, e que finque el lugar en la manera que solia estar antiguamente".

tarla cabía invocar la tutela posesoria, esgrimiendo el interdicto *uti possidetis*, o también oponer al dueño que quisiese ejercer un *ius in alienum immittendi* una acción negatoria[25]. Por el contrario, no se admitían las inmisiones directas, es decir, las consistentes en arrojar sustancias o en realizar obras proyectadas sobre el predio ajeno. Ahora bien, aun con referencia a estos casos se encuentran formulaciones que, apelando a un principio de equidad, permiten incluso la utilización en provecho propio del fundo ajeno, siempre que ello no se hiciese en su detrimento, abriendo, así, una línea que será consagrada por la doctrina moderna del *ius usus inocui*, con la consiguiente prohibición de los actos efectuados por el dueño del predio en provecho propio con efectos perjudiciales en el vecino[26]. Un veto global que no aparece formulado en el derecho clásico, si bien es verdad que los juristas no excluían el recurso a la *actio doli* por parte del sujeto cuyo interés resultaba lesionado. Curiosamente, este principio parece perfilarse en una conocida Observancia aragonesa relativa a la canalización del agua de lluvia, que venía a afirmar que cualquiera podría utilizar a su discreción la posesión ajena con tal de que no se causase daño a su poseedor, aunque han existido discrepancias acerca de si tal prohibición solamente se predicaba respecto a la conducción de aguas, que era la materia regulada por el precepto, o si, por el contrario, recogía un criterio general[27].

---

[25] Según la interpretación mayoritaria entre los romanistas, el objeto de la acción negatoria era la defensa de la propiedad contra quien pretendía atribuirse un derecho real sobre ella (servidumbre, usufructo), y se ejercía con el fin de obtener la declaración de que no existía dicho derecho. Sin embargo, hay indicios de que también se concedió en defensa del propietario contra cualquier perturbación, incluidas las inmisiones, en su disfrute pacífico de la cosa. R. Evangelio Llorca, *La acción negatoria de inmisiones en el ámbito de las relaciones de vecindad (aspectos civiles, administrativos y urbanísticos),* Granada, Comares, 2000, pp. 123-125. Interesan también, J. Egea Fernández, *Acción negativa, inmisiones y defensa de la propiedad*, Madrid, Marcial Pons, 1994; M. R. Díaz Romero, *La protección jurídico civil de la propiedad frente a las inmisiones (Especial referencia a la acción negatoria)*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 19-24.

[26] La vigencia de estos principios es apreciable en lo concerniente al régimen de las aguas. Así, el propietario puede hacer uso del agua, considerado un bien común, solo dentro de los límites de la propia utilidad, pero no para procurarle daño al vecino. Las obras y las excavaciones son permitidas *si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit* (D. 1.12). Por la misma razón, el dueño del fundo superior, después de usar el agua que necesita, debe consentir el decurso del agua restante en el fundo colindante, a cuyo propietario le corresponde el derecho de derivar el agua superficial (D. 1.11).

[27] *Fueros, observancias y actos de corte del reino de Aragón. Edición facsimilar de la de Pascual Savall y Dronda y Santiago Penén y Debesa*, Zaragoza, 1991 (1866), T. II, *Observantiae consutudinesque regni Aragonum in usu communiter habitae*, Libro VII, *De aqua pluuiali arcenda*, [1]: "De ista materia tene, quod litera sonat, et est ibi optimum argumentum, quod quilibet potest facere voluntatem suam per possesionem alienam, dummodo fiat sine damno illius, cuius ist illa possesio". Según noticia proporcionada por J. M. Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, «Notas sobre la propiedad y las cosas en el derecho español de la Recepción», en J. Varela Suanzes-Carpegna (Coord.), *Propiedad e Historia del Derecho,* Madrid, Centro de Estudios, Colegio de Registradores Mercantiles y de la Propiedad, 2005, 13-45, p. 25, fue el foralista Franco de Villalba quien

El verdadero problema radicaba, no obstante, en las inmisiones indirectas ocasionadas en la finca vecina por acciones realizadas en la propia. A pesar de que las soluciones adoptadas al respecto son siempre resolutorias de casos concretos, del análisis de las fuentes se infiere que el criterio general vigente, al menos durante la época clásica, fue el de reconocer la licitud de todos los actos del propietario mientras estos no produjesen una intromisión en el inmueble vecino (Ulpiano: *in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immitat,* D. 8.5.8)[28]. Sin embargo, los juristas mismos advirtieron pronto que una aplicación rigurosa de esta regla podría implicar una negación absoluta de ciertas facultades concedidas al propietario en el ejercicio legítimo de su derecho, por lo que, de acuerdo con la conocida teoría del uso normal, difundida por Ihering[29], habría acabado triunfando una política de recíproca condescendencia entre los propietarios, prohibiéndose únicamente aquellas inmisiones perniciosas que fuesen provocadas por un uso abusivo, extraordinario y anormal del derecho de propiedad. Esta asentada interpretación[30] ha sido, no obstante, tiempo después rebatida por P. Bonfante, para quien no toda influencia nociva para el vecino derivada de un uso anormal de la cosa pudo haber sido prohibida, sino únicamente aquella que penetrase en la esfera interna de las propiedades próximas, mientras que la alteración, a veces de efectos mucho más graves, de las condiciones externas no bastaría para otorgar al afectado el derecho de querellarse. Y en sentido inverso, sostendrá que, en cierta medida, debió entenderse lícita la invasión de ese ámbito interno, estando su admisibilidad determinada, más que por el carácter ordinario o anómalo del acto que la ocasiona, por su vinculación o no a la naturaleza y las necesidades absolutas y generales de las coexistencia social; es decir, sería permitida cuando respondiese a actividades configuradas como precisas en el sentir de la comunidad[31].

---

defendió que la idea debía aplicarse únicamente a la conducción de aguas, frente a lo que J. Castán Tobeñas, *Derecho civil español* (n. 4), p. 236 sostendría que, aunque se resolvía una cuestión concreta, se estaba aplicando un criterio general.

[28] Una detallada relación de la exégesis merecida por este pasaje en M. C. Jiménez Salcedo, «Las relaciones de vecindad. Especial referencia a los actos de emulación y abuso de derecho en Derecho Romano», en R. López-Rosa, F. del Pino-Toscano (eds.), en *El derecho de familia y los derechos reales en la romanística española (1940-2000),* Huelva, Universidad de Huelva, 2001, 433-447, p. 436, nota 5.

[29] R. Von Ihering, «Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigedenthümers im Interesse der Nachbarn», en *Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechs,* VI (1862), reproducido en *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechs,* Jena, Scientia, 1882, vol. II, pp. 22 y ss.

[30] Son numerosos los autores que se han sumado a la opinión de que en Roma el propietario siempre estuvo obligado a tolerar una molestia moderada derivada de un uso normal del fundo vecino, acorde con su naturaleza. Entre ellos, los citados por M. C. Jiménez Salcedo, *Las relaciones de vecindad* (n. 28), p. 438, nota 11.

[31] P. Bonfante, "Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza", en *Scritti giuridici varii*, vol. 2, *Proprietà e servitu*, Turín, UTET, 1925-1926, pp. 774 ss.

Por su parte, B. Biondi, sin negar que ambas doctrinas debiesen ser tomadas en consideración, defenderá como criterio más relevante el del nivel de tolerancia humana y el de la moderación de la inmisión[32].

Siendo fácil presumir que este mismo tipo de problemas de convivencia derivados de la contigüidad de los inmuebles debieron producirse también de manera muy habitual en los diferentes momentos de elaboración de los fueros municipales, sin embargo, no descubrimos en estos ordenamientos preceptos dirigidos a normativizar la forma de solventarlos. Aunque sí es cierto que tanto en el Fuero Viejo de Castilla[33] como en las Partidas[34] se contienen

---

[32] B. Biondi, *Istituzioni* (n. 7), p. 273.

[33] En *El Fuero Viejo de Castilla* (estudio de B. González Alonso, transcripción de Ángel Barrios y Gregorio del Ser Quijano, Valladolid, Junta de Castilla y León, 1996), se priva de derechos sobre la herencia de la hermana a quienes maliciosamente retardasen su matrimonio, [V, V, II]: "La mançeba en cabellos, si casa sin plazer de su padre o de sus hermanos o parientes más çercanos, salvo sy fuere ella en tiempo para casar, puede ser por ello deseredada: Esto es fuero de Castilla: Que sy alguna mançeba en cavello se casa o se va con algún omne (…) E sy ella fuere en tienpo de casar e non oviere padre o madre et sus hermanos o sus parientes non la quisieren casar, por amor de heredar lo suyo, debe ella mostrarlo en tres villas o más cónmo es tiempo de casar e sus hermanos o sus parientes non la quisieren casar por amor de heredar lo suyo. E desque lo oviere querellado e mostrado, asy conmo es derecho, e después casare, non deve ser deseredada por derecho". Un precepto similar en *Fuero Juzgo* (*Fuero Juzgo o Libro de los jueces*. Cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española, Madrid, Ibarra, 1815, ed. facsímil, Valladolid, Lex Nova, 1990), [III, I, IX]: "Si los hermanos tardan el casamiento de la hermana por tal que ella case por sí, é por tal que non aya parte en la buena de su padre con sus hermanos, é si ellos refusaren aquel que la demandare dos vezes ó tres, é la hermana pues que entiende el enganno de los hermanos, buscare casamiento con razón, aya su derecho entregamientre de la buena del padre con sus hermanos (…)". Pero donde más claramente se perfila esta figura es en *Fuero Viejo de Castilla*, [IV, V, I]: "Que ninguno non deue fazer cauas en su solar nin foyas, por que eche al otro solar a sabiendas las aguas que llouiere, mas que las rreçiba en su solar; e, sy contra esto fiziere, en qué pena cae: Esto es fuero de Castiella. Que, sy alguno o algunos omes an solares yermos çerca algunas casas fechas, syquier sean suyas, siquier de otro, ninguno de aquéstos que an solares yermos non deven fazer cavas nin foyas ningunas, por que el agua que lloviere en el un solar enbíe al otro solar a sabiendas; mas cada uno debe guardar su solar, en tal guysa que el agua que lloviere que cada uno lo rreçiba en sy e non lo enbíe a sabiendas al otro solar nin a otra casa agena. Et, sy alguno lo fiziere, contra esto puédagelo demandar aquél a qui lo fiziere por fuero, e dével pechar los dannos e los menoscabos que por tal rrazón fiziere".

[34] En *Partidas* [III, XXXII, XIII] se incluye la siguiente prohibición: "(…) Ca segund que dixeron los sabios antiguos, maguer el ome aya poder de fazer en lo suyo lo que quisiere. Pero deue lo fazer de manera que non faga daño, nin tuerto a otro". Igualmente, en Partidas [III, II, XLVII] se castigan las demandas promovidas maliciosamente para dañar a otros: "Como los judgadores pueden apremiar a algunos omes que fagan sus demandas contra aquellos que quieren yr en sus caminos. Asechan los omes vnos a otros maliciosamente, por embidia, o por mal querencia, que han contra ellos. E esto fazen contra los mercadores e contra los otros omes, que han a fazer sus viajes, por mar, o por tierra. Ca luego que saben que tienen sus mercaderias, e sus cosas aparejadas, para yrse, mueuen demandas escatimosamente, contra ellos, ante los judgadores, para estoruar les que se non puedan yr de la tierra, en la sazon que deuian. Onde dezimos que los judgadores, non deuen sofrir tal escatima, nin tal engaño, como este, cuando lo sopieren (…)". En la presencia del principio del *ius usus inocui* en este ordenamiento alfonsino se detiene J. García Sánchez, «Marco legal de las limitaciones por razón de vecindad en las Partidas», en R. López-Rosa, F. del Pino-Toscano (eds.), *El derecho de familia* (n. 28), 381-405, pp. 399-401.

algunas disposiciones contrarias a aquellos actos de dominio realizados sobre los bienes propios a sabiendas del perjuicio que causan a otro. Lo que, en el enunciado de la regulación alfonsina relativa al libre y natural deslizamiento de las aguas parece evidenciar un eco temprano de la doctrina de la prohibición de los actos de emulación, es decir, los realizados por el titular de un derecho en el legítimo ejercicio del mismo, pero carentes de cualquier apreciable utilidad y, por ello, esencialmente encaminados a causar daño a otro[35]. Teoría construida por Cino de Pistoia a partir de una interpretación sesgada de varios textos aislados del Digesto, también referidos al régimen de las aguas[36], que, teñida de fuertes connotaciones morales, algunas asociadas a conceptos subjetivos como el dolo y la buena fe y otras directamente ligadas a los dictados de la ética cristiana, fue aceptada por tan grandes autoridades como Bartolo y Baldo, convirtiéndose en dominante durante varios siglos[37]. Es, precisamente, en las ácidas críticas vertidas por la literatura romanista decimonónica frente a esta contaminación de elementos extrajurídicos y en la

---

[35] Lo esencial del acto de emulación reside, justamente, en ese *animus nocendi*, que no es indispensable en los supuestos de abuso de derecho, en los que es suficiente que haya una ausencia de utilidad o una desviación del fin u objeto para el que el derecho había sido creado. Sobre el significado latino del término *aemulatio*, su acepción medieval y las diferentes definiciones formuladas del acto de emulación, véase M. C. Jiménez Salcedo, *Las relaciones de vecindad* (n. 28), pp. 441-444, y en particular nota 26.

[36] Radicalmente contrario a admitir que la prohibición de estos actos primordialmente dirigidos a causar daño existiese en el derecho romano, P. Bonfante, *Istituzioni* (n. 7), p. 262-263, afirma que las únicas leyes que presentan una apariencia especial son aquellas en las que, efectivamente, se veta la alteración del decurso de las aguas *animo nocendi*, pero advierte que toda la regulación de las limitaciones en materia de aguas constituye un régimen excepcional, sabio y benéfico, expresamente establecido por Justiniano. Esta misma circunscripción al farragoso régimen de las aguas estaba en la base de la brillante e influyente crítica a esta construcción doctrinal por parte de V. Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano. Lezioni ordinate, curate, edite de Pietro Bonfante*, Roma, A. Sampaolesi, 1928, pp. 414 ss. Paradójicamente, estas mismas leyes relativas al régimen de aguas son aquellas a las que acude M. C. Jiménez Salcedo, *Las relaciones de vecindad* (n. 28), pp. 444-445, para defender la presencia en el derecho romano de la teoría de los actos de emulación, frente a la opinión mayoritaria.

[37] Esta derivación se construyó a partir de D. 50.10.3: "Opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet, praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat, materiat seditiones praebeat vel circum theatrum, vel amphitheatrum sit". Es decir, en lo que era un simple disposición administrativa tendente a preservar el orden público, se eximía de la necesidad de obtener autorización del príncipe para la realización de una obra pública a favor de la ciudad, salvo cuando el fin primordial del proyecto fuese rivalizar con otra ciudad vecina, o que diese ocasión a una sedición o que se tratase de un circo, un teatro o un anfiteatro. Sobre la evolución del concepto entre los autores del *ius commune*, véase, N. Sarti, *Inter vicinos praesumitur aemulatio. Le dinamiche dei rapporti di vicinato nel'esperienza del diritto comune*, Milán, Giuffrè, 2003. Una síntesis de más amplio espectro histórico en R. Evangelio Llorca, «El límite entre las inmisiones permitidas y las prohibidas. Criterios históricos de fijación», en *Anuario de Derecho Civil,* 53, III (2000), 855-922. También interesa, I. A. Navarro Mendizábal, *Las inmisiones y molestias medio ambientales. Tutela preventiva civil,* Madrid, Dykinson; Universidad Pontificia de Comillas, 1997, pp. 47-55.

dificultad de la prueba del ánimo malévolo donde radican las causas primordiales de la superación de esta doctrina y su sustitución por la moderna teoría del abuso de derecho.

C) La propiedad y las limitaciones a su libre disposición en las fuentes medievales peninsulares

La profunda transformación operada durante los primeros siglos medievales en las concepciones propietarias es resultado, entre otras causas, de una progresiva confusión entre las nociones de propiedad y posesión, lo que hará que, hasta que se produzca la recuperación, al cobijo del derecho común, de su línea delimitadora —plasmada mediante la contraposición de los términos señorío y tenencia en las Partidas[38]—, gane una mucho más amplia virtualidad la distinción entre la propiedad libre y la no libre. Un fenómeno al que se unen otros destacados factores, como son la existencia de sujetos colectivos de derechos sobre las cosas o la aparición de un variado abanico de nuevas modalidades de derechos reales limitados, vinculadas, sobre todo, al desarrollo de las relaciones de dependencia interpersonal propias del régimen señorial —de las que, obviamente, no me ocuparé aquí—, trayendo su confluencia como consecuencia una sensible alteración del cuadro de las limitaciones de dominio que acabamos de describir.

En principio, no se descubre en los fueros municipales, como tampoco aparece en el derecho romano, una definición explícita de la idea de propiedad. Definición que sí se formula en las Partidas con un enunciado: "Señorio es poder que ome ha en su cosa de fazer della e en ella o que quisiere segund Dios e según fuero", que reproduce la holgura de los confines con la que era caracterizada por las autoridades del *ius commune*, al señalarla como únicos límites la ley, el derecho divino o las buenas costumbres[39]. No obstante, este

---

[38] *Partidas*, [VII, XXXIII, X]: "Del declaramiento de otras palabras dudosas: (…) Otrosi dezimos que propiedad es el señorio de la cosa: e possession es la tenencia de ella; pero a las vegadas la una destas palabras se toma por la otra: esto seria como si alguno dixesse en su testamento mando a fulano todas las mis possessiones que he en tal lugar, ca entiendese por tal manda que non tan solamente da la tenencia, mas aun el señorio dellas (…)".

[39] *Partidas*, [III, XXVIII, I]: "Que cosa es señorio e quantas maneras son del: (…)". Según la interpretación de Gregorio López en su glosa a este precepto, lo que en él se establece es que la capacidad de disposición tiene su límite en el derecho divino y en la ley. En un sentido más restrictivamente circunscrito al ámbito privado, Bartolo habla de la propiedad como un *ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lex prohibeat,* mientras que Baldo alude a la *plena proprietas cum alienandi potestas*, fijando su frontera en el respeto a los *boni mores*. Aunque, en realidad, los intentos de concreción del contenido de la propiedad son numerosos y diversos entre los doctores del derecho común, disfrutando de particular predicamento aquella expresión que extendía casi indefinidamente las facultades adscritas a este "*ius utendi et abutendi, quatenus iuris ratio pati-*

mismo amplio perfil, de indudable influencia romana, está latente en fueros como los de Toledo, el extenso de Sepúlveda o los de Cuenca y Teruel y otros de su misma familia foral, en los que, con variable enunciado, la propiedad raíz se proclama firme, estable y duradera, otorgándose expresamente a su dueño las facultades de venderla, donarla, cambiarla, prestarla, empeñarla o entregarla por la salvación de su alma[40]. Estas potestades incluyen, además,

---

tur". Véase J. García Sánchez, *Marco legal* (n. 34), pp. 385-388. Un estudio de la proyección histórica posterior de estas definiciones en M. Peset, *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra,* Madrid, Edersa, 1982, pp. 128-154.

[40] *Fuero de Toledo* 1166? (A. García-Gallo: «Los Fueros de Toledo», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 45 (1975), 341-488, núm. 10, pp. 473-483), [17]: "Necnon, et habeant ipsi, et filii sui, et heredes eorum omnes hereditates suas firmas, et stabilitas usque in perpetuum, et quod emant et vendant uni ab alteris, et donent ad quem quisierint, et unusquisque faciet sin sua hereditate secundum suam voluntatem". *Fuero extenso de Sepúlveda* (*Los Fueros de Sepúlveda*, edición crítica y apéndice documental de Emilio Sáez; estudio histórico-jurídico de Rafael Gibert; estudio lingüístico y vocabulario por Manuel Alvar, Segovia, Diputación Provincial de Segovia, 1953), [23] "Del que oviere raíz: Otórgovos, otrossí, que qui raíz oviere que la haya firme et estable et quel' vala por iamás, en tal guisa que faga d'ella et en ella lo que quisiere, et aya poder de dalla, et de vender, et de fazer, et de camiar, et de emprestar et de empennar, et de mandar por su alma, siquier sano, siquier enfermo, siquier quiera morir, siquier quiera ir". *Fuero de Cuenca* (R. Ureña y Smenjaud, *Fuero de Cuenca. (Formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf. Edición crítica, con introducción, notas y apéndice*, Madrid, Olózaga, 1935): Forma sistemática, [II, I]: "De stabilimento hereditatum [et de cauto earum]: Concedo uobis quod quicumque radicem habuerit, firmam habeat eam ac stabilem, et in perpetuo ualiturram, ita quod de illa et in illa possit facere quecumque sibi placuerit, et habeat potestatem dandi eam, uendendi, cambiandi, mutuandi, impignorandi, testandi siue sit sanus, siue infirmus; siue uelit morari, siue recedere"; Forma primordial, [28]: "De stabilimento hereditatum et de cauto earum (…)"; Códice valentino, [I, II, 1]: "Del estableçimiento delas rraizes en como son de guardar (…)". *Fuero latino de Teruel* (J. Caruana Gómez de Barreda*, El fuero latino de Teruel*, Teruel, Instituto de Estudios Turolenses, 1974), [298]: "Quilibet possit vendere omnia bona sua: Concedo vobis itaque quod quicumque radicem, habuerit, habeat eam firmam et stabilem ad suam voluntatem propriam faciendam, sive sit sanus sive infirmus, sive velit recedere vel morari (…)". *Fuero romance de Teruel* (M. Gorosch, *El fuero de Teruel,* Estocolmo, 1950), [382]: "De heredat: (…)". Una redacción similar en su contenido encontramos en *Fuero de Iznatoraf*, [21]: "Del establecimiento de las heredades: (…)". *Fuero de Zorita de los Canes* (R. Ureña y Smenjaud, *El fuero de Zorita de los Canes según el Códice 247 de la Biblioteca Nacional (siglos XIII al XIV) y sus relaciones con el fuero latino de Cuenca y el romanceado de Alcázar*, Madrid, Fortanet, 1911), [18]: "De establecimiento de sus heredades et del coto dellos: (…)". *Fuero de Plasencia* (J. Majada Neila, *Fuero de Plasencia. Introducción, transcripción, vocabulario*, Salamanca, Librería Cervantes, 1986), [15]: "(…) todo ome que raíz vendiere o diere (…) firme sea et estable, ca d'ella o en ella puede fazer quantol ploguier (…)". *Fuero de Béjar* (J. Gutiérrez Cuadrado, *Fuero de Béjar,* Salamanca, Universidad de Salamanca, 1974), [33]: "De coto de las heredades: (…)". *Fuero de Alcaraz* (J. Roudil, *Les fueros d'Alcaraz et d'Alarcon*, t. I, *Introduction et texte*, París, Librairie C. Klincksieck, 1962), [II, 1]: "Del establimiento de las heredades e de su coto d'ellas: (…)". *Fuero de Alarcón* (J. Roudil, *Les fueros d'Alcaraz et d'Alarcon*, t. I, *Introduction et texte*, París, Klincksieck, 1962), [25]: "Del que rayz ouiere commo la deue auer firme: (…)". *Fuero de Úbeda* (*Fuero de Úbeda*, estudio preliminar de M. Peset y J. Gutiérrez Cuadrado, estudio paleográfico de J. Trenchs Odena, edición y notas de J. Gutiérrez Cuadrado, Valencia, Universidad de Valencia, 1979), [VIII, Ia]: "Mando aun a uos que todo aquel que rrayz ouiere (…). *Fuero de Baeza* (J. Roudil, *El fuero de Baeza. Edición, estudio y vocabulario*, La Haya, Van Goor Zonen, 1962), [27]: "Del establimiento de las heredades et del coto: (…)". *Fuero de Villa-*

la libertad de construir o realizar en la misma casas, baños, hornos, molinos, huertos, viñas o cualquier otra obra, como se contempla en varios de los ordenamientos citados o también, por ejemplo, en los de Nájera, Calatayud y Brihuega[41], aunque tampoco faltan otros textos forales, como el breve de Sahagún del año 1085, en los que, para preservar el monopolio señorial se prohíbe efectuar alguna de esas tareas[42]. De igual manera que son varios los fueros que, como el breve de Jaca de hacia 1077 o los extensos de la familia de Cuenca, que permiten o fomentan el cercado de las heredades con paredes,

---

escusa de Haro (M. T. Martín Palma, *Los fueros de Villaescusa de Haro y Huete*, Málaga, Universidad de Málaga, 1984), [26]: "Titulo de las heredades: (…)". *Fuero de Huete* (M. T. Martín Palma, *Los fueros de Villaescusa de Haro y Huete*), [21]: "Del que ouiere rays: (…)".

[41] *Fuero extenso de Sepúlveda,* [25]: "De los heredamientos: Toda obra que cada uno faga en su raíz sea firme et estable assí que ninguno non ge la contralle, nil' viede de fazer qual obra quisiere, forno, o casa, o banno, o molino, huerto, o vinna, o otras cosas qualesquier; et si por aventura algunol' troxiere a pleito al sennor de la heredat por ello, et el demandador fuer vencido, peche X mrs. al sennor de la heredat, et al iuez, et a los alcaldes et al querelloso la espesa doblada, por su iura et de un vezino". *Fuero de Cuenca*: Forma sistemática, [II, 3]: "De stabilimento operum radicis: Omne opus quod quisque in sua radice fecerit, ratum sit ac stabile, ita quod nemo ei aduersetur, neque prohibeat ei facere quodcumque uis opus, uel hedificium, siue sit balneum, siue furnus, domus, molendinum, ortus, uinea, et cetera quelibet consimilia (…)"; Forma primordial, [30]: "De stabilimento operum radicis: (…)"; Códice valentino, [I, II, 2]: "Que cada vno faga en su rrayz lo que se quisiere (…)". *Fuero latino de Teruel,* [298]: "(…) et omne opus quisque in sua radice fecerit, sit ratum et stabile, ita quod nemo ipsum contrariet sive prohibeat ei facere quodcumque hedificium sibi placuerit, sive sit domus, sive puteus, sive carcer, vel furnus, au molendinus, et ortus, et vinea, et cetera quilibet consimilia his predictis (…)". *Fuero romance de Teruel*, [382]: "De heredat (…)". Con diversa redacción, reproducen este precepto: *Fuero de Iznatoraf:* [23]: "Del establesçimiento dela rayz (…)". *Fuero de Zorita de los Canes,* [19]: "(…) E toda cosa que cada uno en su rayz fiziere (…)". *Fuero de Plasencia*, [15]: "(…) Todo ome que fiziere forno, o banno o molino o canal en su heredat firme sea et estable et nadi non ielo deviede ni lo contrale a su sennor". *Fuero de Béjar*, [35]: "Faga cada uno lo que quisier en su heredat: (…)". *Fuero de Alcaraz,* [II, 3]. "Del establimiento de las hobras de la rayz: (…)". *Fuero de Alarcón,* [27]: "Del que en su rayz huebra alguna fiziere: (…)". *Fuero de Ubeda,* [VIII, Ic]: "E toda obra que cada vno fiziere en su rrayz (…)". *Fuero de Baeza*, [29]: "Del establimiento de la rayz: (…)". *Fuero de Villaescusa de Haro*, [28]: "Del estableçimiento de las heredades: (…)". *Fuero de Huete*, [23]: "Del que fisiere obra en su rays: (…)".

Fuero de Nájera ¿1140? (G. Martínez Díez, «Fueros de la Rioja», en *AHDE,* 49 (1979), 327-425, núm. 9, pp. 404-411), [33]: "Homo de Nagara in sua hereditate faciat, et edifficet molendinos, furnos, turcularia, aut quodcumque voluerit sine ulla occasione". *Fuero de Calatayud* 1136-XII-26 (J. M. Ramos Loscertales, «Textos para el estudio del derecho aragonés en la edad media», en *AHDE,* 1 (1924), núm. 2, pp. 408-416), [22]: "Et habeant uizinos de Calataiub fornos, et bannos, et tendas et molinos, et cannales ubi unusquisque melius potuerit facere". *Fuero de Brihuega* (A. Pareja Serrada, *Diplomática arriacense. Colección de algunos documentos, publicados unos, inéditos otros, que pueden servir para planear o ilustrar una "Historia de Guadalajara y su provincia"*, Guadalajara, 1921, pp. 267-321), p. 268: "…con todas las heredades que han, o que auran, que las mantengan, et que uiuan en ellas, et las heredades que han, o que ouieren, que las puedan uender et dar et empennar, et fazer su propia uoluntad a omne que fahga vezin".

[42] *Fuero breve de Sahagún,* 1085-V-25 (J. Rodríguez Fernández, *Los fueros del reino de León,* II, *Documentos,* León, Ediciones Leonesas, 1981, núm. 6, pp. 35-41), [13] "Nullus habeat ibi furno vel patella, sed ubi fuerit invento frangitur, et det Ababati quinque solidos (…)".

setos o vallados[43]; o, tal como establece un privilegio concedido a la ciudad de Burgos en 1124, su conversión en dehesas de uso privativo[44]. Ahora bien, también es extraordinariamente frecuente que el pleno ejercicio de los derechos propietarios se subordine al transcurso de un determinado período de posesión pacífica, normalmente ajustado al habitual plazo prescriptivo de un año y un día[45].

---

[43] *Fuero breve de Jaca*, c. 1077 (M. Molho *El Fuero de Jaca. Edición crítica*, Zaragoza, Escuela de Estudios Medievales, 1964, pp. 3-5). J. M. Lacarra-A. Martín Duque, *Fueros derivados de Jaca*, 2, *Pamplona*, Pamplona, Institución Foral de Navarra-Institución Príncipe de Viana, 1975, pp. 105-109, proponen para este fuero la fecha de 1076), [2]: "Et unusquisque claudat suam partem secundum posse".

Fuero de Cuenca: Forma sistemática, [V, VIII]: "De clausura hereditatis que fuerit [in frontaria]: Quicumque ortum, aut uineam, aut messem in frontaria alicuius defese, siue exitus habuerit, et eam sepe aut pariete, aut uallatu non circumdederit, non accipiat pectum pro ea, neque calumpniam. Ille qui sepem, aut uallatum, aut parietem fecerit, tante altitudinis faciat, quod nullus ganatus queat ad laborem transire". En igual sentido: Forma primordial, [118]: "De clausura hereditatis que fuerit in frontaria: (…). Códice valentino, [I, V, 8]: "Del que ouiere huerto o vinna o mies en frontera: (…). Fragmento conquense, [62]: "Dela çerradura dela heredat que fuere en frontera de defesa o de exido: (…)". *Fuero de Iznatoraf*, [108]: "Del que ensu frontera non fiziere çerradura: (…); [109]: "Del que su frontera non quisiereençerrar: (…)". *Fuero de Zorita de los Canes,* [102]: "De encerradura de heredat que fuere en frontera: (…)"; [103]: "Del que no çerrare su frontera: (…)". *Fuero de Plasencia*, [570]: "De acotar las vinnas: (…)". *Fuero de Béjar*, [131]: "De vinna o de mies en frontera o en exido: (…)"; [132]: "Qui non cerrare su frontera: (…)". *Fuero de Alcaraz*, [II, 86] "De la cerradura de la heredar que fuere en frontera: (…)"; [II, 87]: "De aquel que su frontera non quisiere encerrar: (…)"; *Fuero de Alarcón*, [105]; [106]: "De las fronteras: (…)"; *Fuero de Úbeda*, [XII, IV a y b]: "Del que en frontera de algun exido toujere vinna o mjes: (…)"; *Fuero de Baeza,* [107]: "De la encerradura que fuere en frontera: (…)"; [108]: "Del que su frontera non quisiere encerrar: (…)". También en el *Fuero extenso de Sepúlveda*, [153], [154].

[44] *Privilegio a Burgos,* 1128-VII-12 (G. Martínez Díez, *Fueros locales en el territorio de la provincia de Burgos*, Burgos, Caja de Ahorros Municipal, 1982, núm. VII d, p. 131): "(…) Et si aliquis ex vobis voluerit facere devesum in sua hereditate faciat (…)".

[45] Señala J. Lalinde Abadía, *Iniciación histórica al derecho español,* Barcelona, Ariel, 1970, p. 655, y *Derecho histórico español,* Barcelona, Ariel, 1974, p. 454-455, que frente a la prescripción larga de treinta años, de origen romano y vigente también en el derecho visigodo, en los Usatges catalanes y en los derechos navarro, aragonés y castellano, aunque en éstos, en ocasiones, con plazos más largos, la prescripción corta de un año y un día, de ascendiente franco, se generaliza desde la segunda mitad del siglo XI para favorecer la repoblación a través de los fueros locales navarros, aragoneses y riojanos, extendiéndose luego a Castilla y León. Un plazo que, como se señala en el *Fuero extenso de Sepúlveda*, en realidad se computa con el transcurso de dos años completos: [197]: "De omne que toviere heredat por anno et dia: Otrossí tot omne que toviere heredat por anno et por dia, et ninguno non ge la retentó, non responda más por ella. Et este anno et día devesse entender por dos annos complidos, et firmado esto con tres vecinos posteros, que anno et dia es passado que non lo demandó ninguno (…)". Otros ejemplos: *Fuero breve de Jaca*, c. 1077, [8]: "Et postquam anno uno et die supra eam tenebitis sine inquetatione, quisquis eis inquetare uel tollere uobis uoluerit det michi XL solidos, et insuper confirmet uobis hereditatem". *Fuero de Logroño* 1092 (G. Martínez Díez, *Fueros de la Rioja* (n. 41), núm. 10, pp. 411-417), [32]: "Et nullus populator de hac uilla que tenuerit sua hereditate uno anno et uno die sine ulla mala uoce, habeat solta et libera, et qui inquiserit eum postea pectet IX solidos ad principi terrea (...)". *Fuero de Miranda de Ebro*, 1099 (F. Cantera Burgos, *Fuero de Miranda de Ebro. Edición crítica, versión y estudio,* Madrid, CSIC, 1945), [11]: "Et quilibet populator qui tenuerit suam

No obstante, esta genérica libertad dispositiva se ve a menudo cercenada respecto a la posibilidad de transmitir bienes inmuebles a los miembros de ciertos colectivos, como los nobles, los clérigos o los integrantes de las órdenes religiosas. Así, en el fuero breve de Jaca se prohíbe donar o vender hono-

---

hereditatem per annum et diem sine mala uoce, habeat eam liberam et quitam. Et alii que comprauerint uel acceperint habeant eam liberam et quitam ad fforum de miranda". *Carta de población de Selgua,* 1169-V-30 (M. L. Ledesma Rubio, *Cartas de población del Reino de Aragón en los siglos medievales*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 1991, núm. 93, pp. 117-118): "…Et habeatis et possideatis ipsam hereditem francham et liberam ad faciendas (…) excepto quod non possitis eam vendere nec impignorare donec unum anum et unum diem habeatis eam possessam (…)". *Fuero de Medina de Pomar,* 1181-IV-25 (G. Martínez Díez, *Fueros locales* (n. 44), núm 24, pp. 165-168), [32]: "Et nullus repetat aliquam haereditatem ab aliquo populatore Medinae qui campum unun annum et diem sine ulla inquisitione tenuit quomodo eam post unum annum et unum diem recipierit domino et sexaginta solidos pectet". *Confirmación de los fueros de Huesca a Fraga*, 1242-II-15 (M. L. Ledesma Rubio, *Cartas de población*, núm 184, pp. 230-231): "(…) quod habeatis illos foros de Oscha in omnibus vestris causis et foris, sicut usque hodie habuistis et ipsi oscenses habent (…)". *Fueros de la Novenera* (G. Tilander, *Los fueros de la Novenera*, Estocolmo, 1951), [161]: "De toda heredat que dize ombre «yo so tenient aynno et dia», et el otro ombre dize «yo so tenient aynno et dia», aqueyll qui prouare con más de ombres, aqueill meta fiador sobre la heredat". *Fuero de Viguera y Val de Funes* (J. M. Ramos Loscertales, *Fuero de Viguera y Val de Funes,* Universidad de Salamanca, 1956), [241]: "Clamo sobre tenencia: Todo omne que's clamare d'otro sobre fiança fecha de tenencia d'aynno e dia sobre alguna heredat, et despues por juyzio le probasse su tenencia e de sus anteccessores de XL aynnos sin mala voz, non respondrá al querelloso de la heredat con carta o sin carta e haber l'a pora siempre". *Fuero de Alcalá de Henares* (G. Sánchez, *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares,* Madrid, Centro de Estudios Históricos, 1919, pp. 277-324), [29]: "Todo home de Alcala o de so termino qui toviere heredat un anno e un dia entrado i seyendo e veiendolo, si lo quiso veder, e non lo demandare nol responda por elo". *Fuero de Coria* (*El Fuero de Coria*, estudio histórico-jurídico por J. Maldonado y Fernández del Torco, transcripción y fijación del texto por E. Sáez, prólogo de J. Fernández Hernando, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1949), [84]: "Todo ome a quin demandaren heredade, e podier firmar que mas ha de un anno que la tien con lavor, ansi como le perteneçe, ayala por siempre. E si el otro dixier: "antes de anno demande esta heredade", firmegelo que antes de anno ge lo demando es respondal por ello (…)". Concuerdan con este precepto de Coria, con ligeras variantes de redacción, el *Fuero de Usagre* (R. Ureña y Smenjaud y A. Bonilla San Martín, *Fuero de Usagre (siglo XIII), anotado con las variantes del de Cáceres*, Madrid, Hijos de Reus, 1907), [94]: "Tod omme a quin demandaren heredat (…)", y el *Fuero de Cáceres* (M. Muro Castillo, *El Fuero de Cáceres. [Texto impreso]*, estudio crítico de B. Aguilera Barchet, Cáceres, Ayuntamiento de Cáceres-Caja de Ahorros de Salamanca y Soria, 1997), [92]: "Tod omne a quien demandaren heredat (…)".

En los fueros del grupo de Cuenca-Teruel se excluyen los bienes del concejo y de la Iglesia, que son inalienables, y las heredades del romero, del cautivo y del huérfano menor de edad, de las que hay que acreditar la procedencia. *Fuero de Cuenca*: Forma sistemática: [VII, X]: "Quod post annum et diem [nemo pro radice roborata respondeat]: Quicumque roboratam radicem tenuerit, non respondeat pro ea, die et anno transacto, nisi fuerit hereditas concilli, aut ecclesie, que nec potest dari, nec uendi, et excepta hereditate peregre profecti, et captiui, adque pupilli nondum annos discretionis habentis (…)". Forma primordial, [158]: "Quod post annum et diem nemo pro radice roborata respondeat: (...)". Códice Valentino, [I, VII, 9]: "Del que touiere rrayz rrobrada anno et dia: (…)". Fragmento conquense, [98]: "Que despues de anno et dia non rresponda por rays robrada (…)". En igual sentido, *Fuero de Zorita de los Canes*, [142]: "Despues de anno et dia ninguno non responda por rayz: (…)" *Fuero de Plasencia*, [602]: "De passar anno et dia (…)". *Fuero de Béjar,* [174]: "De raiz robrada: (…)" *Fuero de Alcaraz*, [III, 30]: "Que despues de anno

res a la Iglesia o a los infanzones[46], y en otros, como el de Guadalajara de 1219, y los extensos de Sepúlveda y de Cuenca y otros de sus emparentados, se desautoriza la enajenación de propiedades raíces realizada en favor de los

---

e dia ninguno por rayz robrada no responda: (…)". *Fuero de Alarcón*, [139]: "De la rayz robrada: (…)". *Fuero de Úbeda,* [XVII, Ia]: "Todo aquel que rrayz rrobrada toujere, anno et dia pasado (…)". *Fuero de Baeza*, [144]: "Que ninguno non responda por rayz robrada sespues de anno et dia: (…). *Fuero de Villaescusa de Haro*: [137]: "Titulo de como han de robrar la rays en conçejo (…)". *Fuero de Huete*, [115]: " Del que touiere rays anno e dia: (…)". Se aparta de este principio el *Fuero de Iznatoraf,* [145]: "Que ninguno non responda por rayz rrobrada: Todo aquel que rayz rrobrada touiere a terçero dia passado, non rresponda por ella, si non fuere heredat de çonceio o de yglesia, que nin se puede dar, nin vender"; [146]: "De la heredat del catiuo o de otro omne: E otrossi, del que fuere en rromeria et del catiuo o del huerfano que non ha hedat complida (...)".

La vigencia general de este plazo de prescripción también se atestigua en el *Fuero extenso de Jaca,* redacción A (*El Fuero de Jaca* (n. 43), pp. 25-162), [10]: "De heredat que ten om per un an e un dia que non deu respondre plus: Si algun possedex heredat que li sia uenduda o donada o empeynnada ab cartas, ab fianças et ab testimonis bastantz et algun altre li mou contenta per aquela heredat, si aquel qui possedex pot prouar bastanment que ia l'a possedit en paç per un an e un dia o plus sens mala uoz, per fuero de Jaqua no es tengunt de respondre de aquela heredat (…)", el *Fuero de Estella* (J. M. Lacarra-A. Martín Duque, *Fueros derivados de Jaca*, I, *Estella-San Sebastián*, Pamplona, Institución Foral de Navarra-Institución Príncipe de Viana, 1969), redacción A, [2, 2]: "Et postquam anno et uno die supere eam tenuisset sine inquitatione, quisquis eum inquietare vel tollere voluisset, dedisset regi LX solidos, et insuper confirmasset hereditatem", el *Fuero de Pamplona* (J. M. Lacarra-A. Martín Duque, *Fueros derivados de Jaca*, 2, *Pamplona*, Pamplona, Institución Foral de Navarra-Institución Príncipe de Viana, 1975), redacción S, [81]: "(…) Et si per auentura altre li met mala uoz, et aquel qui la ten o possedis pot prouar leyalment que l'a tenguda en paz un an et un dia sens mala uoz o mas, per for no es tengunt de respondre-li d'aylli aeuant per aquela heredat (…)", y el *Fuero de Soria* (G. Sánchez, *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, pp. 1-225), [269]: "Tod aquel que fuere tenedor de alguna heredat, non responda por ella pues que anno et dia fuere passado". Y asimismo en las redacciones de derecho territorial castellano: *Libro de los Fueros de Castiella* (J. Alvarado Planas y G. Oliva Manso, *Los fueros de Castilla. Estudio y edición crítica del Libro de los Fueros de Castilla, Fuero de los fijosdalgo y las Fazañas del Fuero de Castilla, Fuero Viejo de Castilla y demás colecciones de fueros y fazañas castellanas*, Madrid, BOE, 2004, pp. 253-354), [77] "(…) Et sy fuere tenedor como el fuero manda, deve mostrar con çinco omnes buenos de aladannos e de otros que era tenedor anno e día e labró e desfrutó a tiempo et a sazón. E el otro que demanda morando en la villa e sy era fuera de la villa que entró et salió en la villa; e mostrándolo con omnes buenos, deve aver la heredat aquel quela tiene (…)".

Sin embargo, no siempre rige el mismo plazo, pues en algunos textos aragoneses es de medio año: *Carta de población de Cañada de Benatanduz*, 1198 (M. L. Ledesma Rubio, *Cartas de población*, núm. 140, pp. 165-166): "(…) Qui emerit hereditatem in Canada respondeat per illam usque ad medium anuum, deinde in antea non respondeat per illam (…)". *Fuero de Aliaga,* 1216-XI-26 (M. L. Ledesma Rubio, *Cartas de población*, núm. 162, pp. 193-197), "Qui emeret hereditatem respondeat usque ad medium annum et deinde non teneatur". Como tampoco resulta excepcional que la plena libertad dispositiva se reconozca desde un principio sin sujección a condición temporal alguna. Un ejemplo muy claro lo tenemos en la *Carta de franquicias de San Lorenzo de Salancá*, 1213-II-22 (J. M. Font Rius, *Cartas de población y franquicia de Cataluña,* I, *Textos*. Madrid-Barcelona, CSIC, 1969, núm. 238, pp. 333-336): "Item concedimus et donamus vobis et omnibus sucessoribus vestris in perpetuum, plenam licentiam et liberam potestatem dimittendi, dandi, vendendi, impignorandi seu comutandi et alienandi, quocumque volueritis modo ad voluntatem vestram, omnia bona vestra mobilia et inmobilia et se moventia quecumque et qualicumque et ubicumque sint (…)".

[46] *Fuero breve de Jaca,* c. 1077, [22]: "Et non detis uestras honores nec uendatis ad eclessiam neque ad infançones". Prohibición que también encontramos bastante más tarde en numerosas cartas de población aragonesas y catalanas. Por ejemplo, *Carta de población de Lérida*, 1150-I

monjes o de los hombres de religión[47]. La razón de estas exclusiones debe buscarse en el propósito, bastante explícito en algunos de estos textos, de impedir que estas propiedades se convirtieran en vinculadas y pasaran a quedar inmunes y exentas de imposición.

(J. M. Font Rius, *Cartas de población* (n. 45), núm 79, pp. 129-132), "(…) ex inde quidquid volueritis tamquam de propiis hereditatibus vestris, ad dandum vel vendendum sive impignorandum quibuscumque velitis, exceptis militibus et sanctis (…)" *Carta de franquicias de Solsona,* 1195-XII-27 (J. M. Font Rius, *Cartas de población*, núm 203, pp. 278-281): "Et unusquisque vendat cuicumque vendere voluerit, exceptis militibus et sanctis (…)". *Carta de población de Lagata* 1220-III (M. L. Ledesma Rubio, *Cartas de población* (n. 45), núm. 166, pp. 201-204). "(...) Hoc namque prohibemus ut nullus sit ausus vendere, in pignus mittere, dare suam hereditatem ad nullum hominem vel feminam infançionem ne ad clericum nec ad ullum ordinem (…)", *Carta de población de Senia* 1235-VI (M. L. Ledesma Rubio, *Cartas de población*, núm. 176, pp. 218-219): "Tamen non habeatis potestatem vendendi, nec impignorandi, nec dandi, nec ullomodo alienandi ad nullum hominem vel feminam, infançionem, nec clericum, nec ad ullum hominem vel feminam ordinis (…)", y *Carta de población de Alcalá de Moncayo*, 1238-VII-25 (M. L. Ledesma Rubio, *Cartas de población*, núm. 178, pp. 220-225): "De mas ninguno de los herederos de Alcala nunqua haya poder de donar, de vender, de empenyar, de camiar ni de alienar en ninguna manera casas ni heredades de Alcala a clerigo o a cavallero, ni a ninguna persona infançona o religiosa ni a logar de orden (…)".

[47] *Fuero semiextenso de Guadalajara*, 1219-V-26 (H. Keniston, *El Fuero de Guadalajara (1219)*, reimpresión, Princeton University Press, 1924), [100]: "Ningun omne de Guadalfajara no aya poder de vender heredad ni rayz a omne de horden, e sy la vendiere a omnes de horden, pechen çient maravedis e pierdan los conpradores la heredad". *Fuero extenso de Sepúlveda*, [24]: "Que non dé omne ninguno heredamiento a omnes ningunos de Orden: Otrossí, mando que ninguno non aya poder de vender nin de dar a los Cogolludos raíz, ni a los que lexan el mundo, ca como su Orden les vieda a ellos vender et dar a vos heredat, a vos mandovollo en todo vuestro fuero, et en toda vuestra costumbre, de no dar a ellos ninguna cosa, nin de vender otrossí". *Fuero de Cuenca*: Forma sistemática, [II, II]: "Quod nemo cucullatis [radicem uendere queat]: Cucullatis et seculo renunciatibus nemo dare, neque uendere ualeat radicem. Nam quemadmodum ordo istis prohibet hereditatem uobis dare, aut uendere, uobis quoque forum, et consuetudo prohibeat cum eis hoc idem". Forma primordial, [29] "Quod nemo cucullatis radice uendere queat: (…)". Códice valentino, [I, II, I]: "De las rrayzes: (…)". Igualmente, en *Fuero de Iznatoraf*, [22]: "Que ninguno non pueda vender rayz a monges: (…)". *Fuero de Zorita de los Canes*, [19]: "Que ninguno non pueda uender rayz a los freyres (…)". *Fuero de Plasencia*, [15]: "De dar raiz a fradees: "(…) que todo ome que raíz vendiere o diere fueras a frades concullados, o a tales que son lamados, firme sea et estable (…)"; [386]: "Todo omne que alguna cosa vendiere o comprare o camiare si quier sea raíz o mueble, sea estable fueras de omnes de orden, que ninguno de d'ellos non se puede repentir (…)"; [700] "Todo omne que heredat vendiere o diere a omnes de orden, peche C mrs. al conceio et non vala la compra ni el dado". *Fuero de Béjar*, [34]: "Ninguno non dé heredat a monies (…)". *Fuero de Alcaraz*, [II, 2]: "Que ninguno non uenda rayz a omnes de orden (…)". *Fuero de Alarcón*, [26]: "Que a monges non uenda ninguno heredat ni a omnes d'orden (…)". *Fuero de Úbeda,* [VIII, Ib]: "Mas maguer a monges nin a omnes de orden que el sieglo an dexado, ninguno non pueda dar rrayz nin vender (…)". *Fuero de Baeza*, [28]: "Que ninguno non pueda uender rayz a monges: (…)". *Fuero de Villaescusa de Haro*, [27]: "Que los monges non den heredat: (…)". *Fuero de Huete*, [22]: "Commo non den rays a monge: (…)". En el *Fuero latino de Teruel* esta limitación se circunscribe a los monjes, aunque se permite entregarles bienes raíces por la salvación del alma, cuando el disponente contase con la autorización de sus hijos, [289]: "(…) Tamen sciendum est quod nemo potest vendere radicem monachis, set tamen cum voluntate et assensu suorum filiorum potest quilibet eis dare radicem pro sua anima, ita ut fructum inde habeant per cuncta secula (…)". *Fuero romance de Teruel,* [306]: "Que ninguno non puede dar rayz a monges (…)".

El extraordinario peso cobrado en estos siglos por la pertenencia del individuo a comunidades patrimoniales familiares y de aldea, ligadas, según la opinión más extendida, a pautas de organización social y de ordenación jurídica de raigambre germánica, explica que alguna de las formas de limitaciones de dominio más importantes que aparecen en los fueros municipales se hallen vinculadas a la mismas. Así, en el marco de este contexto habría que entender los abundantes preceptos que conceden a los habitantes de las localidades aforadas derechos de participación sobre los espacios y propiedades de uso colectivo[48] —cuya relación y régimen de aprovechamiento se descri-

---

Muy interesante es la *Carta de población de Cantavieja*, 1225-IV (M. L. Ledesma Rubio, *Cartas de población* (n. 45), num 168, pp. 206-209), otorgada por los Caballeros del Temple, en la que solo se permite enajenar a favor de los miembros de la Orden: "Et omnis uicinus Uetule Cante qui hereditatem uel domum sam uendere uoluerit, faciat illam currere per uillam preconizando per tres dominicas et deinceps uendat eam illi qui plus dare uoluerit, exceptis militibus et clericis et religiosis alterius Religionis quam nostre", lo que que se repite en la *Carta de población de Iglesuela del Cid*, 1241-I (M. Ledesma Rubio, *Cartas de población*, núm. 182, pp. 228-230), y la *Carta de población de Mirambel*, 1242-II-15 (M. Ledesma Rubio, *Cartas de población*, núm. 185, pp. 231-233) Distinta finalidad tendría el mandato dictado en 1207 por Alfonso VIII, por el que prohibía que los vecinos de Toledo pudiesen vender sus bienes o donarlos a alguna orden religiosa, con excepción de la iglesia de Santa María (T. Muñoz y Romero, *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, ed. facsímil, Madrid, Imprenta de José María Alonso, 1847, pp. 388-389).

[48] Me limitaré a aportar algunos ejemplos: *Capitular de Carlos el Calvo a los godos e hispanos de Barcelona y del castillo de Tarrasa,* 844-VI-11 (J. M. Font Rius, *Cartas de población* (n. 45), núm. 2, pp. 4-7), [8]: "(…) sed liceat eis ipsas res cum tranquillitate pacis tenere et possidere et secundum antiquam consuetudinem ubique pascua habere ac ligna cedere et aquarum ductus pro suis necessitatibus ubicumque pervenire potuerint, nemine contradicente, iuxta priscum morem semper deducere". *Fuero de Logroño,* 1092 (G. Martínez Díez, *Fueros de la Rioja* (n. 43), núm. 10, pp. 411-417), [34] "Et ubicuimque inuenirent herbas per pascere, pascant eas. Similiter feccent eas, sine ad faciendum fenum, ut pascant omnia animalia"; [35]: "Et ubicumque potuerint inuenire aquas per rigare pezas et vineas sive per molinos ut ad ortos, siue ubicumque opus habuerint, accipiant eas"; [36]: "Et ubicumque inuenierit ligna, montes, rades ad cremare uel domos facere; siue ubicumque opus habuerint eam sine ulla ocasione". *Fuero de Miranda de Ebro*, 1099, [30] "Et isti populatores de miranda habeant licenciam liberam, quitam et ffrancam intra suos terminos et alhozes quod ubicumque potuerint ffaciant rotas, aut molendinos, aut piscarias, aut regeras, siue in suis hereditatibus, siue in exitu aquarum uel moncium; et ubicumque inuenerit terras depopulatas, que non sint oculte, aut prata, aut montes, aut rades, quod collant ea et ffrangant ad panem et uineas habendum"; [31] "Et ubicumque inuenerint aquas aut riuos quod portent eos ad rotas, et ad molendinos, et ad rigandum ortos suos, aut uineas, aut hereditates, et ad omnia alia que sibi neccesse fuerint, et habeant hec omnia libera et quita sine aliqua ocasione". *Fuero breve de Zaragoza*, 1126-II-5 (T. Muñoz, *Colección* (n. 47), pp. 451-453), p. 451: "In primis persolto vobis todos illos sotos de noviellas in uso usque ad Pinam, quod tallietis ibi ligna sicca, et tamaricas, et toda alia ligna extra salices, et extra alias arbores grandes, quae sunt vetatas. Et similiter persolto vobis illas herbas totas de ipsos sotos, ubi pascant vestras bestias; et de todos alios terminos ubi alias bestias pascunt. Et per solto vobis totas illas aquas quos pesquetis, ubi potueritis; sed totos illos solgos qui fuerint ibi presos sedeant meos, et prendat eos meo merino per ad me. Adhuc autem persolto vobis totos illos alios montes, quod tallietis ligna, et faciatis carbonem. Et absolvo vobis illas petras, et illo gisso quod prendatis, et faciatis, ubi melius potueritis". *Carta de franquicia de Puigcerdá*, 1182-VI (J. M. Font Rius, *Cartas de población*, núm. 167, pp. 233-235): "(…) ut habeatis et accipiatis per omnia loca, ligna et aquas et pascua, et posidetis habere alia omnia que

ben con detalle en las Partidas[49]—, si bien tampoco faltan disposiciones en las que, generalmente para proteger la exclusividad señorial, se veda o se somete a restricciones la realización de actos de dominio sobre tales bienes comunales[50]. Y en igual sentido hay que interpretar el hecho de que mientras que en algunos textos se reconoce una completa libertad de enajenación de las casas o heredades propias, aunque a veces condicionada al transcurso de un período de un año de permanencia en la localidad[51], en

---

vobis necessaria fuerint…". *Carta de población de Almudévar*, 1170-V (M. L. Ledesma Rubio, *Cartas de población* (n. 45), núm. 96, pp. 120-121): "(…) dono et concedo vobis et vestris ut talletis fusta et matera et ligna in omnibus silvis et montibus totius mee terre et habeatis ibi paschers omnibus vestris ganatis (…). Similiter dono et concedo vobis ut accipiatis aquas per totam meam terram ubicumque melius eas invenire potueritis (…)". *Fuero de Medina de Pomar,* 1181 (G. Martínez Díez, *Fueros locales* (n. 44), núm. 24, pp. 165-168), [35]: "Et habeant ipsi populatores de Medina plenariam potestatem accipiendi acquam ad molendinos constituendos vel ad terram vel hortos rigandos sive ad quodcumque eam opus habuerint necessariam"; [36] "Scindant etiam libere ligna ubicumque ea invenerint ad domos vel ad qualiacumque alia opera constituenda quaecumque sibi fuerint necessaria".

[49] *Partidas*, [III, XXVIII, IX]: "Quales son las cosas propriamente del comun de cada cibdad o villa de que cada vno puede vsar: Apartadamente son del comun de cada vna cibdad o villa, las fuentes e las plaças o fazen las ferias e los mercados e los lugares o se ayuntan a concejo e los arenales que son en las riberas de los rios, e los otros exidos e las carreras o corren los cauallos: e los montes e las dehesas, e todos los otros lugares semejantes destos que son establecidos e otorgados para pro comunal de cada cibdad o villa o castillo o otro lugar. Ca todo ome que fuere y morador puede usar de todas estas cosas sobredichas e son comunles a todos tambien a los pobres como a los ricos. Mas los que fuessen moradores en otro lugar non pueden vsar dellas contra voluntad o defendimiento de los que morassen y".

[50] Es el caso del *Fuero de Angüera* 1257 (J. Rodríguez Fernández, *Los fueros locales de la provincia de Zamora*, Salamanca, Junta de Castilla y León, 1990, núm 64, pp. 365-366), [15]: "De doubus pelagis de Terroso dicimus quod nullus ibi pescari nec ibi scindere ligna vel arare; similiter dicimus de illis duobus pelagis qui sunt super domum cum sua facere ex utraque parte fluminis, quod nullus sit aussus piscari ibi nec ligna scindere vel arare. Similiter dicimus quod a prato quod fuit de dompno Tello usque ad terminum de Zarapicos nullus ingrediatur causa scindendi ligna aut arandi. Defensa de Ciragrillis que fuit de dompnus Tello sit de fratribus de Morerola. Similiter de defensa que est contra Alcanizas dicimus quod sit de Concilio". Pero otras veces la exclusión es respecto a los foráneos. Por ejemplo: *Fuero semiextenso de Guadalajara*, 1219-V-26, [103]: "Ningund ganado de fuera termino non entre en la dehesa, e sy lo prisyeren los cavalleros, maten de la grey de las ovejas diez carneros e del busto de las vacas maten una vaca; e los cavalleros no pidan ningund pedido e sy lo pidieren, pechen çient maravedis". *Fuero de Usagre*, [2]: "Acotamiento de los terminos de Osagre. Et acotamos estos teminos, que nulla cabanna de ganado que intrare in istos terminos sine mandato de concilio, que uezino non fuere, tomenle de la cabanna de las uacas II uacas, et de la cabanna de las oueias prendan X carneros (…)".

[51] Veamos algunos casos: *Fuero de Carcastillo,* c. 1129-II (T. Muñoz, *Colección* (n. 47), pp. 469-470), p. 471: "Et homines de Carocastello de un año in devant vendat sua casa é sua hereditate, é vadat ubi voluerit". *Fuero de Escalona,* 1130-I-4 (A. García Gallo, *Los fueros de Toledo* (n. 40), núm. 5, pp. 464-467), [21] "Et post completum annum, si voluerit suas hereditates vendere, vendat, ubique placuerit ire, vadat". *Fuero breve de Guadalajara* 1133-V-3 (T. Muñoz, *Colección* (n. 47), pp. 507-511), p. 508: "Et si todos los pobladores de Guadalfayara y recivieren halli casas y heredades esten en ellas un año, y despues de un año, si no quisieren halli estar, y las quisieren vender, vendanlas á quien quisieren, y vayan á do quisieren (…)". *Fuero de Villadiego* 1134-VI-11 (G. Martínez, *Fueros locales* (n. 44), núm. 11, pp. 137-138), [9]: "Et si aliquis homo

otras ocasiones se prohibe su venta o su cesión a personas o a instituciones distintas de los poderes dominicales del lugar[52], o —lo que aquí más nos

uoluerit exire de illa villa uendat suas casas et faciat de sua causa quicquid uoluerit". *Fuero de Atapuerca*, 1138 (G. Martínez, *Fueros locales*, núm. 16, pp. 147-149), [6]: "Qui vendere voluerit suam hereditatem vendant eam sine ullo dubio". *Fuero de Castillo de Oreja*, 1139-XI-3 (A. García Gallo, *Los fueros de Toledo* (n. 40), núm. 8, pp. 469-471), [1]: "Quisquis igitur in Aurelie Castello domo et hereditate accepta per unus anni spacium manserit, anno transacto liberam habeat potestatem vendere ipsa hereditatem et donare cuicumque quisierit". *Fuero de Toledo* ¿1166? (A. García-Gallo, *Los fueros de Toledo*, núm 10, pp. 473-483), [17]: "Necnon, et habeant ipsi, et filii sui, et heredes eorum omnes hereditates suas firmas, et stabilitas usque in perpetuum, et quod emant et vendant uni ab alteris, et donent ad quem quisierint, et unusquisque faciet sin sua hereditate secundum suam voluntatem". *Fuero de Ibrillos*, 1199? (G. Martínez, *Fueros locales* (n. 44), núm. 28, 176-178), [16]: "Si aliquis de Ivriellos voluerit suam hereditatem vendere aut casas, vendat et vadat quo sibi libuerit". Más tardío es el *Fuero de Villovieco*, 1338-I-12 (J. Rodríguez Fernández, *Palencia Panorámica foral de la provincia,* Palencia, 1981, núm, 45, pp. 295-300), donde la libertad de abandono del lugar se reconoce absoluta: [9]: "Et otrossi a los de dicho lugar de Villvieco, que agora son y seran daqui adelant, asi varones y mugeres con los dichos clerigos, que si quisieren ir morar a otra parte por casamiento o por otra rraçon qualquier, que puedan ir libres y quitos con todos sus bienes do su boluntat fuere, segund fuero, et que yo nin los otros señores que despues de mi vernan que non vos puedan tomar ni enbargar ninguna cosa de lo vuestro por esta rrazon".

[52] La imposición de esta exclusión en beneficio del titular de derechos de naturaleza señorial sobre la comunidad sujeta al ordenamiento foral aparece en un buen número de éstos. Por ejemplo, en el *Fuero de Castillo de Villavicencio,* 1091? (E. González Díez, *El régimen foral vallisoletano,* Valladolid, Diputación provincial, 1986, núm. 6, pp. 91-94), se designa al dueño del solar como primer comprador, dejando al vendedor plena libertad de acción en el caso de que éste rechazase pagar la cantidad en la que estuviese valorado: [6]: "Et si violaverit vendere sua kasam et suum laborem, primum vendat cum domino de suo solare in quantum fuerit preciatum quam ad alium hominum; si ille non voluerit, vendat ad cui eum quisierit". Este derecho de tanteo aparece también, pero restringiendo el círculo de los posibles compradores a quienes dependen del mismo poder señorial, en la *Carta de población de Horta,* 1192-I-10 (J. M. Font Rius, *Cartas de población* (n. 45), núm. 190, pp. 263-264, y vol II, núm. 190, pp. 666-667): "Verumptamen si predictas pariliatas vendere aut impignorare voluerint prius nobis denuncient ut sit nobis licentia retinendi infer X dies eo precio quod alius legitime dare voluerit. Sin autem faciant suam voluntatem suis equalibus vicinis salvo tamen nostro iure ey dominio (…)", y la *Carta de población de la Sisquella en Riusech,* 1197-I-19 (J. M. Font Rius, *Cartas de población*, núm. 206, pp. 282-283): "Si enim hunc honorem cum melioramentis que ibi feceritis vendere et impignorare volueritis, primum ante decem dierum nobis donatoribus et nostris scire faciatis et si noluerimus dare et acomodare tantum quantum et alius, deinceps licentiam vobis damus vendendi vel impignorandi vestris consimilibus laboratoris, qui huns honorem colant et laborent nostre (…)". Similares condiciones se establecen en otras cartas de población catalanas, como es el caso de la *Carta de población de Pinell*, 1198 (J. M. Font Rius, *Cartas de población*, núm. 208, pp. 285-286), aunque aquí solo se excluye como adquirentes a nobles e iglesias: "Si vero, hanc donationem vendere vel impignorare volueritis, nobis fratribus et domui primum X diebus scire faciatis; quod si retineri voluerimus eodem pretio sicut et alter habeamus; sin autem facite voluntatem vestram cui volueritis exceptis militibus et sanctis, salvo tamen censu et fidelitate domus et fratrum (…)", o de la *Carta de población de Batea*, 1205-XI-25 (J. M. Font Rius, *Cartas de población*, núm. 219, pp. 301-303): "(…) si predictas pariliatas vendere aut impignorare volueritis, prius nobis denuncient ut sit nobis licentiam retinendi infer X dies eo pretio quod alius legitime dare voluerit; sin autem faciant suam voluntatem suis equalibus vicinis (…)". Este derecho de tanteo señorial aparece también, con plazos que varían entre los diez, los quince y los treinta días en *Carta de población de Camposines*, 1209-III-2 (J. M. Font Rius, *Cartas de población*, núm. 228, pp. 317-318), *Carta de población de Villalba*, 1224-X-10 (J. M. Font Rius, *Cartas de población*, núm. 244, pp. 344-346), *Carta de población de*

interesa— de los convecinos. Limitación, esta última, dirigida, principalmente, a quienes abandonan la población, que se contiene tanto en diver-

---

Les Beces, 1225-II-25 (J. M. Font Rius, *Cartas de población*, núm. 245, pp. 346-348), *Carta de población de Vilar de Santa María*, 1235-VII-7 (J. M. Font Rius *Cartas de población*, núm. 264, pp. 381-382), *Carta de población de Ciérvoles*, 1236-IV-20 (J. M. Font Rius *Cartas de población*, núm. 268, pp. 388-389), *Carta de población de Vallcanera*, 1238-VIII-25 (J. M. Font Rius *Cartas de población*, núm. 275, pp. 398-400), *Carta de población de la Granja de Codoç*, 1246-V-21 (J. M. Font Rius *Cartas de población*, núm. 287, pp. 416-419), *Carta de población de Punta de la Rápita*, 1251-V-9 (J. M. Font Rius *Cartas de población*, núm. 293, pp. 429-431) y *Establecimiento de Coma Bardina*, 1294-IV-19 (J. M. Font Rius *Cartas de población*, vol. II, núm. 405, pp. 696-699). En el *Fuero de Orense*, ¿1122? (T. Muñoz, *Colección* (n. 47), pp. 499-500) p. 500, se establece una preferencia de adquisición en favor del obispo y del resto de los canónicos, si bien, aún en el caso de que estos rechazasen efectuar la compra, mantendrán un derecho a percibir la décima parte del precio pagado por cualquier otro comprador: "Si enim per indigentiam quod frequenter solet evenire, vel per terre transmutationem aliquis eorum domum, aut agrum, vel vineam, seu hortum, vel aliquid tale vendere voluerit, primitus in praesentia episcopi seu canonicorum, qui ibidem adfuerint, veniant, et iuxta convenientiam venditionis quam vicino fecerat, Episcopus in pretium persolvat; et si episcopus emere renuerit quislibet canonocorum priorem licentiam emendi obtineat. Si neuter vero illorum emere voluerit licentiam habeat vicino civi ulterius vendendi, ea tamen conditione, quod neque servo, neque proceri, neque alicui, demandatione regalis conditionis vendat. Decima parte quipe venditionis tam domorum, quam agrorum, seu vinearum, episcopo et canonicis, vel ei qui easdem vices obtinuerit, sine aliqua refragatione persolvat". Lo que se repite, reduciendo el círculo de los posibles adquirentes a los sometidos a la carga impositiva señorial, entre otros ejemplos, en la *Carta de población de Fradejas*, 1148-VIII-25 (J. Rodríguez Fernández, *Los fueros locales* (n. 50), núm. 11, pp. 282-283): [11]: "Populator de Fradexes que ibi habuerit hereditate et ibi noluerit morare, faciat suo foro ad Episcopo et levet ubi voluerit. Et si ille vult ire ad alteram partem, teneat illa casa populata. Et qui habuerit vicinitatem imprimis ad Episcopo si voluerit eam comparare. Et si ille noluerit emere, vendat illam ad homine qui faciat suun forum ad Episcopo", la *Carta de población de Novillas*, 1157 (M. L. Ledesma Rubio, *Cartas de población* (n. 45), num. 81, pp. 104-105), "(…) Et si aliquem de illos populatores voluerit vendere illa casa aut illo orto et fratribus voluerint comperare, donent precium quantum unus de vicinibus suis dederint et habeant illum. Si noluerint fratribus emere vendant ad quicumque voluerint de suis vicinibus extra clericis et militibus, illum censum reddendo ad fratribus (…)", y el *Fuero de Nuez*, 1238-V (J. Rodríguez Fernández, *Los fueros locales*, núm 56, pp. 353-354), [3]: "Y el omne que por mingua ou oita que aa, ou que se quiera ir de la villa ye quisier vender cavada que faga, ou vinna ou otra posteria que ponga, digalo al nostro frade, ya se lela quisier comprar ata cabo de XV dias, se non vendala a vasallo del monesterio de Morerola desencalonnada, pues que el frade non la quier comprar". Otras veces, no existe esa obligación de oferta preferente, pero sí la del adquirente de pagar el mismo canón que pagaba el vendedor, como sucede en el *Fuero de Fuentesaúco*, 1133-IV-23 (J. Rodríguez Fernández, *Los fueros locales*, núm. 7, p. 275), [6]: "Et si aliquis de populatoribus voluerit vendere suam hereditatem, vendat cui voluerit; et ille qui eam comparaverit faciat forum ad Episcopum quod ipse faciebat; id est: unun denarium et unum panem et una octava de civada"; o bien la del vendedor de cerrar la operación con un convecino también sujeto a las cargas impositivas del mismo señor o institución, como ocurre en el *Fuero de Santo Domingo de Silos,* 1135-V-26 (G. Martínez, *Fueros locales* (n. 44), núm. 14, pp. 143-144), [5]: "Si aliquis voluerit suam casan in illo burgo vendere, vendat illam vicino suo cui placuerit, venditore et emente morantibus in abbatis mandacione; ad alium vero extraneum vel foraneum hominem nullus casam suam audeat vendere, neque ipse extraneus habeat licenciam emendi casas in ipso burgo, nisi cum abbatis conssensu vel iussu; si autem aliter presumserit, venditor pariter et emptor ipsam casam omnio perdat. Ille tamen qui vendit, unum solidum, et qui emit, sex denarios [det abbati]", en la *Carta de población de Moraleja de Sayago*, 1161 (J. Rodríguez Fernández, *Los fueros locales*, núm. 15, pp. 287-288, [5]: "Populatores vero, postquam fecerint forum suum Episco-

sos fueros breves, como los de Fresnillo de las Dueñas, Covarrubias o Nájera[53], como en otros más tardíos, como los de Toledo, Zamora, Brihue-

---

po, si necesitas cogerit vel inimiztate accederit, vendant ipsam hereditatem hominibus qui ibi morentur, et faciant forum suum sicuti alii. Si vero inimicitas tan magna fuerit ut ibi morari non possint nec vendere suam hereditatem, serviat eis foras ubicumque voluerint per duos annos tantum; ita tamen quod malum vel guerram populatoribus ipsius ville non faciat", en el *Fuero de Tierra de Carballeda*, 1187 (J. Rodríguez Fernández, *Los fueros locales*, núm. 27, pp. 303-304), [4]: "Et si forte pro aliqua necessitate ipsam hereditatem vendere voluerint, vendant illam vicino suo, si vassallus fuerit fratrum de Morerola", en el *Fuero de Monasterio de Vega,* 1217-XII (E. González Díez, *El régimen foral* (52), núm. 17, pp. 126-128), [12]: "Si aliquis uoluerit ire ad aliam partem morari, usque ad VIIII dies leuet suum auer et uendat ad uicinum, qui faciat forum (...)", o en el *Fuero de Alcoba*, 1220-XI-8 (J. Rodríguez Fernández, *Los fueros* (n. 42), núm. 69, pp. 205-209), [6]: "Et ille qui hereditatem suam vendere voluerit, vendat moratori ipsius villae qui sit vasallus Hospitalis, et faciat prenominatos foros. Et ipse qui compraverit, conparet unum solum et faciat supradictos foros solo in quo sedet compleat suos foros". Dentro de esta gran variedad de soluciones, cabe, finalmente, que el vasallo pierda su heredad cuando se marcha fuera del lugar, pero manteniendo el derecho a rescatarla si volviese dentro de un plazo determinado y pagase los foros que hubiese dejado de satisfacer en dicho tiempo: *Fuero de San Martín de Bamba*, 1257(J. Rodríguez Fernández, *Los fueros locales*, núm. 65, p. 367), [8]: "Et se algun omne se fur del lugar, fique ela heredade en Palacio. Et se sse tornar, ata tres annos conbre sua heredade et pague elos foros se los ela heredade non rendio". Pero los ejemplos existentes de esta práctica son aun muchos más.

[53] La diversidad de las condiciones establecidas es muy amplia. En el *Fuero de Fresnillo de las Dueñas,* 1095-II-1 (G. Martínez Díez, *Fueros locales* (n. 44), núm. 5, pp. 216-127), la condición que se pone para poder vender la heredad que se tiene en la villa es la de morar al menos un año en la misma: [8]: "Et si aliquis homo ex vobis fecerit domos vel aut terras laboravit vel plantaverit vineas aut ortos pro hereditate et voluerit se ire ad alia terra, moret uno anno cum muliere et suos filios et faciant in sua casa fumo et qui non abet mulier faciat; et postea sic vendat illa sua hereditate et suos domos ad homines de Fresnello et suis villas (…)". En el *fuero de Covarrubias, Mecerreyes y Barbadillo del Rey,* 1148 (G. Martínez Díez, *Fueros locales*, núm. 21, pp. 155-157), ese plazo se aumenta a dos años, [6]: "Et illi homines qui voluerint vendere suam hereditatem et suas casas de duos annos ad arriba, vendat ad illos homines de Covasrubeas". Esa limitación temporal no se contempla, por el contrario, en el *Fuero de Nájera* ¿1140? (G. Martínez Díez, *Fueros de la Rioja* (n. 41), núm 9, pp. 404-411), [34]: "Et si ad hominem de Nagara necesitas evenerit, vendat quod voluerit, domos, terras, vineas, hereditates, hortos, furnos, molendinos, aut quamlibet hereditatem suis vicinis sine ulla occasione", en la *Carta de población de Tarragona*, 1149-XI-30 (J. M. Font Rius, *Cartas de población* (n. 45), núm. 74, pp. 119-121), "(…) Ita videlicet, quod possint eas vendere, donare aut impignorare, illis vidilicet, habitatoribus, qui assidue steterint in ipsa civitate vel in eius territorio (…)", ni en el *Fuero breve dado a los mozárabes de Toledo*, 1101-III-19 (A. García-Gallo, *Los Fueros de Toledo* (n. 40), núm. 1, pp. 459-461), [3]: "Et vendendi, dandi vel possidendi, vel de possesione sua quod voluerit faciendi, liberam in Dei nomini habeant potestate"; [7]: "Hoc autem mando, ut populator vendat ad populatorem et vicinus ad vicinum. Sed non volo ut aliquis de ipsos populatores vendat cortes aut hereditates ad nullo comite vel potestate". Algo distinto es el planteamiento del *Fuero del Hospital del Emperador de Burgos*, 1085-II-22 (G. Martínez Díez, *Fueros locales*, núm. 3, pp. 124-125), en el que simplemente se prohibe llevarse alguna propiedad fuera de la villa: [1] "Jubeo etiam ut nullus homo sive foemina habeat proprietatem neque licentiam de istis villis levare suam hereditatem in aliam aliquam partem". O en el *Fuero de San Martín*, 1131 (J. Rodríguez Fernández, *Palencia* (n. 51), núm, 13, pp. 235-236), en el que se prohibe, sin más, enajenar propiedades a favor de los habitantes de otras poblaciones: [9]: "(…) quod nullus sit ausus in eadem villa Sancti Martini uendendi, impignorandi seu alienandi hominibus de carrione nec alicui militi.". Particular interés tiene el sistema de pregón y subasta establecido en la aragonesa *Carta de población de Cantavieja*, 1225-IV (véase nota 47), que con idéntico enunciado, también encontramos en la *Carta de población de Iglesuela del Cid*, 1241-I

ga o Sepúlveda[54], y que apunta a la clara finalidad de impedir la transmisión a los foráneos de la cuota de bienes comunales adscrita a la propiedad de los inmuebles transferidos, amén de garantizar cierta estabilidad a las estructuras de la propiedad fundiaria municipal[55].

Es, con todo, en el ámbito familiar donde con más fuerza operan diversas reservas y mecanismos de control encaminados a asegurar, frente a las tendencias disgregadoras de la antigua propiedad indivisa, la permanencia de los bienes hereditarios, ahora ya privadamente asignados a los miembros, dentro del círculo de los emparentados. Así, la conveniencia de imponer límites a la capacidad dispositiva del titular en defensa del interés familiar tiene su arma más eficaz en la cobertura suministrada por dos instituciones de naturaleza básicamente consuetudinaria: el derecho de troncalidad y los derechos de adquisición preferente.

En realidad, ambas fórmulas jurídicas representan, junto a las reservas hereditarias, dos facetas diferentes de un mismo principio general de muy arraigada presencia en el devenir histórico europeo: el que, en su sentido genérico, podríamos identificar como derecho de troncalidad o, más especí-

---

(M. Ledesma Rubio, *Cartas de población* (n. 45), núm. 182, pp. 228-230) y la *Carta de población de Mirambel*, 1242-I-15 (M. Ledesma Rubio, *Cartas de población*, núm. 185, pp. 231-233).

[54] *Fuero de Toledo* 1166? (A. García Gallo: *Los Fueros de Toledo* (n. 40), num. 10, pp. 473-483), [17]: "Necnon, et habeant ipsi, et filii sui, et heredes eorum omnes hereditates suas firmas, et stabilitas usque in perpetuum, et quod emant et vendant uni ab alteris, et donent ad quem quisierint, et unusquisque faciet sin sua hereditate secundum suam voluntatem". *Fuero de Zamora* (J. Majada Neila, *Fuero de Zamora. Introducción, traducción y vocabulario*, Salamanca, Librería Cervantes, 1983), [76]: "De heredade non vender foras a vezino de Çamora. Ningún homne de Çamora nen de so término, non venda nen cobre nen empene nen done, nen para todavía, nen en a préstamo, nen en tenencia, nen por nengún aluguer, tierra nen viña, nen casa nen nenguna heredade cual homne quier que haya, foras a vezino de Çamora. E el vezino sea tal, que juizes podan raigar ligeramientre cuando mester les for (…)". *Fuero de Brihuega*, p. 268: "(…) con todas las heredades que han, o que auran, que las mantengan, et que uiuan en ellas, et las heredades que han, o que ouieren, que las puedan uender et dar et empennar, et fazer su propia uoluntad a omne que faga vezindad en bruiuega, et que faga hy todo su fuero, et todos sus derechos cuemo uezino faze (…)". Una regulación más pormenorizada la encontramos en el *Fuero extenso de Sepúlveda,* donde al vendedor se le insta confirmar, "robrar", en concejo la compraventa efectuada con otro vecino: [204]: "De qui comprare heredat en Sepúlvega. Otrossí, tot omne que heredat comprare en Sepúlvega o en su término, el que vendiere, véngalo robrar a Sepúlvega, por conçeio, et dia de domingo, o el martes de las ochadas de Navidat, o el martes de las ochavas de Pascua de la Resurrección o el martes de las ochavas de Cinquaesma. En todos estos dias sobredichos pueda robrar el vendedor al comprador, et quel vala. Estos deven ser vezinos de Sepúlvega o de su término, también el vendedor commo el comprador (…)". Pero si la venta se hubiese realizado con un hombre de fuera del término, la operación quedaría anulada: [246]: "Que ninguno non venda heredat a omne de fuera de término. Otrossí, tot omne que de Cega acá heredat vendiere a omne de fuera de término, o lo diere a labrar, peche X mrs. et non vala la vendida".

[55] Sin embargo, en ocasiones la imposición como adquirentes de los vecinos está ligada a la salvaguarda de los intereses fiscalizadores de los poderes señoriales. Algunos ejemplos se han adelantado en la nota 52.

ficamente, como derecho de recuperación de la herencia, que actúa como vehículo de plasmación en el terreno sucesorio del acentuado espíritu comunitario y proteccionista que caracteriza a la organización familiar en las sociedades medievales, y que requiere, para poder mantener su fuerza y su cohesión, de la conservación íntegra del patrimonio fundiario y de su transmisión intergeneracional dentro de los estrictos márgenes del grupo de parentesco. Así, el fundamento básico del derecho de troncalidad -en su acepción más estricta-, cuya auténtica virtualidad solo se despliega plenamente en la ordenación de la sucesión intestada de quien muere sin descendencia, reside en una ruptura de la homogeneidad de la masa de los bienes recibidos por conducto hereditario —no afectando, por tanto, a los adquiridos por otras vías— mediante una separación de sus destinos, que pretende garantizar la reversión de cada uno de ellos a su respectiva línea hereditaria de procedencia, ya sea la paterna o la materna[56]. Se trata, pues, de una institución de naturaleza esencialmente sucesoria, que, más que introducir verdaderas limitaciones de dominio, establece ciertas restricciones dispositivas dirigidas a asegurar el funcionamiento de estos mecanismos de devolución troncal y la salvaguarda de las expectativas hereditarias de sus beneficiarios. Por ello, no me detendré aquí en su estudio[57], a pesar de que son muy abundantes los preceptos contenidos en los fueros municipales que dan testimonio de su vigencia, la cual también se manifiesta a través de otras fuentes documentales, en las que aparecen recogidos diferentes episodios de disputas judiciales suscitadas por el ejercicio del derecho de reversión frente a enajenaciones indebidas de bienes inmuebles integrados en el acervo familiar.

Mucho más nítida se dibuja la inserción en el territorio temático que estamos abordando en lo referido a los denominados derechos de tanteo y de retracto, que, como es conocido, comportan la atribución a los parientes de una opción preferente de adquisición, encaminada a impedir la salida de la esfera de parentesco de aquel bien inmueble que un familiar, su propietario, pretende vender a un extraño (tanteo), admitiéndose, en ocasiones, su efica-

---

[56] Dentro de esta pauta de reversión caben dos variantes: la llamada "troncalidad completa" (*vollständiges Fallrecht*), que dando absoluta primacía al principio troncal, excluye del llamamiento a todos los familiares adscritos a la rama opuesta a la de procedencia de los bienes heredables, recurriendo a la valoración del grado de parentesco únicamente en el caso de que confluyan varios parientes de la rama filiativa afectada; y la "troncalidad incompleta" (*unvollständiges Fallrecht*), que convierte en sucesor universal de la herencia, al margen de cuál sea el origen genealógico de los bienes, al pariente más próximo en el cómputo de consanguinidad, acudiéndose a la atribución por líneas hereditarias solamente si convergen varios candidatos a suceder de idéntico grado. G. Braga da Cruz, *O direito de troncalidade e o regime jurídico de patrimonio familiar,* Braga, 1941, pp. 7-10.

[57] Este estudio lo realicé ya en M. A. Bermejo Castrillo, *Parentesco, matrimonio, propiedad y herencia en la Castilla altomedieval*, Madrid, BOE, 1997, pp. 445-452 y 565-576.

cia aun después de completada la transmisión, cuando la acción de recuperación se ejerce dentro de un plazo prefijado y media el compromiso de restituir al comprador la cantidad desembolsada (retracto). Lo que implica una restricción de las facultades del propietario para elegir la persona a la que, mediante compraventa o cualquier otro negocio jurídico, quiere traspasar la titularidad de la cosa que le pertenece.

El contorno medieval de estas figuras no responde, sin embargo, sino a una forma restringida y tardía de un antiguo "derecho de retorno" común a muy diferentes sistemas jurídicos, si bien, dado el desconocimiento del retracto legal en el derecho romano, que solo reconocía el de naturaleza convencional, parece justificado vincular su procedencia a instituciones de raigambre germánica, como el tradicional *Näherrecht*, que, como probable vestigio del viejo sistema de propiedad colectiva rural, permitía a los primitivos copropietarios rescatar la titularidad de los bienes enajenados cuando pasaban a manos de personas de peor condición social[58]; aunque también se ha sostenido una posible influencia del *ius prothomiseos* bizantino en el deber que se impone al vendedor de trasladar una oferta previa a quienes gozan de dicho derecho de preferencia[59]. Lo cierto es que, al igual que sucede en otros escenarios europeos donde cuajan fórmulas jurídicas análogas, su cristalización en nuestro ámbito parece reflejar un proceso evolutivo de creciente complejidad y tecnicismo en su regulación.

Así, en esta paulatina transformación es posible identificar varias fases sucesivas, entre las que, recurriendo a una terminología afín a la empleada en la descripción de esta misma evolución en el caso del *retrait lignager* francés[60], podemos hablar de una etapa inicial de predominio de la llamada *lau-*

---

[58] O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, II, *Sachenrecht,* Leipzig, 1905, p. 766. Citado por M. Coca Payeras, *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica,* Bolonia, Real Colegio de España, 1988, p. 65, que a su vez toma la cita de G. García Cantero, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, Turín, 1978, p. 748. También secunda esta teoría, aunque con precarios fundamentos iushistóricos, F. A. Rodríguez Morata, *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994,* 2ª ed., Madrid, Aranzadi, 2001, pp. 36-39.

[59] Acerca de esta institución, puede consultarse B. Brugi, "Congruo o protomiseo", en *Il Digesto italiano*, vol. VIII, 2ª parte, Turín, 1895-1898, pp. 27 ss., y G. Di Renzo Villalta, voz "Retratto (storia)", en *Enciclopedìa del diritto,* t. XL, Varese, Guiffrè, 1989, pp. 16-17.

[60] Este extendido instituto, presente en sus distintas variantes —el *restour* en el norte, el *ritourn* y la *fornaria* en el Midi— en casi todo el mapa francés, y vigente en algunas regiones, especialmente en el sudeste, hasta las postrimerías mismas del Antiguo Régimen, ha sido estudiado, entre otros, por L. Falleti, *Le retrait lignager en droit coutumier français*, París, Presses Universitaires de France, 1923, P. Ourliac, "Le retrait lignager dans le Sud-ouest de la France", en *Études d'Histoire du Droit Médiéval,* París, A. et J. Picard, 1979, 201-228, y J. Poumarede, *Les successions dans le Sud-Ouest de la France au Moyen Âge,* París, Preses Universitaires de France, 1972, pp. 57-67.

datio parentum (*Beispruchtrecht)*, o necesidad de obtención de la aprobación familiar para cualquier clase de enajenación de bienes raíces, que estaría representada por las numerosas pruebas ofrecidas por los documentos de aplicación del derecho acerca de la operatividad permanente de un, a veces difuso, derecho de salvaguarda, que se hace visible en la prestación expresa de su consentimiento por los parientes, o en su simple presencia pasiva en todos aquellos negocios que comportan la sustracción al control del grupo familiar de una porción de la masa patrimonial hereditaria. Algo más definida asoma esta figura en la exigencia establecida en fueros como el de Santa María de Tera de 1122 o el de Palazuelos de 1224, conminando a quien quisiera vender sus heredades en estas poblaciones para que efectúe la compraventa con sus parientes o bien con los vecinos de la localidad, y no con los forasteros[61]. Lo que en la carta de población de Santa María de Llanos de 1220 se ajusta a un orden más riguroso, al señalarse la prioridad de los parientes que morasen en la villa y pagasen foro al monasterio de Manzaneda, que, a su vez, en defecto de aquéllos, gozará de preferencia, dejándose como última posibilidad, en el caso de que este cenobio declinase realizar la compra, la venta de la heredad a cualquier otro habitante de Llanos que fuese vasallo de la iglesia de Santa María[62]. Y aún más claramente se percibe este avance en los fueros de Briviesca de 1123, de Villa Ermegildo de 1129 y de San Miguel de Valvení de 1204, donde ya se prescinde del criterio de la vecindad[63]. Aunque tampoco faltan ejemplos de lo contrario, en los que los

---

[61] *Fuero de Santa María de Tera*, 1122 (M. L. Ledesma Rubio, *Cartulario de San Millán de la Cogolla (1076-1200)*, Zaragoza, Anubar, 1989, núm. 347, pp. 235-236): "(…) si quis autem habitatorum ville voluerit vendere hereditatem suam et discendere a villa e ire alibi, vendat eam a parentibus suis vel vicinis ville et non aliis villa habitantibus>>. *Fuero de Palazuelos*, 1224-I-30 (E. González Díez, *El régimen foral* (n. 52), núm. 21, pp. 141-142), [6]: "Qui vero pro alicua necesitate hereditatem suam vendere voluerit, vendat parentibus suis vel vicinis suis in villa de Palaçiolos". Curiosamente, en la ampliación posterior de este fuero s.f. (E. González Díez, *El régimen foral*, núm. 22, pp. 143-144) desaparece la mención a los parientes, [3]: "Item, si aliquis voluerit exire de villa Palaçiolos et populare in aliam, expediat se a iudice et habeat spacium novem dierum in levandis rebus suis mobilibus aut vendat ea vicinis suis et senioribus (…)"

[62] *Fuero de Santa María de Llanos,* 1220-VIII-1 (J. Rodríguez, *Los fueros* (n. 42), núm 63, pp. 187-191), [12]: "Et si aliquis illorum uel eorum posteritatum uoluerit uendere aliquo casu solum uel hereditatem uel partem ipsius soli uel hereditatis quam habuerit in Chanos uel in termino suo, uendat eam alicui propinquo suo qui in eadem uilla moretur et supradictum de ipsa hereditate domino monasterii de Mazaneda faciatur forum"; [13]: "Si uero ipse qui eam uendere uoluerit propinquus non habuerit qui illam emat, notificet ei qui ipsum monasterium tenuerit de Mazaneda et, ipso uolente eam emere, non liceat ipsi uendenti illam alii uendere"; [14]: "Si uero ipse dominus monasterii Mazaneda ipsum solum uel hereditatem noluerit emere, uendatur alteri qui in eadem uilla de Chanos moretur, et tale de illa seruicium faciat Beate Marie quale ipse qui uendat facere tenebatur"; [15]: "Et non debet uendi militi aut alicui alii ordini nisi homini eiusdem condicionis qui de ipso solo et hereditate eumdem forum faciat".

[63] *Fuero de Briviesca*, 1123-XII-26 (G. Martínez Díez, *Fueros locales* (n. 44), núm. 10, p. 135), [21]: "Omnis populator huius civitatis, si dare voluerit hereditatem suam de parentibus

parientes son preteridos, como ocurre con el fuero palentino de Agüero, que prohibe al joven soltero la venta de sus propiedades a personas distintas de los vecinos del concejo y restringe el papel de los parientes a la recepción de sus bienes en el supuesto de su fallecimiento[64]; o en el leonés de Castrocalbón, que obliga al campesino dependiente que pretendiese marcharse de la villa a vender su heredad al señor o a cualquiera otro dispuesto a satisfacer las cargas que ésta tuviese adyacentes, si bien, en el caso de que no encontrase comprador, concede a los parientes su mitad, pudiendo llevarse el mismo consigo la mitad restante[65]. Una situación distinta es, en fin, la que se presenta en el fuero de Medinacelli, en el que lo que se contempla no es que aquél que se vaya de la población venda su propiedad, sino que se le permite dejar su custodia encomendada a un familiar, previo anuncio ante el concejo o en la misa dominical; no obstante, incluso si incumpliese este requisito, su tenedor podría consolidar su posesión una vez transcurrido el plazo de prescripción fijado en un año y un día[66].

Un estadio todavía muy arcaico en su configuración lo observamos en los fueros navarros de la Novenera, que restringiendo ya, eso sí, el objeto de esta

---

suis nec extraneis". El *Fuero de Villa Ermegildo,* 1129-IV-18 (E. González Díez, *El régimen foral* (n. 52), núm. V, pp. 89-90) solo da preferencia a los parientes, pero no exclusividad: [11]: "Et si nullo homo pro qualibe causa se uoluerit ire et sua corte non potuerit uindere uel donare, lexet illa ad suo seniore et ad illo concilio; et si uenerit ille aut aliquis homo de sua progenia abeat illa sine ulla comptencio et non sedeat retenta pro nulla occasio". *Fuero de San Miguel de Valvení*, 1204 (E. González Díez, *El régimen foral* (n. 52), núm. 16, pp. 123-125), [4]: "Qui uero pro aliqua necesitate hereditatem suam uendere uoluerit, uendat parentibus suis in uilla Sancti Michaelis uel in uilla Sancti Martini uel in uilla Fontis (...)".

[64] *Fuero de Agüero*, 1224-IV-30 (J. Rodríguez Fernández, *Palencia* (n. 51), núm, 36, pp. 275-278), [7]: "Mancebo soltero ni otro ome non aian poder de vender su heredad sinon a sos vezinos de conceio, et si alá pasar, den sos parientes media cannadiella de vino a conceio hi aian sue heredad e sue buena (...)".

[65] *Fuero de Castrocalbón,* 1152-VIII-16 (L. Diez Canseco, "Sobre los fueros de los vallles de Fenar, Castrocalbón y Pajares (Notas para el estudio del fuero de León)", en *AHDE,* 1 (1924), 337-381, pp. 375-377: "(…) Et si uoluerit recedere de ipsa uila, uendat illud per laudactionem iudicum domino suo aut alteri qui faciat forum pro eo; et si dominus uel alter noluerit comparare, leuet secum et habeant filii et nepotes et eius progenies suam medietatem; similiter de omni planctatura, tam de uineis et de arboribus, quam palumbaribus, habeat medietatem. Et si uoluerit recedere, uendat suas casas si uoluerit per manus iudicum. Et si nullus eas comparuerit, claudat portam, et si alter, ipso nolente, per uim intrauerit, duplet ei suas casas, Si uero fecerit molinum, similiter de eo faciatur". El tanteo es, por el contrario, exclusivamente señorial en el *Fuero de Boadilla*, 1256-XII-9 (J. Rodríguez Fernández, *Palencia* (n. 51), núm 40, pp. 285-286), concedido por Pedro Garçia de Galliguiellos, [2]: "E quando lo quisieren uender, faganno saber al sennor, e se lo el quisier comprar, denno a el ante que a otre, tanto por tanto. E se lo el non quisier comprar, uendanno al labrador que faga los fueros al sennor".

[66] *Fuero breve de Medinacelli*, 1180 (T. Muñoz, *Colección de fueros* (n. 47), pp. 435-443), p. 437: "Qui fuere á poblacion, ó exier de termino de viyla, venga al conceylo de la viyla ó del aldea sabado á vesperas, ó domingo á misa, et diga: dexo mi heredat á este mio parient en comenda, et qual que ora viniere ayla sua heredat salva. Qui esto non ficiere, el tenedor firmar podiere que ayno et dia fue tenedor desa heredat, nol responda deyla".

precaución a la "heredat que sea de patrimonio", simplemente ordenan la puesta en conocimiento de su venta por medio de dos hombres, en el caso de que haya hermanos, y en la iglesia al resto de los parientes; pero nada se dice respecto a que a unos u otros puedan asistirles unos derechos de tanteo o de retracto, aunque esta segunda posibilidad parece negada, al señalarse en otro precepto que la propiedad de patrimonio que el hermano haya vendido a un extraño pierde dicha condición, pudiendo ser libremente enajenada[67].

Es, por tanto, en el fuero de Alcalá de Henares donde ambas instituciones comienzan a acercarse a su auténtico perfil, al reconocerse el derecho del pariente a obtener la heredad puesta a la venta cuando igualase la mejor oferta recibida por el vendedor, o incluso después de cerrada la operación, si se aviniese a pagar en el término de nueve días el mismo precio satisfecho por el comprador[68]. Un plazo que también se repite en el Fuero de Brihuega, en el que, sin embargo, el derecho de tanteo queda todavía diluido en una mera obligación del vendedor de pregonar públicamente su intención en domingo y ante el concejo, atribuyéndose el derecho de retracto a posteriori de la venta al emparentado más cercano de la línea hereditaria de procedencia de los bienes, o a partes iguales entre los parientes de cada rama, en el caso de tratarse de bienes gananciales[69].

El Fuero de Viguera y Val de Funes, por su parte, reconoce el derecho de tanteo de los parientes más cercanos, o en su defecto de cualquiera de los integrantes del linaje, fijando un plazo de diez días para los presentes y de un año y un día para los ausentes, que es el mismo lapso temporal del que disponen los familiares que no fueron avisados de la venta para reclamar la cosa por su precio, estando el vendedor obligado a confirmar bajo juramento la

---

[67] *Fueros de la Novenera*, [39]: "De uendimiento de heredat de patrimonio. Todo ombre qui uenda heredat que sea de patrimonio, deue lo fer saber con dos ombres a sus hermanos, si los ha, et a los otros parientes por huso de eglesia".

[68] *Fuero de Alcalá de Henares,* [33]: "Ninguno ome qui vendiere sua heredad, tanto per tanto el parient lo haya, si lo demandare a IX dias que lo vendieren, veniendo con el aver". La misma regla se aplica, en sentido inverso, a quien comprase una heredat en Alcalá: [280] "Todo ome qui heredat comprare et ata IX dias non ielo sacare parient que sea en la vezindat de Alcala o de su termino, despues de IX dias pasados, nol recuda. E si antes de IX dias viniere el parient con su aver, lo que oviere pagado, e por lo al de bon fiador e debdor vezino que pague a los plazos, assi como paro con el vendedor, e prestel; e si esto non ficiere, non prestel; e esto faciendo et el aver contando que vean los testigos que traye el aver".

[69] *Fuero de Brihuega*, [156]: "Tod ome que heredad quisiere uender pares en conceio dia domingo a pregon ferido et connombre aquella heredad que quisiere uender; et si estranno la comprare, despues que la heredad fuere robrada, si viniere parient hasta IX dias, aya poder de sacar la heredad dando recabdo de complir las pagas, cuemo el otro complió o auie de complir el que la heredad auie comprado et finque con ella, et el duenno de la heredad robrela cuemo fuero es, et de los parientes saquela el mas cercano, de cuya part viene la raiz, et si la heredad fuere de ganancia, ayan los parientes de la una part la meatad et los otros parientes la otra meatad (…)".

veracidad de su cuantía[70]. No muy distante es el procedimiento para el ejercicio del tanteo y del retracto en el Fuero de Tudela, que incluye la novedad de que el comprador requerido por el pariente que pretende recuperar lo vendido dentro del período de un año y un día, puede exigir al reclamante que preste juramento en la puerta de la iglesia y sobre algún objeto sagrado de que lo quiere para sí mismo y no para un tercero[71].

Bastante diferente es la solución adoptada en el fuero de Cuenca y en otros con él relacionados, en los que circunscribiéndose ya el alcance del precepto a los bienes raíces, se ordena que el propósito de venta sea pregonado en tres domingos consecutivos, siendo éste el plazo con el que cuentan los miembros de su parentela para adquirir el bien por el importe de la mejor oferta realizada, pero pasado el cual el propietario podrá negociar su venta con quien lo desee. Una vez expirado este término, el derecho de retracto les es negado a los afectados, a quienes únicamente se les concede la posibilidad de demandar al vendedor que actuó maliciosamente, obviando su obligación de dar publicidad a su intención, si bien su acción deberá dirigirse, no contra el adquirente de la heredad, sino contra quien la enajenó con ocultación, a quien se le exige la entrega en compensación de otro bien de calidad, tamaño y precio análogos a los de aquél que fue transmitido[72] o, en

---

[70] *Fuero de Viguera y Val de Funes*, [346]: "Qui vende heredat conujde sus parientes. Et todo hombre que quisiere vender su heredat propria o de su auolorjo, debe sus parientes cercanos enuidar, o a otros que sean desse mesmo linage, e por tanto precio débenla haber e fasta X dias estando presentes. Et si fueren en tierra estraynna habrán la heredat por su precio fasta hun aynno e hun dia con jura del vendedor que tanto rescebió e non por otra cubierta. Et los parientes que non fueren clamados puédenla demandar por su precio fasta aynno e dia complido".

[71] *Fuero de Tudela* («Fuero de Tudela. Transcripción con arreglo a MS 11-2-6, 406 de la Academia de la Historia de Madrid», en *Revista Jurídica de Navarra*, 4 (julio-diciembre 1987), 21-76), [209]: "Qui uende heredad de patrimonio o abolorio, fagalo saber a sus parientes que son en la villa si la quisieren tanto por tanto como otri y da, e si dicen que no e quende faga su pro deue ende fer testigos, e despues puedela conprar el estranio e non gela puede enbargar ninguno de los parientes qui lo sabieron, prouandolo, porque ad uegadas el conprador uende o menoscaba de los suyo por comprar aquella eredat. E si el parient que non lo sopo ante de X dias viniera al conprador e dixiere: "auant el auer e las misiones que feciestes en esta conpra que fue de mi abolorio o patrimonio, que tanto por tanto no la deue perder el linage e yo la quiero pora mi" deuel contar el auer delant testigos, e si requerido III ueces no lo quesiera recebir non la tema mas perder que non la cobre ante de anno e dia. E si el conprador dixiere: "yo non creo que pora tu la quieres e quiero ende pasar fuero", deue el alcalde iutgar que este parient iure a puerte de yglesia sobre libro e cruç, como vso es, que no le fue dito si la querié e que la quiere para sí e non para otri, e assi que la posida anno e dia, e des endel dandol al conprador el precio e las misiones cobre la heredat feita la iura como dito es".

[72] *Fuero de Cuenca*: Forma sistemática, [XXXII, IV]: "De eo qui radicem uendere uoluerit: Qui radicem aliquam uendere uoluerit, faciat eam preconeri per tres dies in urbe, et tunc si aliquis de illius parentela eam emere uoluerit, emat eam tanto, quanto ille qui carius eam emere uoluerit. Tribus diebus transactis, uendat eam cuicumque uoluerit; [XXXII, V]: "Quod nullus peniteat de contratione mercati: Contraccione facta nullus possit penitere. Si eam preconari non fecerit, et eam uendiderit, parentes uenditoris non ideo possunt conuenire emptorem aut comparatorem, set

Zorita de los Canes y Huete, de una cuarta parte de la cantidad que recibió en virtud de la operación[73], argumentándose en todos ellos, como justificación de estas medidas, que si se estableciese que las propiedades raíces solamente pudieran venderse a los parientes, éstas perderían mucho de su valor.

Aunque partiendo de un planteamiento muy similar, el Fuero de Teruel introduce en su pormenorizada regulación algunas novedades muy interesantes. En principio, también aquí se concede al vendedor una completa libertad para enajenar los inmuebles de su propiedad, si transcurridos los tres domin-

---

uenditorem tantum, quia radicem uendidit occulte propinquis nescientibus vnde habet eis solvere tantam ac talem radicem et tanto quanto aliam uendidit. Si preconata fuerit, ut dictum est, non habet pro ea cuiquam respondere. Si forum esset quod nullus posset uendere radicem nisi parentibus suis tantum, penitus hereditates uilitarentur, nec posset subuenire precium illarum captiuo, siue homicide". Forma primordial: [800]: " De eo qui radicem uendere uoluerit: (...)"; [801]: "Quod nullus peniteat de contradictione: (...)"; [802]: "De eo qui hereditatem non fecerit preconare: (...)". Códice valentino: [IV, I, 4]: "Del que quisiere vender de como lo faga pregonar (...)". Con variantes en la redacción, reproducen estas mismas reglas: *Fuero de Iznatoraf*: [718]: "Del que rray quisiere vender: (…)"; [719]: "Que ninguno non se rrepienta de la pleytesia del mercado: (…)". *Fuero de Plasencia*, [386]: "De vender raiz: (…)". *Fuero de Béjar*: [992]: "Que pregonen rayz a uender: (…)"; [994]: "Qui non fizier pregonar: (…)"; [995]: "Que non responda por raiz pregonada: (…)". *Fuero de Alcaraz*, [XI,4]: "De aquel que rayz quisiere vender (…)"; [XI,5]: "Que ninguno non se pueda repentir de la merca: (…)". *Fuero de Alarcón*, [661]: "Que pregone la rayz (…)"; [662]: "(a) E la uendida fecha (…)". *Fuero de Úbeda*, [LVI, I]: "(d) Enpero aquel que rrayz quisiere vender fagala pregonar (…). (e) Et el mercado fecho, ninguno non se pueda rrepentir. (f) E sy por auentura non la fiziere pregonar (…)". *Fuero de Baeza*, [747]: "Del que rayz quisiere uender (…); [748]: "Que el mercado fecho non se pueda repentir ninguno: (…)". *Fuero de Villascusa de Haro*, [555]: "Del que vendiere rais que la haga pregonar: (…)"; [556]: "Del que vendiere raiz non la pregonando (…)".

[73] *Fuero de Zorita de los Canes*, [689]: "Del que quisiere uender rayz: Enpero, aquel que rayz quisiere uender, fagala pregonar por tres dias en la uilla. Et estonçes, si algun omne de aquel linage comprar la siquisiere, conprela por tanto por quanto aquel que mas caramente la querie comprar. Los tres dias passados, uendala aqual se quier que mas le ploguiere"; [691]: "Del que uendiere la cosa et non la fiziere pregonar: Et si por auentura pregonar non lo quisiere et la uendiere, los parientes del uendedor por esta razon non pueden aplazar al comprador, mas aplazen al uendedor por que uendio escondida, non sabiendolo los parientes. Ende deueles dar por el fuero tanta et tal rrayz et tanto por quanto la otra uendio, ola quarta parte delos dineros que por ella rrecibio, enpero iurando que tanto dauan por ella. Mas si pregonada fuere, segund que dicho es, no a de responder aninguno. Enpero, si fuero fuese que ninguno non pudiese rrayz uender si no asus parientes, en tanto los heredamientos serien emulescidos, que non se podrien socorrer los catiuos, nin los homicidas del precio dellos". *Fuero de Huete*, [562]: "El que quisiere vender alguna cosa que sea rays, fagala pregonar por tres dias en la villa, e si alguno de sus paryentes la quisiere conprar, dé por ella tanto commo aquel que mas caro la quisiere conprar, e los tres dias pasados, vendala a quien él se pagare"; [563]: "De que el apoderamiento fuere fecho non se pueda ninguno arrepentir; e si por ventura non fisiere pregonar la heredat e la vendiere, los paryentes del vendedor non puedan apremiar al conprador si non al vendedor tan solamente porque vendio la heredat encobiertamente non lo sabiendo sus paryentes, onde por fuero deueles dar tanta rays e tal e otro tanto por quanto la vendio o la quarta parte que por ella reçibio, enpero jurando que tanto dauan por ella, mas si fuere pregonada, asi commo es dicho non deue por ella responder a ninguno, ca si por ventura fuere fuero que ninguno non podiere vender rays si non a sus parientes las heredades no valdrian nada, el preçio de ellas non podria socorrer al catiuo o al omeçidio".

gos preceptivos de anuncio público ningún familiar hubiese hecho uso de su derecho preferencial, equiparando con su oferta la más alta efectuada, añadiéndose como condición para hacer efectiva, si llegase a plantearse, esa opción de tanteo, que ésta se formulase antes de que el comprador hubiese prestado "fianza de salvo", y previamente a que la compraventa hubiese sido confirmada ante testigos. La posición de los parientes resulta, sin embargo, reforzada mediante otras medidas adicionales, dirigidas a protegerles de un eventual engaño por parte del vendedor: por un lado, obligando a éste a prestar juramento cuando se dudase de su palabra respecto a que el elevado precio solicitado fuese verdaderamente el ofrecido por el otro posible adquirente; y, en segundo lugar, disponiéndose que, si a pesar de que el emparentado hubiese aceptado pagar la cantidad demandada, el vendedor le transfiriese el bien a otro, ignorando su prioridad, en el caso de que el postergado pudiese probar que el comprador conocía su oferta con antelación, la venta será anulada y la heredad devuelta a dicho pariente que expreso su voluntad de ejercer su derecho para recuperarla[74].

Ciertas similitudes en el tratamiento de esta institución las encontraremos, más tarde, en el Fuero General de Navarra, que también fija la obliga-

[74] *Fuero latino de Teruel*, [289]: "De impignorationibus vel vendicionibus domorum uel aliarum rerum (…). Tamen mandamus per forum quod omnis ille qui radicem aliquam vendere voluerit faciat eam preconari per tres dies dominicos in hac villa. Et tunc si aliquis de illius parentela illam emere voluerit, emat eam tanto precio quanto ille qui carius eam emere voluerit promitebit. Quia si tantum dare noluerit, ipse illam habeat qui plus dabit. Transactis vero tribus dominicis cuique sibi placuerit, vendat eam. Tamen si ante quam fiat vendicio, aliquis consangineus domum vel hereditatem illam habere voluerit, et tantum pro ea dederit quantum ille qui carius emere voluerit, et tam bonam paguam fecerit, ipse dictam habeat hereditatem. Si ante quam fidancia de salvo data fuerit, et vendicio testibus confirmata. Nam sciendum est quod postquam vendicio facta fuerit, et fidancia de salvo data et confirmata testibus, postea secundum forum, non potest eam contradicere aliquis de illius parentela vel quilibet alius iuxta forum.Vendicione vero facta, et ut forum est confirmata, nullus valeat penitere. Quia si forte ipsam preconari non fecerit, et eam vendiderit, parentes illius venditoris non possunt ideo convenire vel impedire emptorem sive comparatorem, sed venditorem tantummodo, quia radicem occulte vendiderit, consanguineis nescientibus et propinquis. Unde mandamus per forum quod quicumque radicem non preconatam vendiderit, debit suis propinquis solvere sive vendere, tantam et talem radicem, sicut est illa que fuit vendita, et tanto precio quanto aliam vendidit alienis. Tamen si preconata fuerit, ut dictum est superius, per tres dies dominicos, non debet pro ea cuiquam postea respondere. Sed tamen sciendum est quod aliquis consanguineus qui radicem emere voluerit de suo consanguineo venditore dubitaverit quod non dant in illa radice tantum precium quantum ipse sibi dare promiserit, iuret venditor et credatur. Si forte postquam consaguineus aliquis hereditatem illam preconatam sive non preconatam habere voluerit, et tantum pro ea dederit sicut ille qui carius promisit pro ea tribuere, et tam bonam pagam facere, et suus consanguineus venditor sibi eam abstulerit et alii vendiderit, et querelosus probare potuerit quod ille emptor hoc primitus presciverit, et postquam ammnonitus fuerit, radicem illam comparavit, talis vendicio non valeat sed parentem hereditas revertatur. Si forum esset ceterum quod nullus posset radicem vendere nisi tantum suis parentibus, hereditates vilitarentur penitus, et precium illarum non posset suo domino subvenire homicidio vel captivo (...)". Identicos principios en *Fuero romance de Teruel*, [309]: "Del que rayz querrá uender, faga la pregonar: (…)"; [310] "Del que la rayz non fará pregonar: (…)".

ción de pregonar la venta, aquí a toque de campana, en tres domingos sucesivos, exige la prestación de juramento cuando el pariente interesado en su adquisición recelase de la autenticidad de la oferta que se afirma recibida, y permite transmitir el bien a cualquier extraño cuando ningún familiar se aviniese a pagar el precio acordado con éste[75].

Coincidencias que son menores en el Fuero de Zamora, en el que, aunque rige el mismo término de nueve días, no se habla genéricamente de parientes, sino que el círculo de los legitimados para ejercer el derecho de tanteo se reduce a los padres, los abuelos, los hijos, los nietos y los hermanos, contemplándose asimismo como medio de prueba de la exactitud de la cuantía de la mejor oferta obtenida —al igual que de la buena fe del familiar que reclamase la cosa para sí— el juramento realizado ante los Evangelios o sobre una cruz. Otra reseñable peculiaridad reside, finalmente, en que se advierte que si el propietario vendiese a otro la heredad, que se específica que debe ser "de patrimonio", una vez pasado un tiempo de un año y un día sin que nadie la hubiese reivindicado, no deberá responder por ella[76].

Si bien no se requiere el pregón público, la obligación de comunicar la venta a los parientes y el reconocimiento de sus derechos de preferencia y de rescate están también presentes en los fueros de Coria, Cáceres y Usagre[77],

---

[75] *Fuero General de Navarra* (J. Utrilla Utrilla, *El Fuero General de Navarra. Estudio y edición de las redacciones protosistemáticas (series A y B)*, 2 vols., Pamplona, Gobierno de Navarra, 1987), Serie A, manuscrito M3, [118]: "De uendida de heredat: Todo fidalgo que quiera uender su heredat, deue-la pregonar en III domingos tocadas campanas e diziendo si ha algun parient qui la quiera comprar, si no que la uendra ha estranio; et si uiniere el parient et quiere dar quoanto el estranio deue-la auer; pero si á rencura que li faç cubierta, jurando que tanto da el estranio, deue ser creudo. Et si non quisiere dar tanto quanto aqueyl qui no es parient, puede-la uender d'ayli adelant a qui quisiere; empero de que ouiere a iurar poy lo que non cree, deue ser la paga de la otra part". El precepto no presenta variaciones sustanciales de contenido ni en la Serie B, [223]: "De uendida de heredat (…)", ni en la redacción sistemática (*Fuero General de Navarra,* Pamplona, Diputación foral de Navarra, 1962), [III, XII, XIV]: "En coal manera deve pregonar fidalgo que quiere vender su heredat, et quoales heredades non pueden vender sen voluntat de su muyller (…)".

[76] *Fuero de Zamora* [8]: "De vendición de heredade. Padre o madre, o abuelo o abuela, que heredade hobieren a vender, cuanto uno e otro dier' por ella, los fiyos o fiyas, o nietos o nietas la tomen, e paguen hasta IX días; e se non pagaren, vendan sua heredade a quien se quisieren. Otrosí sea de fiyos a padres e a madres, e a abuelos e a abuelas, e a hermanos e a hermanas. Padre o madre, o abuelo o abuela, se los fiyos e las fiyas, o nietos o nietas en ellos non creyeren que tanto dan por la heredat, ellos metan la mano sobre el Sancto Evangelio, e ellos se juramenten e sean creídos. E por este juramento, elos fiyos o las fiyas, o nietos o nietas, non sean desheredados. E se hermanos o hermanas heredade hobieren a vender, aquel que la vende jure sobre cruz cuánto le dan por ella e sea creído. Hermano o hermana que la quisier' comprar, jure que pora sí la quier' sin arte e sin engaño; e tómela e pague los moravedís. Este pleito se entiende por las heredades que homme ha de so patrimonio. E se la heredade vendiren en otra parte, e pasar' un año e fuere en la tierra e non la temptar' por prinda o por juizio, non responda d'ella".

[77] En realidad, en Coria sólo se habla del primero de los plazos de nueve días. *Fuero de Coria,* [77]: "De los que han de vender heredad. Todo ome que su heredad quisier vender, digalo

en los que para que el tanteo sea efectivo se exige el pago de un tercio del precio más alto convenido en tres plazos sucesivos e improrrogables de nueve días, aunque, por el contrario, no se marca límite temporal alguno para que los familiares inicien el procedimiento para retraer el inmueble después de consumada la venta. Aspecto en el que sí se detienen los fueros de Salamanca y Ledesma, en los que, además de precisarse que esa reserva de prioridad corresponde exclusivamente a los herederos, se fija un amplio período de caducidad, de seis años, para la activación del derecho de retracto[78].

La fase culminante de esta evolución se alcanza, fuera ya del ámbito del derecho municipal, en aquellos textos que consagran el patrimonio hereditario como objeto exclusivo de su aplicación. Tal sería el caso del Fuero Viejo de Castilla, pero su regulación adolece de tan notables lagunas e imprecisio-

---

primeramientre a sus parientes que su heredade quiere vender. E quanto los otros dieren por ella, denla a sus parientes la que quisieren comprar. E si a otro la vendieren e los parientes la quisieren comprar, no la puedan vender e puedanla sacar quando quisieren e dalla a sus parientes. E si les pudier firmar, quel queria vender su heredad e lles hizo testigos e el no ge la quiso conprar, vendala a qui se la pagar. E si los parientes la quisieren conprar, paguen hasta nueve dias el terçio; e si a estos plazos no pagaren, tengala el que la tien e vendala a quin se quisier". Sí contemplan esa secuencia de tres plazos de nueve días el *Fuero de Cáceres*, [83]: "Tod omne que quisier su heredat uender, dicat primum parentes sui qui suam bonam debent hereditare, et quantum alius dederint pro illa, parentibus uendat si eam uoluerint. Et si ad alios uendiderit eam, et parentes sui in ante scire non fecerit, saquet illam quomodo uult et det eam parentibus suis. Et si potuerit firmare quod fecit ille testigos quod uolebat hereditatem suam uendere, et noluerunt illos comparare, uendat eam cui uoluerit. Et si parentes uoluerint eam emere, pagenlo fata VIIII dias el tercio, et el otro tercio a otros VIIII dias, et a los otros VIIII dias el otro tercio. Et si ad estos plazos non pagaren, teneat quod tenet et uendat hereditatem cui uoluerit". *Fuero de Usagre,* [85]: "Tod omme que quisier su heredad uender, dicat primum parentes sui qui suam bonam debent hereditare, et quantum alius dederint pro illa, parentibus uendat si eam uoluerint. Et si ad alius uendiderint eam, et parentes sui in ante scire non fecerit, saquet illam quomodo uult, et det eam parentibus suis, et si potuerit firmare quod fecerit suis testigos quod uolebat hereditatem suam uendere et noluerunt illos conparare, uendat eam cui uoluerit. Et si parentes uoluerint eam emere, paguenlo fata IX dias el tercio, et el otro tercio a otros IX dias. Et a los otros IX dias el otro tercio. Et si a estos plazos non pagaren, teneat quod tenet, et uendat hereditatem cui uoluerit". Una regulación muy similar la encontramos en varios textos portugueses: *Fuero de Alfaiates* 1209-1219 (*Portugaliae Monumenta Historica. Leges et consuetudines* I y II, Lisboa, 1856 y 1858 (PMH. LC), pp. 791-848), [67]: "Quilibet homo qui hereditatem suam (…)"; *Fuero de Castelo-Rodrigo,* s. XIII (*PMH. LC*, pp. 849-896), [V, 1]: "Qui sua heredat queser uender (…)"; *Fuero de Castelo Bom*, ¿1237? (*PMH. LC,* pp. 745-790), [77]: "Qui uoluerit hereditatem uendere (...)"; *Fuero de Castelo Melhor* ¿1237? (*PMH. LC*, pp. 897-939), [158]: sin rúbrica.

[78] *Fuero de Salamanca* (A. Castro y F. Onís, *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes,* I, *Textos,* Madrid, 1916, pp. 77-207), [203] "Qui quier uender heredade: Todo omne que uendier heredade, faga afruentas asus parientes que an aheredar; esi testigos non fezier, doble el auer que tomar, si lo arrancaren. E elos parientes que ouieren rancura dela heredade, asta VI anos nola demandaren, non le respondan con ela". *Fuero de Ledesma* (A. Castro y F. Onís, *Fueros leoneses*, pp. 215-286), [130]: "De uender heredat: Todo omne que heredade uendier, e faga testigos alos parientes quela an de heredar; e se testigos non fizier, doble el auer que prefier al que pierde ela heredade. E los parientes que ouieren rancura dela heredade e asta VI annos nonla demandaren, non respondan por ella".

nes que inclina a adscribirla a un estadio bastante anterior de su desarrollo. Pues, en efecto, después de desautorizar la venta de una heredad realizada a escondidas, "a puerta çerrada", de los parientes que tienen derechos sobre ella "por rrazón de patrimonio o de abolengo"[79], se limita a reconocerles la posibilidad de obtenerla "tanto por tanto", incluso después de celebrado el contrato y pagado el precio por el comprador, siempre que la transmisión efectiva del bien no se hubiese consumado. Es decir: no se imponen ni el anuncio público de la venta ni la llamada a los presuntos herederos del vendedor, y tampoco se fija plazo temporal alguno para que éstos manifiesten su intención de adquirir el inmueble antes de que el perfeccionamiento del negocio se lo impida[80], si bien en un precepto posterior, como excepción al plazo de un año y un día para el saneamiento de la heredad que ya ha sido vendida, insistiendo en su deficiente técnica normativa se alude con escasa precisión a que "e de anno e dia adelante non debe sanar, synon de parientes çercanos e de algunos que no fueron en la tierra, sy quisieren demandar", lo que parece abrir un paréntesis de indefinida duración, en el que los más allegados podrían recurrir al ejercicio del retracto[81]. Finalmente, también merece mención que en en este texto se contempla otra curiosa forma de reversión, nítidamente ligada al principio de troncalidad, consistente en la posibilidad otorgada a los herederos del marido de rescatar las arras dadas por éste a su viuda, aún en vida de ella, mediante el pago de 500 sueldos[82].

---

[79] *Fuero Viejo de Castilla*, [IV, I, II]: "Que non uala la uendida que fuere fecha de heredat, de día nin de noche, a puerta çerrada: Ninguna heredat non se deve vender de noche nin de día a puertas çerradas. E la vendida que asy se fiziere non puede toller su derecho a pariente a quien pertenesçe la heredat por rrazon de patrimonio o de avolengo, maguer que el cambio sea fecho". No se menciona a los parientes en *Libro de los fueros de Castiella,* [72]: "Esto es por fuero: que ninguna heredat se deve vender de noche, nin de dia a puertas çerradas".

[80] *Fuero Viejo de Castilla,* [IV, I, III]: "Del que vende heredat de patrimonio o de avolengo: Todo omne que vende su heredat que ha de patrimonio e de avolengo e viniere otro su pariente e dize: "Yo me la quiero tanto por tanto, que a mi pertenesçe" e sy canbio de pasada oviere dado el conprador e pagados los dineros, non la puede aver el pariente; mas sy cambio non oviere dado el conprador, maguer carta aya fecha e el conprador oviese pagado a éste tal e viniese el pariente e mostrando el aver e contándolo delante testigos, debe aver la heredat, jurando que para sí quiere la heredat e non otro omne ninguno. Et, sy el pariente pudiere venir ante del canbio a dar el canbio e los maravedís, puede aver al heredat".

[81] *Fuero Viejo de Castilla*, [IV, II, II]: "Que ninguno non es tenudo de sanar la heredat que vendió, si anno e día pasa: Todo omne que demanda a otro heredamiento de sanamiento debe rredrar fasta anno e día de todo omne quel demandare; e de anno e día adelante non deve sanar, synon de parientes çercanos e de algunos que no fueron en la tierra, sy quisieren demandar; e de otro non es tenudo". Similar en *Libro de los Fueros de Castiella,* [93]: "Esto es por fuero de todo omne que enfía heredat, así como fuero es de sanamiento: deve sanar fasta anno e día de todo omne quela demandar, e de anno e día arriba deve sanar de los parientes que son çercannos donde viene el heredamiento o de omnes que no son en la tierra; e de otros omes non".

[82] *Fuero Viejo de Castilla*, [V, I, I]: "Esto es fuero de Castiella. Que todo fidalgo puede dar a sua muger en arras el terçio del heredamiento que ha. E si ella fiziere buena vida después de la

Algo mejor definida aparece la institución en el Libro de los Juysios de la Corte del Rey, donde afirmándose que se recoge la costumbre reinante en tierras de León "por fuero de las leyes" y también de Castilla, aunque no se exige expresamente como inexcusable, sí se hace referencia al aviso por parte del vendedor al pariente más cercano, que dispondrá de un período de un año para hacer valer su preferencia[83].

Es, con todo, en el Fuero Real, donde quedan consolidadas varias notas características, que luego se repetirán en otros textos. Las más destacadas: su exclusiva operatividad respecto a las propiedades hereditarias, la sujeción de la prioridad parental a la igualación del importe más alto de los ofertados y la posibilidad de participar en la puja hasta nueve días después de acordada la venta a un extraño, previo reembolso al despojado de la cantidad que hubiera pagado. Pero, además, el insólito detalle de su regulación permite extraer otras conclusiones: la legitimación para esgrimir el derecho de tanteo recae en el pariente de abolengo de la rama de procedencia del bien, y concurriendo varios, de quien fuese de más cercano parentesco, debiendo repartírselo entre ellos si lo reclamasen dos o más emparentados del mismo grado; la diferencia esencial entre ambas instituciones reside en que el tanteo debe ejercerse con anterioridad a la celebración del contrato, mientras que el retracto, solo admitido en supuestos de compraventa, y no en los de permuta, únicamente cabe con posterioridad a la celebración de ésta; el plazo de nueve días para el ejercicio del retracto se computa desde la fecha de la venta, y sin exigencia de tradición de la cosa, quedando reservada su activación al familiar de más próxima consaguinidad, con exclusión de los restantes, incluso —se deduce— aunque éste declinase hacer uso de su derecho, salvo en el caso de que se hallase ausente fuera del lugar; por último, existe la obligación del retrayente de jurar que la cosa reclamada es para él[84].

---

muerte del marido e non casando, deve tener estas arras en toda su vida, plaziendo a los herederos; et si los herederos non ge lo quisieren dexar deven dar a ella quinientos sueldos e entrar su heredat (…)".

[83] R. Calvo Serer, «Libro de los Juysios de la Corte del Rey», en *AHDE*, 12 (1936-1941), pp. 284-307, [I, XII, 1]: "Otro sí, en tierras de León las heredades e las otras rrayses que vienen de patrimonio o de abolengo e las vende aquel cuyas son, e viene el pariente mas çercano a quien fue fecho saber por el vendedor que quier vender aquella heredat e quiérela sacar el pariente çercano: esto se libra en tierra de Leon, por fuero de las leyes, tanbien como en Castilla como quier que en otro tiempo, en tierra de Leon, el pariente fasta vn anno lo podia sacar. E este dicho anno, se husa asi quando el vendedor le fase saber la vendida".

[84] *Fuero Real* (*Leyes de Alfonso X*, II, *Fuero Real*. Edición y análisis crítico por Gonzalo Martínez Díez con la colaboración de Jose Manuel Ruiz Asensio; Cesar Hernández Alonso, Ávila, Fundación Sánchez Albornoz, 1982), [III, X, XIII]: "Todo omne que heredat de patrimonio o de auolengo quisier uender, si omne daquel auolengo la quisiere comprar tanto por tanto, áyala ante que otro ninguno, e si dos o más la quisieren si son en egual grado de parentesco, pártanla entre sí, e si non fueren de egual grado en parentesco, áyala el más propinquo. Mas si ante que la

Con posterioridad, ambas instituciones encuentran también acomodo en los principales cuerpos normativos castellanos. Así en las Leyes Nuevas[85], las Leyes del Estilo[86], las Partidas, donde no se regula el retracto gentilicio, pero sí el convencional, el de comuneros y el enfiteútico[87], el Ordenamiento de Alonso Díaz de Montalvo, en el que ya se percibe una confusión, llamada a perdurar, entre los derechos de tanteo y de retracto[88], y las leyes de Toro

---

heredat fuere uendida non uiniere el pariente e del día que fuere uendida a IX dias uiniere, si diere el precio porque es uendida la heredat, áyala; et si el pariente más propinquo non la quisiere demandar, otro pariente non la pueda demandar; e si el más propinquo non fuere en el logar puédala demandar otro de so linage. Más si la quisiere por otra heredat camiar, non la pueda ningún parient contradezir, et aquel parient que quiere la heredat que es a otri uendida dé el precio quel costó e iure que la quiere porasí e que lo non faze por otro enganno".

[85] *Leyes Nuevas* (*Los códigos españoles concordados y anotados*, 2ª ed., Madrid, Julián Peña, 1872, vol. 6), [XXI]: "Otrosí el heredamiento que vende un ome a otro, e facen la vendida en soberado, o en casa, o en poridat, e con testigos que ruega que tengan poridat daquela vendida, e pariente propinquo non lo sabe, e cuando lo sabe viene con su haber antel alcalde, e dice que aquel heredamiento que fue vendido, que el lo debe aver, e quiere pagar el precio, e el comprador dice que por que non vino a los VIIII dias que non lo debe aver; manda el rey que tal vendida como aquesta que non va la nin empezca al pariente propinquo".

[86] *Leyes del Estilo* (*Los códigos españoles concordados y anotados*, 2ª ed., Madrid, Julián Peña, 1872, vol.1), [120]: "Que la ley del engaño en mitad el justo precio no ha lugar en las cosas vendidas en almonedas, ni la ley del tanto por tanto: Otrosí, es a saber, que en las vendidas que se facen por las almonedas, tanto vale la cosa quanto puede ser vendida, y no se puede deshacer la vendida por que diga aquel cuya es la cosa, que le fue vendida por menos de la mitad del derecho precio, ni los parientes más cercanos no pueden sacar la cosa vendida por mandato del Alcalde, o del cogedor, o del entregador, maguer fasta los nueve dias que pone el Fuero quiera dar el comprador lo que costo; mas cuando sacan la cosa en almoneda tanto por tanto, dévelo dar ante el que lo demandó por abolengo y le quisiere sacar de la almoneda que no es extraño (...)"; [230]: "Como la ley del Fuero del tanto por tanto, ha lugar también en el reino de León como en el de Castilla. Otrosí, en tierra de León las heredades e las otras raíces que tienen de patrimonio, o de abolengo, y las vende aquel cuyas son y viene el pariente más cercano, a quien fue hecho saber por el vendedor que quiere vender la heredad, y quiérela sacar: y esto se libra en tierra de León, por Fuero de las Leyes, tambien como en Castilla como quier que en otro tiempo, en tierra de León, el pariente fasta un año la podía sacar. Y esto del año se uso así quando el vendedor no le hizo saber la vendida".

[87] Respectivamente en *Partidas,* [V, V, XLII]: "Delos que venden por cierto precio a otros alguna cosa con condicion quel vendedor o su heredero la opuedan cobrar tornando el precio (…)"; [V, V, LV]: "Como la vendida que es echa dela cosa comun, de so vno, deue valer maguer no sea partida entre ellos (…)". [V, VIII, XXIX]: "Como aquel que tiene la cosa a censo si la ouiere a enagenar que la deue vender al señor ante qua a otro queriendo dar tanto precio por ella como da otro ome (…)". Esta exclusión del *retractus consanguinitatis* encajaría perfectamente con el rechazo con el que este derecho era observado por los autores del *ius commune*, por considerar que había sido derogado por la conocida *lex Dudum* (CI. 4.37.14). No obstante, pese a que muchos las consideraron como *consuetudines damnatae,* la opinión dominante admitió las costumbres ligadas al mismo. Por el contrario, sí se aplicaron las reglas del Derecho común al derecho de tanteo del señor feudal y del titular del dominio directo frente al enfiteuta. Véase, H Coing, *Derecho privado europeo* I. Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996 (1ª ed. Munich, Beschke, 1985), pp. 486-487.

[88] M. J. María Izquierdo, *Las fuentes del Ordenamiento de Montalvo*, Madrid, Dykinson, 2004, vol II, OO. RR. 5, 7, 6: "Como se puede sacar la heredad de patrimonio, o abolengo tanto por tanto (…)", que reproduce la mencionada ley del Fuero Real, con la diferencia de que introduce la citada confusión, al señalar "(…) Mas si antes que la heredad fuere vendida no viniere el mas propinquo a

que les dedican seis importantes preceptos, en los que además de la preferencia gentilicia se contemplan la del superficiario, la del enfiteuta y la de los coherederos[89].

Fuera del territorio castellano, apenas es visible la vigencia de ambas instituciones. Salvedad hecha de la mencionada tosca regulación contenida en los fueros navarros de la Novenera y de Viguera y Val de Funes y en el Fuero General de Navarra, donde mejor la encontramos reflejada es en la compilación oficial de derecho consuetudinario conocida como *Fueros de Aragón*, si bien también aquí se dibuja con contornos todavía bastante imprecisos. Así, después de señalarse como cosa razonable y ajustada a derecho que quien quiera vender una propiedad hereditaria, "de su patrimonio o de avolorio", se lo haga saber a los parientes de la rama de procedencia del bien, se otorga a éstos la posibilidad de comprarla "por tanto quanto otri y da", pero pudiendo su titular, en el caso de que ninguno estuviese interesado, transmitírsela a quien quisiere; ahora bien, ni se fija el procedimiento de aviso, ni el plazo de ejercicio del tanteo, ni el orden de preferencia entre los familiares. No obstante, si la venta hubiese sido consumada sin conocimiento de los parientes, rige el plazo habitual de un año y un día para que éstos, en los diez días siguientes a tener noticia del negocio, puedan rescatar la heredad por el precio pagado por su adquirente, debiendo éste jurar que tal fue, efectivamente, la cantidad desembolsada, y el retrayente que reclama la cosa para sí mismo y no en beneficio de un tercero[90].

---

la retraher (…)"; esto es, se habla de retraer la heredad con anterioridad a la venta, cuando lo único que en este momento cabe ejercer para postergar al presunto comprador es el derecho de tanteo; OO. RR. 5, 7, 7 , contiene una "Declaración de la ley del fuero suso dicha" hecha por el rey Enrique IV en las Cortes de Santa María de Nieva de 1473, por la que, para evitar los fraudes a los que ello daba lugar, se ordena que el cómputo de nueve días corra también para los menores de veinticinco años y para los ausentes, al tiempo que se otorga un derecho preferente de tanteo al hijo del vendedor frente al hermano de éste. De ambas leyes se hace eco R. Bádenes Gasset, *La preferencia adquisitiva en el derecho español (tanteo, retracto, opción)*, Barcelona, Bosch, 1958, pp. 15-19.

[89] Se trata de las leyes 70 a 75, en cuyo novedoso y trascendental contenido no me voy a detener aquí.

[90] *Fueros de Aragón* (*Los Fueros de Aragón (según el ms. del Archivo Municipal de Miravete de la Sierra (Teruel),* edición e índices por A. Gargallo Moya, Zaragoza, Anubar, 1992), [199]: "Qui tiene heredat de su genollo: Razonable cosa es e dreyturera que tod omne qui quiere vender alguna heredat que aya avida de su patrimonio o de avolorio, primerament, lo deve fer asaber ad aquellos que son parientes d'aquella part ond es el parient. E si end y a alguno d'ellos que la quiere conprar, dévela aver por tanto quanto otri y da he, si no en y a alguno que la quiera conprar, bien la puede vender después a qui quiere. Mas si la vende ad otro menos que lo non faga saber a ninguno de sus parientes de los que son más cerca d'aquella partida ond viene aquella heredat, si dentro anno e día pues que la vendida fue feyta lo puede saber, pues que lo sepa, dentro X días puede e deve cobrar aquella heredat por el fuero, que rienda el precio ad aquel qui la avía conprada; mas si passa anno e día pues que la vendida será feyta, que nenguno no la demande, d'aquí adelant non puede ninguno demandar por razón de parentesco. E quel conprador que la avía conprada, debe iurar, quando debe cobrar el precio, que por tanto precio la avía conprada e non por menos; e aquel

Por lo que se refiere a la tradición jurídica de Cataluña, es opinión general de la doctrina que nunca llegó a admitirse la aplicación de figuras similares a los derechos de tanteo y de retracto gentilicios castellanos[91], con excepción del peculiar derecho de *tornería* del valle de Arán, reconocido, en virtud de un privilegio de Jaime II de 1313, a los parientes colaterales hasta el cuarto grado, para gozar de preferencia en la compra de bienes inmuebles puestos a la venta, o para recuperarlos dentro del período de un año y un día desde la realización de ésta[92]. Una naturaleza distinta tiene, sin embargo, la *fadiga*, o derecho de tanteo atribuido al señor sobre el predio enfiteútico[93]. Finalmente, cabe señalar que en los *Furs* valencianos se excluye expresamente cualquier derecho preferente de los parientes[94].

---

otro que la conpra por parentesco, debe iurar tanbién que pora sí quiere aquella heredat comprar e non pora ad otro, menos de barata nenguna e menos de falsía".

[91] Con apoyo en los principales autores clásicos catalanes, así lo afirma A. Vaquer Aloy, "El tempteig i el retracte de cohereus en la Llei 40/1991, de 30 de desembre, Codi de Successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya", en *Revista Jurídica de Catalunya,* 94, 2 (1994), 305-334, p. 308.

[92] Hablamos del capítulo VII del *Privilegi de Querimònia* dado por Jaime II el 22 de septiembre de 1313: "Item concedim lo capitol contenint que qualsevol home de dita Vall, si vol vendrer casas, terras, vinyas, prats, molins o alguns bens inmobles, deu requerir germans si'n te o cossins germans o mes propinchs en la linea de parentela, si vol comprar les tals cosas vendibles, les quals ell vol vendrer, y si recusa comprar, no obstant lo vocable vulgar nomenat, tornaria, pot lícitament vendrer a qualsevol que voldrá o sie estrany en tornaria. Y després d'un any y un dia no pot algu propinch recuperar la cosa venuda, majorment si per lo venedor primerament es estat requerit, y si lo propinch o consanguineo per lo venedor no sera estat requerit agut lo sacrament que no ha ohit ni sabut la venda esser feta, que puga recuperar si voldra". Citado por E. Bosch Capdevila, *Opción, tanteo y retracto. La regulación catalana de los derechos voluntarios de adquisición,* Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 26.

[93] A. Mirambell i Abancó, *Els censos en el dret civil de Catalunya: la qüestió de l'emfiteusi (a propòsit de la Llei especial 6/1990),* Barcelona, Generalitat de Cataluña, 1997, p. 96, la ha definido así: "un dret de prelació o de retenció que pertany al senyor directe, en virtut del qual pot quedar-se la cosa feudal o enfitèutica alienada per l'emfiteuta i pel mateix preu". Esta figura aparece, por ejemplo, claramente definida en la *Carta de población del Valle de Batea*, 1244-XII-28 (J. M. Font Rius, *Cartas de población* (n. 45), núm. 283, pp. 411-412): "(…) ad omnes vestras vestrorumque voluntates faciendas omni tempore sine omni vestro vestrorumque enganno, ad dandum, ad vendendum, ad impignorandum, ad alienandum quolibet modo volueritis per cunta tempore, excepto hoc quod vos accaptatores et vestri habeatis faticam in nobis donatoribus et nostris in espacium X dierum cum noctibus. Et si nos donatores vel successores nostros volumus habere vel emere habeamus sicut alii. Et si nolumus habere, vendatis quilibet volueritis, exceptis militibus et clericis (…)", y en la *Carta de población del Valle de Algars*, 1281-I-23 (J. M. Font Rius, *Cartas de población*, núm. 344, pp. 505-507): "Et si forte, vos vel succesores vestri dictas posessiones vel honores vel partem ipsorum vendere vel alienare volueritis, quod detis fatigam nobis vel successoribus nostris X dierum, secundum consuetudinem de Bethea et quod posssimus eas si voluerimus pro pretio vobis oblato libere retinere (…)".

[94] Utilizó la redacción latina editada por M. Dualde Serrano, *Fori Antiqui Valentiae. Edición crítica,* Madrid-Valencia, CSIC-Intituto Jerónimo Zurita, 1950-1967, y la traducción valenciana editada por P. López Elum, *Los orígenes de los Furs de València y de las Cortes en el siglo XIII,* Valencia, Biblioteca Valenciana, 2001, 103-362. Versión latina, [LXXI, 6]: "Quicumque habuerit rem ex successione paterna vel materna vel ex quacumque alia sucessione, possit vendere eam cui-

Cabe, por último, referirse a las prohibiciones absolutas de disponer, de las que existen diversos antecedentes romanos, fundamentalmente vinculados a la introducción de cláusulas testamentarias de indisponibilidad, por las que se rechazaba la posibilidad de enajenar o de gravar todos o parte de los bienes integrantes del caudal relicto, buscándose con ello asegurar su transmisión a los herederos del primer instituido y evitar la salida de dichos elementos patrimoniales del círculo de emparentados del causante. El texto más conocido en el que se contempla esta clase de prohibiciones es el atribuido a Marciano (libro VIII de sus *Instituciones* y recogido en D. 30.114.14), que diciendo reproducir un rescripto de los emperadores Septimio Severo y Antonio Caracalla, declaraba la nulidad de la prohibición de enajenar en la que el testador no hubiese expresado la causa; lo que venía a implicar la validez de todas aquellas otras por las que se beneficiase a los hijos, los herederos o a cualquier otra persona[95]. Trasladando, sin embargo, el foco hacia el derecho municipal medieval, no descubrimos en éste ejemplos de preceptos que no respondan a un marcado matiz troncal o de defensa del sistema de legítimas, a no ser que suscribamos la discutida opinión de Martínez Sarrión, quien creyó encontrar en una ley recogida en el fuero de Cuenca, repetida en el de Teruel y en otros con éstos vinculados, relativa a la atribución judicial al padre o la madre insolvente de los bienes del hijo acaudalado que se negase a prestarle ayuda[96], un supuesto ajustado a esa justificación causal exigida

---

cumque voluerit, tam extraneis quam propinquis, aliquo de parentela non requisito"; Versión romance, [LXXII, 6]: "Aquel que haurà alcuna cosa de successio de pare o de mare o per altra successió, pusca vendre aquela cosa aquí.s volrrà, tan bé a estrayns com a proïxmes, si que alcú de son parentesch no sia demanat".

[95] El contenido de esta ley fue ampliamente analizado por A. Martínez Sarrión, «Las obligaciones de no vender y las prohibiciones de disponer», en *Revista de Derecho Privado,* 48 (enero-diciembre 1964), 89-107, pp. 91-96. Sobre la interpretación de este y otros preceptos de derecho romano donde se regula la materia, véase también J. M. Caballero Lozano, *Las prohibiciones de disponer. Su proyección como garantía de las obligaciones*, Barcelona, Bosch, 1993, pp. 59-65.

[96] A. Martínez Sarrión, *Las obligaciones de no vender* (n. 95), pp. 97. *Fuero de Cuenca*: Forma sistemática, [X, XXXVIII]: "De filio que misericordiam cum patre [egeno non fecerit]. Si filius diues super parentem egenum misericordiam non habuerit, et pauper iudici et alcaldibus conquestus fuerit, capiant illum cum tota substancia sua, et mittant eum in potestate patris: pater uero, seu mater uiuat in bonis filii illius modeste omnibus diebus uite sue. Ita quod non habeat ius malemittendi, donandi, uendendi, testandi, substanciam illam, set tantum in ea uiuere parce. Post mortem illius parentis filius habeat dominium et potestatem super ea que remanserit, ita quod aliis heredibus nequaquam particioni tradantur". Forma primordial, [241]: "De filio que misericordiam cum parente egeno non fecerit: (...)".Códice Valentino, [I, X, 35]: "Del fijo que non ouiere piadad del padre o dela madre: (…)". Fragmento conquense, [176]: "Del ffijo que merçed non ouiere ssobre ssu padre menguado o ssobre la madre (...)". *Fuero latino de Teruel*, [344]: "De filio qui misericordiam cum patre egeno non fecerit: Mando similiter quod si filius dives super parentem egenum mercede non habuerit, et ille pauper parens de filio iudici et alcaldibus conquestus fuerit, judex el alcaldes illum filium capiant cum tota sua substancia et mitant eum in potestate patris ut lex precipit sive matris. Pater vero sive mater vivat modeste in bonis illius filii diebus omnibus vite sue. Tamen mando quod parens ille potestatem non habeat vel jus aliquam malemitendi, donandi,

en el derecho romano. Por el contrario, otros autores no ven reaparecer esta figura antes las Partidas[97].

II. SERVIDUMBRES PREDIALES

Un apartado no menos importante dentro de las situaciones susceptibles de provocar un encogimiento de las facultades propietarias lo constituyen las relaciones de vecindad. Lo que supone introducir en el discurso el estudio de

---

vendendi vel testandi, illam substanciam, set tamen in ea parce vivere ut est dictum. Post mortem vero illius parentis filius ille habeat potestatem et dominum super ea que remanserit ita quod porcioni aliis heredibus non tradantur. *Fuero romance de Teruel* [452]. "Del fijo quen ouiere mercé al padre (…)". Con ligeras variantes de redacción, el precepto aparece también en *Fuero de Iznatoraf*, [216]: "Del fijo que non oviere piedat del padre: (…)". *Fuero de Zorita de los Canes*, [220]: "Del fijo que misericordia sobre su padre non ouiere: (…)". *Fuero de Béjar,* [276]: "Del fijo rico que non faz bien al parient pobre: (…)". *Fuero de Alcaraz*, [III, 112]: "Del fijo que non ouiere piadat del padre pobre: (…)". *Fuero de Alarcón*, [205]: "Del fijo rico que non torna sobre sus padres: (…)". *Fuero de Úbeda,* [XXIII, I]: "(b) Sy el fiio rrico non ouiere piedat del padre pobre o de la madre: (…)". *Fuero de Baeza*, [229]: "Del fijo que non ouiere merce del padre pobre: (…)". *Fuero de Villaescusa de Haro*, [207]: "Sy el fijo rico piedad non ouiere del padre pobre o de la madre (…)". *Fuero de Huete*, [174]: "El fijo que rico fuere e sobre sus padres menguados non ouiere misedicordia (…)".

No contiene, por el contrario, esa prohibición de disponer el *Fuero de Plasencia*, [485]: "Del fijo que non oviere piedat con el padre. Si el fijo rico con el padre o la madre piedat o miçeria non oviere, et el padre pobre a los alcaldes con querella fuere, préndanle los alcaldes con todo su aver et metanlo en poder del padre; el padre o la madre biva en la buena del fijo con él en toda su vida. Despues de la muerte del pariente el fijo aya el sennorío et poder sobre lo que remanesciere, assí que a los otros herederos non dé nada a partición".

Un supuesto algo diferente es el contemplado en el *Fuero de Zamora*, [24]: "Del fillo que sal de mandado. Omne que ouier fillo que salga de mandado del padre ode madre, osur iogador omne malo, e pasar el padre o la madre del sieglo, el que ficar uiua enno auer. E non aya poder delo uender ne delo engayar nen de lo malmeter; e se lo quisier uender o malmeter, sos parientes non lelo lexen fazer. E se por auentura elo uendir olo malmetir, non sea estable, e non le den herencia nenguna ata que sea omne bono. Esto seapor fillo e por filla".

[97] Principalmente en *Partidas* [V, V, XLIV]: "Delos que en su testamento defienden que su castillo, o torre, o casa, o viña, o otra cosa de su heredad non lo pudiessen vender. En su testamento defendiendo algund ome que su castillo, o torre, o casa, o viña o otra cosa de su heredad, non lo pudiessen vender, nin enagenar, mostrando alguna razón guisada por que lo defendía, como si dixesse, quiero que tal cosa, nombrandola señalamente non sea enagenada en ninguna manera, mas que finque siempre a mi fijo, o a mi heredero, porque sea siempre mas honrrado, e mas tenido, o si dixese que la non enagenase fasta que fuesse de edad el heredero, o fasta que fuesse venido al lugar si fuesse ydo a otra parte: por qualquier destas razones, o por otra que fuesse guisada semejante dellas, non la pueden enagenar. Mas si el dixesse simplemente, que la no vendiessen, non mostrando razón guisada, porque o non señalando persona alguna, o cosa cierta por que lo fazia si la vendiesse, valdría la vendida, maguer el lo ouiesse defendido". La diferencia con el mencionado precepto del Digesto estriba en que esta ley se sitúa sistemáticamente en sede de compraventa y no de sucesiones como en aquella; es decir, al atender más al efecto que produce la prohibición, realza su dimensión garantista. J. M. Caballero Lozano, *Las prohibiciones de disponer* (n. 95), pp. 76-77.

las servidumbres prediales. Ahora bien, ello no significa que todas las limitaciones derivadas de la contigüidad quepan ser calificadas como servidumbres, al igual que, con discutible criterio, lo hace el vigente código civil español en el caso de la medianería, ya que, entre otros, no se cumple uno de sus presupuestos esenciales, como lo es la existencia de un fundo dominante y otro sirviente. Y esto es así porque las relaciones de vecindad se basan en la independencia, la igualdad y la libertad de los predios colindantes, por lo que las limitaciones que generan son recíprocas y no sustentadas, como sucede en las servidumbres, en la imposición de un gravamen derivado de la dominación de un fundo sobre otro; además de que aquéllas no se extinguen por la falta de uso, lo que si puede ocurrir con estas últimas[98]. Esta confusión arranca de la tendencia consolidada en el derecho justinianeo a extender la consideración de servidumbres a algunas limitaciones de la propiedad de origen no convencional, que comportan una relación entre fundos y presentan una estructura análoga a las genuinas servidumbres; las cuales acabarán siendo calificadas como servidumbres legales, por venir determinado su contenido por una disposición de este rango normativo. Una categoría que los doctores del *ius commune* recogerán y ampliarán, al dar cabida en la misma a todas las limitaciones legales del dominio, incluidas muchas figuras completamente alejadas de las servidumbres, lo que, además, ha encontrado continuidad en la legislación y la doctrina posterior. Esto explica que, a pesar de que algunas de las situaciones que aquí analizaremos encajarían mejor, de conformidad con su configuración jurídica romana clásica, dentro del capítulo anterior, dedicado a las limitaciones de dominio, para facilitar el discurrir del iter expositivo las trataremos en este epígrafe.

[98] Junto a estas dos diferencias primordiales, la doctrina civilista actual señala otros destacados rasgos distintivos entre las servidumbres legales y las puras relaciones de vecindad: las servidumbres no nacen directamente de la ley, por lo que requieren un acto constitutivo para su existencia, sea por consentimiento voluntario del obligado, o sea en virtud de sentencia estimatoria de la pretensión; las servidumbres confieren un derecho de indemnización al propietario de la finca gravada, mientras que en la relación de vecindad esta compensación solo se requiere frente a la transgresión de los deberes asociados a la misma, y en su caso, por el daño derivado de esta inobservancia; aunque las relaciones de vecindad no están sujetas a la prescripción extintiva, sí cabe la renuncia a la exigibilidad de las obligaciones de ellas procedentes; en tanto que las servidumbres se adquieren por usucapión, las relaciones de vecindad no precisan de este título para su constitución; el contenido de las servidumbres es exclusivamente real, frente a la combinación de elementos reales y obligacionales que está presente en los derechos de vecindad. Véase A. Hernández Gil, *Las relaciones de vecindad* (n. 3), pp. 20-24.

A) Concepto, naturaleza y caracteres de las servidumbres prediales en el derecho romano

A pesar de que el Código civil español, en su articulo 530, resuelve la cuestión con aparente contundencia, al caracterizar la servidumbre como "un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño", la fijación del contenido del concepto de servidumbre ha distado de ser pacífica entre la doctrina civilista moderna[99]. Esta misma dificultad la han padecido los romanistas a la hora de encorsetar dentro de una definición cerrada una institución que, en todo caso, consiste en la existencia de una relación permanente entre dos fundos establecida voluntariamente por sus propietarios, que para uno, el del denominado dominante, constituye un verdadero derecho real en cosa ajena, pues le procura una utilidad concreta y limitada sobre el otro, normalmente calificado como sirviente, en tanto que para éste supone una auténtica carga, por cuanto restringe las facultades de su propietario, al obligarle a tolerar ciertas acciones, inmisiones o comportamientos o a abstenerse de ejercer algunas de las potestades implícitas en dicha condición. Ahora bien, el hecho de que la citada relación vincule directamente a los predios no significa que los juristas romanos sustrajesen la pertenencia de ese derecho y ese gravamen a las personas[100], aunque es verdad, que la servidumbre se adscribe permanentemente a los bienes raíces afecta-

---

[99] Siguiendo la exposición de J. Castán Tobeñas, *Derecho civil español* (n. 4), pp. 99-108, dotada de un abundante soporte bibliográfico, las posiciones han ido desde quienes, suscribiendo las tesis de Keller, no han encontrado diferencia sustancial alguna entre las servidumbres y el resto de los *iura in re aliena*, a otros que, como Planiol, afirman que, dada la pluralidad de sus objetos y aplicaciones, solamente es posible hablar de ellas en términos de gran vaguedad; por otra parte, mientras que Windscheid puso el acento en elementos puramente cuantitativos, al sostener que se trata de derechos reales que no sujetan la cosa en la totalidad de sus relaciones, sino solamente en alguna o varias relaciones singulares, Sohm vino a añadir otras notas de carácter cualitativo, al describirlas como derechos reales limitados de aprovechamiento de cosa ajena por un sujeto determinado.

[100] Al menos, esta es la postura más extendida entre los romanistas. Por citar algunos ejemplos: B. Biondi, *Istituzioni* (n. 7), p. 290; M. Marrone, *Istituzioni* (n. 5), p. 482; J. Iglesias, *Derecho romano* (n. 12), p. 205; M. J. García Garrido, *Derecho Privado Romano,* I, *Instituciones*, Madrid, Dykinson, 1985, p. 227. No obstante, algunos autores tienden a privilegiar el hecho de que la constitución de la servidumbre requiere una situación objetiva del fundo, lo que permitiría referirse a ella sin alusión a los elementos personales. En este sentido apunta la definición proporcionada por A. D'Ors, *Derecho privado romano*, novena edición revisada, Pamplona, EUNSA, 1997), p. 253: "Se llaman servidumbres (*iura praediorum o servitutes*) ciertos derechos reales que los propietarios de predios vecinos pueden establecer voluntariamente para que un predio (llamado sirviente) sirva a otro (llamado dominante), de manera permanente, la ventaja efectiva de un uso limitado", añadiendo que se llaman prediales porque se establecen para gravar y favorecer a los mismos inmuebles, afectando solo indirectamente a los propietarios que puedan hacer uso del derecho o deban tolerarlo; de ahí, que no quepa aprovechar la servidumbre para obtener un rendimiento extraño al predio. Su planteamiento lo suscribe F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales en el derecho histórico español*, Lleida, Pagès, 1991, p. 40.

dos, con independencia de los cambios o las vicisitudes que pudieran producirse en su respectiva titularidad. Cierto es, además, que, por influjo de la jurisprudencia postclásica, en el derecho justinianeo se aceptó una nueva clase de servidumbres, las llamadas personales (*servitutes personarum)*, con el usufructo, el uso y la habitación como figuras más importantes, que se apartaba de las notas fundamentales que acabamos de señalar. Sin embargo, se trata de una construcción doctrinal tardía, ajena a la concepción tradicional de esta institución[101], por lo que —como ya antes se ha advertido— no las estudiaremos aquí.

Conviene recordar, también, que en el derecho romano clásico nunca cuajó una idea de servidumbre (*servitus*) como categoría genérica y abstracta, sino que existen determinadas servidumbres particulares[102], que van apareciendo progresivamente, a medida que se hace necesario responder a emergentes necesidades. Por ello, para poder acercarse a su naturaleza resulta imprescindible prestar atención al proceso histórico que conduce a su configuración.

En esta línea, acerca del origen de las servidumbres reales se han formulado las más diversas teorías, que han acabado convergiendo en la aceptación prácticamente unánime entre los romanistas de la interpretación que conecta el nacimiento de las servidumbres más antiguas, adaptadas a las exigencias de la primitiva economía agropecuaria, esto es, las cuatro rústicas de paso y agua: *iter, via, actus* y *acueducto*, a la pertenencia de la franja de terreno precisa para permitir el paso, el discurrir del agua o la ubicación de los canales necesarios para su conducción[103]. Siguiendo la convincente argumentación

---

[101] Hay que admitir que para prescindir de su estudio no cabe apoyarse en la exclusión de esta categoría en el Código napoleónico y en los posteriores que lo tomaron como modelo (así lo hace, por ejemplo, J. M. Bádenas Carpio, *Anchura y necesidad de las servidumbres de paso entre fincas rústicas según la jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 20-21), pues responde a razones puramente retóricas, basadas en el temor a que la expresión pudiese traer a la memoria aquella servidumbre de la gleba que la revolución acababa de abolir. Pero, aunque es cierto que comparten modos comunes de constitución y de extinción, y que ofrecen similitudes entre las acciones que las protegen, esto no empaña que se trata de derechos reales independientes y de índole diversa. *Cfr*. V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed. revisada, Nápoles, Jovene, 1989, p. 233.

[102] Según J. Iglesias, *Derecho romano* (n. 12), p. 205, la razón residiría en el deseo de no truncar la libertad de dominio mediante la libre constitución de servidumbres. De ahí que se hable, como luego veremos, de *tipicidad*, para aludir a que solo se reconoce un número limitado de las mismas, aunque no tiene el carácter vinculante de la tipicidad de los contratos, pues siempre quedaba abierto a la incorporación de nuevos tipos. En opinión de F. Pastori, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto,* 3ª ed., Milán, Cisalpino, 1992, p. 369, la tipicidad responde a un principio general del *ius civile*, según el cual, los actos de autonomía privada solo asumen relevancia jurídica en cuanto que estén comprendidos en esquemas predeterminados del ordenamiento dirigidos a satisfacer intereses de carácter general.

[103] Acredita la generalización de esta opinión F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), p. 22, nota 10. El problema de la concurrencia de dos titulares sobre la misma par cela del fundo sirviente, según A. Guarino, *Diritto privato romano,* 12ª edición, Nápoles, Jovene,

de F. Pacheco, en un contexto jurídico como el del derecho arcaico, desconocedor todavía de una concepción de la propiedad como derecho real pleno, esta genética de la institución difícilmente podría encajar dentro de una noción de *ius in re aliena,* consecuentemente también aún inexistente, estando, pues, ligada a esa idea genérica de pertenencia[104], expresada a través del giro *meum esse*, que, en su opinión, no constituye sino la manifestación del poder soberano, potestativo e indiferenciado del *pater familias* sobre las personas y los bienes. Lo que explicaría, además, que cobrasen el carácter de cosas —*res mancipi*—[105], y que fuesen susceptibles de adquisición por *mancipatio* o *usucapio*. No obstante, otra cuestión asimismo muy debatida —en la que aquí no entraremos— ha sido la relativa al carácter de dicha pertenencia, es decir si la que recae sobre el terreno, el agua y el conducto de agua es exclusiva del titular del predio que actúa como dominante —que es la postura sostenida por Pacheco—, o si lo que existe es una especie de copertenencia entre los dueños de ambos predios[106].

2001, p. 704, es presumible que, en principio, se resolviese recurriendo al *consortium ercto non cito,* esto es, una comunión solidaria en su aplicación específica. Solución que perdería virtualidad al afianzarse el *dominium ex iure Quiritium*.

[104] Considerando, además, que ese terreno, agua o canal situados en el otro fundo pertenecerían también al titular del que podríamos llamar fundo dominante. En apoyo de esta tesis aporta, además, los siguientes alegatos: la propia terminología de las fuentes, que cuando se refieren a *iter*, *actus*, *via* y *acueductus* aluden tanto a un derecho como a una entidad corporal representada por las diferentes modalidades de paso, el canal de agua o el agua misma; la inclusión de estas servidumbres en la categoría de las *res mancipi;* su constitución mediante *mancipatio*, acto típico para la adquisición de bienes corporales, y el empleo de la fórmula *meum esse* como afirmación de la titularidad sobre ellas; la necesidad de que la *vindicatio* lo sea de cosas corporales, que deben estar presentes durante el ceremonial de la *actio sacramento in rem*; la posibilidad de su constitución por usucapión hasta su prohibición por la *Lex Scribonia* (D. 41.3.4.28); el esfuerzo de los juristas de época tardía por aclarar ciertas cuestiones que indicaban las dudas existentes sobre su calificación como un *ius in re aliena;* la confirmación ofrecida por el contenido del llamado Bronce de Contrebia. F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), pp. 22-26.

[105] Sobre la calificación como *res mancipi* advierte, sin embargo, J. Iglesias, *Derecho romano* (n. 12), p. 208, que afirmar que solo comprende *res corporales* significa trasponer indebidamente a los tiempos arcaicos una noción y una clasificación que se afianzan más tardíamente. Sostiene, pues, que los primitivos romanos parten de la noción de poder, por lo que si engloban bajo la denominación de *res mancipi* a los fundos, los animales de tiro y carga, el sendero y el acueducto, con esto no quieren decir que todas estas cosas sean objeto de pertenencia, sino que todas se hallan sometidas a ley del *mancipium*, que puede actuar de modos diferentes.

[106] Entre los defensores de esta segunda teoría se han distinguido: P. Koschaker, *Rec* de E. Bussi, «La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (diritti reali e diritti di obbligazioni)», Padua, Cedam, 1937, en *ZSS*, 58 (1938) 252-266, pp. 258-259, y M. Kaser, «Geteiltes Eingentum im älteren römischen Recht», en *Festschrift Koschaker,* I, 1939, 445-478, y *Eingentum und Besitz im älteren römischen Recht,* Colonia-Graz, Bhölau, 2, Auflage mit Nachträgen, 1956, que hablan de una "propiedad dividida"; G. Grosso, *Le servitù prediali nel diritto romano,* Turín, Giapichelli, 1969, que lo hace en términos de copertenencia, y L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'etá repubblicana*, II, Milán, Giuffrè, 1976, pp. 81-115, que acude a la figura de las *viae communes*. Todos ellos analizados por F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), que se detiene en la cuestión en pp. 26-32.

Continuando, en todo caso, con la lectura que de esta evolución hace este autor, la aparición, al compás del crecimiento demográfico y el desarrollo urbanístico producidos entre las postrimerías del siglo III a. de C. y los inicios de la centuria siguiente, de nuevos supuestos de hecho localizados en el ámbito ciudadano e irreductibles al esquema anterior, habría conducido, fruto de un proceso de reflexión jurídica, que, seguramente, discurre en paralelo a la progresiva afirmación de la noción de *dominium*, a la singularización de las facultades subyacentes en cada relación, dando pie a la cristalización, hacia fines de la República, de unos *iura praediorum* descompuestos en dos clases diferentes de derechos: los *iura praediorum rusticorum* y los *iura praediorun urbanorum*, que parecen responder ya a una primigenia configuración como *iura in re aliena*[107]. La fase conclusiva de esta trasformación, habría venido determinada por la paulatina integración, culminada hacia las primeras décadas del Principado, de ambas formas de *iura praediorum* dentro de una nueva categoría única y general, la de las *servitutes praediorum*, que habría sido construida por la jurisprudencia a partir de la elaboración casuística de una serie de reglas y principios que, privilegiando la dimensión pasiva del sometimiento de un fundo a otro, las presentaría ya definitivamente perfiladas, por oposición al dominio, como derechos reales limitados en cosa ajena[108].

Esta misma ardua tarea jurisprudencial habría ido fijando con creciente precisión sus clases, la serie de requisitos necesarios para su existencia, sus caracteres, y sus modos de constitución, formas de extinción y medios de protección. Aspectos, todos ellos, ampliamente estudiados por los romanistas, de los que solo se efectuará aquí una sucinta alusión.

Como ya se ha apuntado, en el derecho romano clásico no se formula un concepto teórico general de servidumbre, debiendo ser abstraídos sus rasgos definitorios fundamentales del elenco, siempre abierto, de las distintas figuras específicas en las que se materializa, estando cada una de ellas dotada de un contenido concreto y arquetípico —aunque susceptible de adaptación a las diversas circunstancias concurrentes por acuerdo de las partes, *modus servitutis*[109]—,

---

[107] Ello sin perjuicio de que, de estar acertado el planteamiento de G. Franciosi, *Studi sulle servitù prediali,* Nápoles, Jovene, 1967, pp. 208-212, las primeras respuestas prácticas frente a esta novedosa situación pudiesen haber consistido en el recurso a acuerdos convencionales carentes de eficacia real, y dirigidos, únicamente, a asegurar que la relación se establecía entre fundos.

[108] F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), pp. 33-38.

[109] Este *modus servitutis*, que representa el elemento convencional y variable de la servidumbre, actuaría como una suerte de correctivo frente a la rigidez de los límites impuestos por la tipicidad. B. Biondi, *Le servitù prediali nel diritto romano. Corso di lezioni*, Milán, Giuffrè, reimpresión de la segunda edición, 1969, p. 51, e *Istituzioni* (7), pp. 291-292; G. Grosso, *Le servitù* (n. 106), p. 162 ; F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), p. 41.

que es el que confiere a las servidumbres el rasgo esencial de la tipicidad[110]. Veamos, pues, cuáles son los principales.

La clasificación fundamental de las servidumbres en este período es la que distingue entre las rústicas (*servitutes praediorum rusticorum*) y las urbanas (*servitutes praediorum urbanorum*). Sin embargo, las fuentes no aclaran cuál es el criterio de adscripción a una u otra categoría, aunque sí parece desprenderse que esta asignación no vendría determinada por la localización en el campo o la ciudad de unas u otras[111], ni por el carácter del fundo a cuyo favor se constituye o que la soporta, sino por su función y finalidad. Por tanto, la calificación como rústicas correspondería a aquellas que persiguen el disfrute económico o la mejora productiva de un fundo agrícola, y como urbanas a las que responden a necesidades propias de los núcleos habitados o buscan el provecho y la mejora de las condiciones de los edificios.

Dentro de las servidumbres rústicas hay, obviamente, que referirse a las cuatro más antiguas, las tres de paso y la de acueducto. Por lo que atañe a las de paso, con independencia de que la determinación exacta de su correspondiente contenido planteé algunos problemas[112], podemos afirmar que el *iter* comportaba, en inicio, adquirir la potestad sobre un sendero, probablemente de una amplitud de dos pies, o en todo caso siempre inferior a cuatro, y apto para el tránsito peatonal, aunque luego se le añadió la facultad del paso a caballo o en litera; mientras que el *actus*, de cuatro pies de anchura, servía para la conducción de animales o de ganado, y la *via*, concebida como una integración de los anteriores, otorgaba ocho pies en los tramos rectos y dieciséis en las curvas (D. 8.3.8), permitiendo la circulación de ganado y de vehículos, así como el transporte de materiales[113]. La servidumbre de *aquae ductus* consistía en el derecho de hacer discurrir agua viva —*perennis*[114]—

---

[110] G. Grosso, *L'evoluzione storica delle servitù nel diritto romano e il problema della tipicità*, Roma, Apollinaris, 1937. V. Arangio-Ruiz, «La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana», en *Il Foro Italiano,* 59 (1934), 49-64 (= *Scritti di diritto romano* I, Nápoles, Jovene, 1974, 483-515).

[111] Expresamente en D. 50.16.198: "(…) urbanorum praediorum non locus facit, sed materia". Aunque tampoco es desechable que en su primitivo origen este fuese el criterio de calificación. G. Grosso, *Le servitù* (n. 106), p. 167.

[112] Estudiadas en detalle por F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), pp. 43-55.

[113] Véase, V. Arangio-Ruiz, «Per la classificazione delle servitù di passagio», en *Studi in onore di Biagio Brugi,* Palermo, Gaipa, 1910, 245-265 (=*Scritti di diritto romano* II, Nápoles, Jovene, 1974, 301-319). L. Capogrossi Colognesi, *La struttura* (n. 106), II, pp. 117-195.

[114] Acerca la relación entre el agua viva y el agua *perennis* para la constitución de la servidumbre de aqueducto, L. Capogrossi Colognesi, *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1999, 83-89.

por un canal que atravesaba el fundo ajeno (D. 8.3.1 pr.), si bien por extensión jurisprudencial acabó incluyendo también el de hacerla derivar de ese mismo predio (D. 8.5.10.1). Con posterioridad, a estas primeras se unirán otras servidumbres que, sin disfrutar de la condición de *iura praediorum*, sí merecerán la consideración de rústicas. Son: la de saca de agua (*aquae haustus*), que comprendía el derecho de acceso hasta el manantial de donde se tomaba el líquido (D. 8.3.3); la de abrevadero (*pecoris ad aquam adpulsum)* y la de pasto (*pecoris pascendi*), que facultaban, respectivamente, para guiar el ganado hasta el agua y apacentarlo en una finca ajena, llevando ambas implícito el *actus* hasta el sitio de ubicación del agua o del pasto, y dependiendo su cualidad de predial de que el ganado fuese fruto, o no, del fundo dominante (D. 8.3.4); y las de extracción de greda (*cretae eximendae)* o arena (*arenae fodiendae*) y de cocción de cal (*calcis coquendae*), aunque solamente eran admitidas para atender a las necesidades básicas del fundo dominante, y no para usos industriales (D. 8.3.5.1); más dudas ofrece, por el contrario, la existencia autónoma de una servidumbre de vertido de aguas (*aquarun inmisio*), que implicaría la desactivación de los efectos de la *actio aquae pluviae arcendae*[115].

La aparición de las servidumbres urbanas viene ligada —como se ha adelantado— al importante desarrollo urbanístico experimentado con el final de las guerras púnicas, cuando la expansiva política exterior de la República se traduce en un sensible incremento demográfico y en la afluencia a la metrópoli de enormes flujos de capital que, entre otras consecuencias, disparan la actividad constructiva y alientan la especulación, dando lugar a problemas de habitabilidad y convivencia antes desconocidos, que demandarán novedosas soluciones jurídicas. Pues bien, aunque el derecho de edificar siempre se concibió en Roma con una gran amplitud de contenido, ya desde la etapa más arcaica se sintió la conveniencia de someterlo a ciertas limitaciones, como la —ya mencionada— establecida en la Ley de las XII Tablas, que imponía la creación de un espacio libre, *ambitus*, de, al menos, dos pies y medio, alrededor de cada casa, la *domus* de carácter unifamiliar, de un solo piso y normalmente cerrada a los cuatro lados con muros compactos y carente de vanos o teniéndolos proyectados hacia dentro. Asegurada, así, una separación no inferior a cinco pies entre los inmuebles, que evitaba las discordias derivadas de la excesiva proximidad, la ausencia de una regulación legal sobre la aper-

[115] Sostiene A. D'Ors, *Derecho Privado Romano* (n. 100), p. 257, nota 2, que cualquier *inmissio* de las reprimidas por esta acción podía convertirse en objeto de una servidumbre, aludiendo a su consideración tanto por el Edicto del Pretor como por la jurisprudencia. A lo que objeta F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), p. 59, nota 180, que ello no parece encajar con el principio de tipicidad de las servidumbres.

tura de huecos y ventanas, derivada del hecho de que toda la luz y la ventilación se recibían cenitalmente, a través del atrio, dejaba al propietario una completa libertad para abrirlos, lo mismo que al vecino para obturarlos o entorpecerlos edificando en el terreno propio (D. 8.2.9)[116]. Las diferentes circunstancias posteriores arriba descritas provocarían, sin embargo, una creciente escasez y carestía del suelo, conducente a un paulatino estrechamiento de la distancia entre los edificios, hasta el punto de abocar a la necesidad de buscar apoyos comunes en paredes medianeras[117]; y también a la generalización de una nueva forma de vivienda plurifamiliar, la *insula*, cada vez más elevada y arrimada a las edificaciones vecinas y dotada de balcones, saledizos y ventanas al exterior con el fin de aprovechar al máximo el reducido espacio interior[118]. Ello explicaría la imposición de sucesivas limitaciones legales referidas a la altura de los edificios —ya aludidas—, y de otras más generales, como la célebre dictada, a finales del siglo V, por Zenón para la ciudad de Constantinopla (C.I. 8.10.12), que luego Justiniano extendió a todas las ciudades del Imperio (C.I. 8.10.13), y que, entre otras medidas, fijaba una distancia mínima de doce pies entre los edificios de nueva construcción, aumentada hasta cien en el caso de que su alzada alcanzase el límite superior permitido, asimismo de cien pies, prohibía las edificaciones cuya cercanía impidiese las vistas al mar de las preexistentes, y señalaba algunas condiciones para la apertura de ventanas para luces.

La trascendencia de estos cambios, unida, probablemente, a la escasa observancia de tales reglas administrativas frente a los fuertes intereses económicos en juego[119], habría desembocado en un verdadero desorden urbanís-

---

[116] En frase de Ulpiano, no había acción posible contra quien al levantar su casa quitaba luces a las del vecino, al no deberla servidumbre. *Cfr*. B. Biondi, *Il diritto romano,* Bolonia, Cappelli, 1957, p. 380.

[117] Según P. Bonfante, *Istituzioni* (n. 7), p. 258, la división hereditaria y la intensificación del tráfico de los fundos, unidas a la aglomeración de gente en las ciudades, hicieron que el *iter limitare* se relevase insuficiente para la separación de los campos, al tiempo que el *ambitus* fue eliminado, adosándose las casas a un muro común, que estaría sujeto, en opinión de E. Moreno Trujillo, "El régimen jurídico de las luces y vistas en el Derecho común español. Límite y servidumbre", en *Revista de Derecho Privado,* 77/2 (1993), 131-173, p. 132, a un régimen de condominio. En igual sentido, F. Pastori, *Gli istituti* (n. 102), p. 350. Con anterioridad, E Levy, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property,* Filadelfia, Memoirs de of the American Philosophical Society, 29, 1951, p. 100, había hablado ya de su sujeción a un principio de comunidad. Postura seguida, entre otros, por B. Biondi, *Istituzioni* (n. 7), p. 270.

[118] Mientras que el modelo arcaico de vivienda sería el que encontramos en algunas famosas villas de Pompeya, esta otra variante arquitectónica tendría como ejemplo representativo el tipo de casa en altura, usualmente dedicada al alquiler, existente en el puerto de Ostia. U. E. Paoli, *Urbs. La vida en la Roma antigua*, 6ª ed. española, traducción de J. Farrán y Mayoral y Natividad Massanés, Barcelona, Iberia, 1990, pp. 66-67 y 70.

[119] G. Villén Salto, *Las limitaciones del dominio sobre luces y vistas. Tratamiento legal y convencional*. Granada, Comares, 2004, p. 8.

tico, que amén de propiciar graves problemas de hacinamiento, salubridad, higiene y seguridad, justificaría el surgimiento de diversas servidumbres encaminadas a paliar las numerosas dificultades y conflictos que la pérdida de independencia de las viviendas generaba. Servidumbres siempre pactadas que, atendiendo a los fines primordiales que persiguen, pueden agruparse en tres tipos:

A) Las dirigidas a proporcionar salida a las aguas propias, al no poder operar ya el sistema de recogida, *impluvium* y *compluvium*, del que disponían las antiguas casas unifamiliares. Se diferencian según que las aguas pluviales se viertan desde el tejado propio de modo natural, *servitus stillicidii* (D. 8.2.1 pr.), o mediante conductos o canalones, *servitus fluminis* (D. 8.2.1 pr.), o que consista en la evacuación de aguas residuales por tuberías en o a través del fundo sirviente, *servitus cloacae* (D. 8.1.7)[120].

B) Las que buscan resolver los problemas derivados de la existencia de paredes comunes. Son: las que permiten introducir y apoyar vigas en la construcción vecina, *servitus tigni immittendi* (D. 8.2.2), proyectar balcones, terrazas y saledizos, *servitus proiicendi protegendive* (D. 8.2.2), o avanzar tejados y cobertizos, *servitus rotegendi* (8.2.1 pr.); y la que concede el derecho de cargar una edificación sobre el muro o una columna de otro propietario, o sobre el muro medianero, *servitus oneris ferendi* (D. 8.5.6.2 y D. 8.2.23)[121].

C) Las encaminadas a garantizar la luz diurna y la ventilación y a facilitar o a impedir las vistas sobre el predio vecino. Se trata de la *servitus ne luminibus officiatur* (D. 8.2.4) *y* la *servitus ne propectui officiatur* (D. 8.2.3), para evitar, respectivamente, que se obstruyan con construcciones la luz y las vistas del fundo dominante; la *servitus altius non tollendi,* para impedir que en el fundo sirviente se edifique a más altura de la señalada (D. 8.2.2); y la *servitus luminus inmittendi*, que otorga al titular del predio dominante el derecho de abrir ventanas en la pared común o en la del fundo sirviente (D. 8.2.40).

Mucha menor repercusión tendrá otra clasificación reflejada en algunos textos tardíos, que distingue entre las servidumbres que afectan al suelo, *in solo*, y las que afectan a lo que está en superficie, *in superficie* (D. 8.1.3 y

---

[120] Interesa: E. Gómez Royo, *El régimen de las aguas en las relaciones de vecindad en Roma,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

[121] En este caso, sobre el propietario del fundo sirviente recae la obligación de reparar y de mantener el buen estado del muro, lo que constituye una excepción al principio de que la servidumbre no puede consistir en hacer algo. Sin embargo, Ulpiano aclarará que no supone una excepción, sino una consecuencia de la propia servidumbre: D. 8.5.6.2 y D. 8.5.8.2. Véase M. J. García Garrido, *Derecho Privado Romano* (n. 100), p. 235.

D. 8.2.20)[122]. Una diferencia que, conforme al principio que establecía que la superficie cede al suelo, resultaba inadmisible en el derecho clásico, y que solo cabe entender como una consecuencia de la tendencia a difuminarse de las fronteras entre la propiedad, el uso y la posesión que caracteriza al derecho postclásico[123]. También parece posible la constitución de una servidumbre *certo genere agrorum* (D. 8.3.13 pr.), limitada a un determinado género de cultivo del terreno[124].

La ausencia de un concepto genérico de servidumbre no impidió que los juristas romanos extrajesen interpretativamente, a partir de los diversos tipos admitidos, una serie de principios y reglas comunes, referidos tanto a los requisitos para su constitución, como a sus caracteres y a la forma de ejercer su titularidad. En cuanto al primer apartado, el de sus requisitos, eran generalmente aceptados los siguientes:

— La servidumbre debe proporcionar una utilidad objetiva al fundo dominante (D. 8.1.15 pr. y D. 8.3.5.1), cualquiera que sea su entidad[125], y no basarse en un interés puramente personal o circunstancial de su dueño (D. 8.1.8 pr.), por lo que están excluidas las hoy denominadas servidumbres industriales[126]. No es preciso que esa utilidad sea inmediata ni directa, bastando, incluso, que mejore la productividad o funcionalidad del fundo, si bien el cese de su finalidad propia comporta su extinción[127].

— Dicha utilidad debe ser permanente (D. 8.2.28)[128], expresándose con ello que la servidumbre debe atender a una situación de duración indefinida, que no puede estar sujeta a término final o condición resolutoria[129].

---

[122] De esta peculiar distinción se han ocupado, entre otros, B. Biondi, *Le servitù* (n. 109), pp. 213-219 y G. Grosso, *Le servitù* (n. 106), pp. 173-174.

[123] M. J. García Garrido, *Derecho Privado Romano* (n. 100), p. 229. Sobre su significado, apunta F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), p. 43, que es posible que se refiera a la existencia de unas servidumbres cuyo ejercicio se circunscribe al suelo y otras vinculadas exclusivamente a la superficie, que serían fundamentalmente las urbanas.

[124] B. Biondi, *Istituzioni* (n. 7), p. 293.

[125] Por ello, se admite que pueda consistir en un incremento de la amenidad o de la comodidad del fundo (D. 8.2.15). B. Biondi, *Istituzioni* (n. 7), p. 297.

[126] Por ejemplo, no se puede vender el agua objeto de la servidumbre para regar otras fincas distintas de la dominante. Véase. A. D'Ors, *Derecho Privado Romano* (n. 100), p. 253, nota 4.

[127] Así lo afirma F. Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano*, 5ª ed. Madrid, Universidad de Madrid, 1989, p. 194.

[128] El requisito de la perpetuidad era exclusivo de las servidumbre basadas en la utilización de agua, si bien una interpolación del citado texto del Digesto, "omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent", hizo extensible esta condición al resto de las servidumbres. B. Biondi, *Le servitù* (n. 109), pp. 182-186. G. Grosso, *Le servitù* (n. 106), pp. 112-115. A. D'Ors, *Derecho Privado Romano* (n. 100), p. 253, nota 3.

[129] Advierte F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), p. 65, que, sin embargo, este principio fue atenuado en el derecho honorario, al concederse una *exceptio pacti vel doli* si, establecidos un término o una condición, se vindicaba la servidumbre *contra placita* (D. 8.1.4 pr.).

— Los fundos deben ser vecinos (D. 8.3.5.1 y D. 8.3.7.1), aunque, dependiendo del tipo de servidumbre, no es imprescindible que sean contiguos[130], pero sí que topográficamente se hallen lo suficientemente próximos para que la servidumbre sea posible. El requisito de la vecindad hay que entenderlo, por lo tanto, subordinado al criterio de la posibilidad de la realización de la servidumbre[131].

— No se puede constituir servidumbre sobre la cosa propia (D. 8.2.26), de conformidad con el principio *nulli res sua servit,* válido para todos los derechos reales en cosa ajena, ya que en caso contrario se extinguiría por confusión; es, por tanto, indispensable que el fundo dominante y el sirviente pertenezcan a distintos propietarios. Tampoco puede crearse a favor de una *res extra commercium* (D. 8.1.14.2)[132], o en beneficio o a cargo de un fundo que tenga la condición de *res nullius*[133].

— Tratándose de un derecho real y no personal, el contenido de la carga que soporta el fundo sirviente debe ser negativo, consistiendo en tolerar las inmisiones del otro, servidumbres positivas, o en cumplir su prohibición de hacer algo, servidumbres negativas, pero nunca en realizar alguna actividad (*servitus in faciendo consistere nequit*, D. 8.1.15.1)[134]. La excepción a esta regla viene determinada por el deber que recae sobre el propietario del predio sometido a una servidumbre *oneris ferendi* de mantener en buen estado o reparar a su propia costa el muro o la columna sobre el que se apoya el dominante (D. 8.5.6.2), pero esto debe entenderse como una consecuencia par-

---

[130] No se concibe que exista separación entre los fundos en servidumbres como, por ejemplo, la de apoyo de viga o la de vertido de agua pluvial. Entre los textos que admiten que no exista esa contigüidad, podemos citar el de Paulo: D. 8.2.1 pr., donde se afirma que no impide la servidumbre de paso ni las de levantar la altura de un edificio el que entre los fundos medie suelo público o una vía pública; y lo mismo es válido para un río vadeable, un puente o un edificio intermedio (D. 8.5.5). Por el contrario, en D. 8.3.7.1, este mismo autor niega la posibilidad de crear una servidumbre rústica cuando exista un predio intermedio no gravado con la misma.

[131] Segun B. Biondi, *Istituzioni* (n. 7), p. 299, en realidad el requisito de la vecindad se reconduce al requisito de la posibilidad, ya que por su indeterminación carece de valor jurídico. En igual línea, A. Guarino, *Diritto privato romano* (n. 103), p. 708.

[132] Como excepción, F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), p. 65, menciona el *iter ad sepulchrum*, que, sin embargo, la mayoría de los autores considera, no una servidumbre, sino una limitación.

[133] Sí es posible, por el contrario, que esta condición devenga posteriormente como resultado de una *derelectio*, permitiéndose en este supuesto la pervivencia de la servidumbre. B. Biondi, *Le servitù* (n. 109), pp. 109-110. G. Grosso, *Le servitù* (n. 106), pp. 91-93. F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), p. 65.

[134] Lo ejemplifica P. Bonfante, *Istituzioni* (n. 7), p. 267, diciendo que la servidumbre no puede obligar al propietario del fundo sirviente a limpiar la fachada de su edificio o a cultivar un jardín en su terreno para ofrecer una vista más amena. Pues si este propietario fuese obligado a actuar activamente en beneficio de otro, no estariamos ante un derecho sobre las cosas, sino sobre las personas, esto es, ante un derecho de obligación.

ticular y accesoria del ejercicio de la servidumbre, que no altera la naturaleza de la misma[135].

— Requisitos específicos de la servidumbre de acueducto son la *perennitas* del agua, esto es, que fluya de forma continuada y por tiempo ilimitado (D. 43.20.1.5), y de esta misma y de la de *aquae haustus* que se constituya desde el punto desde donde el agua mana (D. 8.3.9 y D. 43.20.1.7)[136].

En cuanto a sus caracteres, tres son, básicamente, los que presenta toda servidumbre:

— La servidumbre es inseparable del fundo dominante[137], por lo que su destino no se supedita a los eventuales cambios en la titularidad de éste (D. 8.4.12)[138]. Esta vinculación determina, también, que la ventaja que la servidumbre proporciona no pueda desviarse hacia un uso extraño al predio dominante o a favor de otro fundo distinto.

— Como consecuencia directa de esa inherencia e inseparabilidad al predio dominante, no puede transmitirse como un derecho independiente de éste, ni retenerse después de la enajenación del mismo (D. 33.2.1 intp: *servitus servitutis esse no potest*)[139].

— Se trata de "derechos esencialmente solidarios e indivisibles"[140]. De este principio incuestionable, arraigado en la consideración de la servidum-

---

[135] B. Biondi, *Istituzioni* (n. 7), p. 296; V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni* (n. 101), p. 236; M. Talamanca, *Istituzioni* (n. 6), pp. 458-459. J. Iglesias, *Derecho romano* (n. 12), pp. 206-207. F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), p. 66. En la servidumbre *tigni inmittendi* no se da, en cambio, esta obligación de mantenimiento, ya que consiste en tolerar la invasión de la viga, pero no en sostenerla. A. D'Ors, *Derecho Privado Romano* (n. 100), p. 254, nota 1.

[136] Aunque D. 8.3.9 menciona el *aquae haustus*, parece que esta regla no se aplicó ni a esta servidumbre ni a la de *pecoris ad aquam adpulsus*. L. Capogrossi Colognesi, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, Milán, Giuffrè, 1966, p. 107. Citado por F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), p. 66.

[137] Principio ligado a la concepción de la existencia de la servidumbre como una cualidad intrínseca del fundo, que Celso equiparaba a la *bonitas*, la *salubritas* o la *amplitudo* del mismo (D. 50.18.86). F. Pastori, *Gli istituti romanistici* (n. 102), p. 373. G. Pugliese, *Istituzioni* (n. 5), p. 524.

[138] D. 8.4.12 lo aplicaba a las ventas, pero J. Iglesias, *Derecho romano* (n. 12), p. 206, señala que la mudanza de los titulares por sucesión universal o particular no afecta a su existencia.

[139] Así, no puede ser objeto de comodato (D. 8.3.24), *locatio* (D. 19.2.44), usufructo (D. 8.3.33.1; D. 3.2.1), ni pignoración (D. 20.1.11.3 y D. 20.1.12), si bien en el derecho justinianeo se admitieron el usufructo (D. 33.22.1) y la prenda (D. 20. 1.11.3) respecto a las cuatro rústicas más antiguas; tampoco se puede dar en arriendo (D. 19.2.44), ni legarla por separado (D. 33.2.1). Vd. J. Iglesias, *Derecho romano* (n. 12), p. 207, nota 15; F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), p. 67 y nota 237; A. Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano* (n. 18), p. 623

[140] A. D'Ors, *Derecho Privado Romano* (n. 100), p. 254.

bre como cualidad del fundo, se derivan variados e importantes efectos[141]: las servidumbres no pueden constituirse ni a favor ni a cargo de una cuota de copropiedad de cualquiera de los predios implicados (D. 8.1.8.1; D. 8.3.32), como tampoco puede adquirirse (D. 8.4.5) ni contraerse por un único copropietario (D. 8.3.34)[142]; consecuentemente, tampoco es admisible la extinción parcial, de modo que la adquisición por el propietario del fundo dominante de una parte del predio sirviente, o a la inversa, no provoca su desaparición por confusión (D. 8.1.8.1; D. 8.3.27), ni cabe la renuncia *pro parte* (D. 8. 3.34), bastando, también, su utilización por uno solo de los copropietarios para evitar la extinción por el no uso (D. 8.6.5; D. 86.6 pr.); cuando un fundo disfruta de una servidumbre sobre varios fundos sirvientes, la servidumbre es única y no se pierde aunque solamente se materialice sobre uno de ellos (D. 8.3.18); la servidumbre subsiste íntegra, a pesar de que se dividan el predio sirviente o el dominante (D. 8.3.23.3)[143]; cuando la servidumbre es objeto de legado los herederos se obligan por el todo *in solidum* (D. 35.2.80.1)*;* el ejercicio de la acción confesoria por uno de los copropietarios del fundo dominante beneficia a todos los demás, pudiendo dirigirse también contra cualquiera de los copropietarios del fundo sirviente (D. 8.5.4.3; D. 8.5.4.4). La indivisibilidad es, empero, compatible con una limitación temporal permanente, como puede ser una determinada estación o una fase del día.

Finalmente, respecto al ejercicio de la servidumbre por parte del propietario del fundo dominante, se exige que lo haga de la forma menos lesiva para el predio sirviente (D. 8.1.9), de cuyo titular, a su vez, se reclama que lo permita, tolerando incluso el uso de alguna facultad no comprendida en la servidumbre, pero indispensable para su realización[144]. Para ello es importante fijar el contenido exacto de la servidumbre y el lugar del fundo sirviente que queda directamente afectado, asumiéndose, en defecto de esta determinación, que resulta enteramente gravado.

---

[141] En este punto sigo, principalmente, a A. D'Ors (véase nota anterior) y F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), pp. 67-69.

[142] Lo que sí se admite, al menos en el derecho justinianeo, pues la cuestión no es pacífica entre la doctrina, es que los actos constitutivos de los copropietarios sean sucesivos y no simultáneos (D. 8.4.18). Véase, F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), p. 68 y nota 243.

[143] Sin embargo, la situación varía dependiendo de las situaciones: si el dividido es el fundo dominante, la servidumbre no permanece a favor de cada uno de los resultantes; pero si el que se fragmenta es el predio sirviente, en el caso de las servidumbres de paso dependerá de que la división se realice a lo largo o a lo ancho para que la superficie del predio se considere afectada de manera total o parcial (D. 8.6.6.1a). F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), p. 69.

[144] Por ejemplo, en la servidumbre de *aquae ductus* debe consentir la colocación de tubos para la derivación del agua o, en general, cualquier otra obra precisa para lograr la efectividad de la misma. B. Biondi, *Istituzioni* (n. 7), p. 304.

Estando la potestad de constituir una servidumbre reservada a los propietarios de los predios que pasan a convertirse en sirviente y dominante (D. 8.4.8)[145], en el derecho clásico se admite una amplia variedad de formas constitutivas. Así, en los fundos situados en suelo itálico, que, por tanto, solamente son susceptibles de ser objeto de propiedad por parte de los *cives romani*, puede realizarse por las siguientes vías: por *mancipatio*, en las cuatro antiguas servidumbres rústicas, y por *in iure cessio* ante el Pretor, en las restantes; por reserva pactada de la servidumbre, *deductio servitutis*, al efectuarse la enajenación de un inmueble, *inter vivos* o *mortis causa*, a través de uno de los dos mecanismos anteriores y a favor o a cargo de otro fundo que el transmitente retiene como suyo[146]; mediante legado, que cuando es vindicatorio, *per vindicationem,* atribuye la servidumbre directamente al legatario desde el momento en que acepta la herencia (D. 33.3.1), mientras que cuando es damnatorio, *per damnationem*, únicamente impone a éste la obligación de constituirla (D. 8.4.16); por adjudicación judicial en juicios divisorios de partición de la herencia, *actio familiae erciscundae* (D. 10.2.22.3), o de división de la cosa común, *actio communi dividundo* (D. 10.3.7.1); por usucapión por el ejercicio continuado durante dos años en las cuatro primitivas servidumbres rústicas, hasta que la *Lex Scribonia*, de fecha incierta[147], lo prohibió (D. 41.3.4.28), según algunos autores como resultado de la sustitución de su condición de *usus*, que implicaría el despliegue de un poder o pertenencia, por la de simple *possessio*, y por su nueva concepción, ya no como *res mancipi*, sino como *res incorporales*, aunque con la posible concurrencia también, en opinión de otros romanistas, de distintas razones prácticas[148]. En los fundos provinciales, por el contrario, al ser objeto de propiedad pretoria, no cabe la aplicación de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*, por lo que se recurre

[145] Esta facultad le estaba vedada al usufructuario (D. 7.1.5.7), y al poseedor tutelado por una *actio publicana*, si bien ambas posibilidades fueron admitidas por el derecho honorario. B. Biondi, *Le servitù* (n. 109), p. 231.

[146] En realidad, la reserva se expresa como *excipere servitutem* (D. 8.4.7 pr.), *recipere servitutem* (D. 8.4.5) o *detrahere servitutem* (D. 7.1.36.1), mientras que *deducere servitutem* alude a la constitución de dicha servidumbre. En el derecho justinianeo se habla de *deductio* en alusión a la *traditio*, por haber sustituido ésta a la *mancipatio* y a la *in iure cesio* (D. 8.2.34; D. 8.3.33). J. Iglesias, *Derecho romano* (n. 12), p. 209, nota 25.

[147] Es seguro que se data en la época republicana, aunque lo más probable es que sea de mediados del siglo I a. C., dado que en el año 50 a. C. está atestiguada la existencia de un Scribonius Curio como tribuno de la plebe, y no hay que olvidar que se trata de un plebiscito.

[148] Se inclina por la primera explicación J. Iglesias, *Derecho romano* (n. 12), p. 210. Por el contrario, A. D'Ors, *Derecho Privado Romano* (n. 100), p. 259, nota 1, sostiene que parece evidente que esta decisión no pudo estar motivada por la aparición de una doctrina de los *iura praediorum* como cosas "incorporales", sino por la necesidad de evitar que se constituyerán fácilmente gravámenes nacidos del descuido o la ausencia de los propietarios. En su misma línea, M. J. García Garrido, *Derecho Privado Romano* (n. 100), p. 238. Opta por la posibilidad de la convergencia de ambos factores F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres* (n. 100), p. 72.

a convenios escritos reforzados por estipulaciones, *pactiones et stipulationes*, de los que ha sido muy discutida si su eficacia es real u obligacional[149].

Este esquema conoce, sin embargo, sensibles modificaciones en el derecho postclásico y, sobre todo, en el justinianeo. Por un lado, desaparecidas la *mancipatio* y la *in iure cessio*, así como la distinción entre los fundos itálicos y los provinciales, la *pactio atque stipulatio* se convierte en el modo más habitual de constitución, bastando para ello la existencia de una justa causa, aunque también perviven la *adjudicatio*, la *deductio* y el legado. Además, se admiten fórmulas nuevas como la *traditio et patientia*, es decir, una suerte de *quasi-traditio*, que se sustancia cuando el titular de un predio consiente la efectividad de su sometimiento a una servidumbre, absteniéndose conscientemente de oponerse a esta inmisión[150]; o como su consolidación por el ejercicio por un tiempo inmemorial, *deturnus usus* o *vetustas*, que es protegida por el pretor y, al parecer, no requería una causa justa o un plazo determinado[151]. El oscurecimiento de la distinción entre el uso y la posesión llevó, por otra parte, a la aceptación de una *quasi-possessio* de las servidumbres y, en consecuencia, al reconocimiento por Justiniano de la adquisición por prescripción conforme a los plazos de la *longi temporis praescriptio* vigentes en materia de inmuebles; es decir, por la posesión de diez años entre presentes y

---

[149] La primera postura ha sido defendida, entre otros, por B. Biondi, *Le servitù* (n. 109), pp. 248-256 y G. Grosso, *Le servitù* (n. 106), pp. 193-202. Por su parte, A. D'Ors, *Derecho Privado Romano* (n. 100), p. 260, nota 4, apunta que el pacto podía tener un efecto real, pero negativo (mediante una excepción contra la acción negativa) y la *stipulatio* un efecto positivo, pero obligacional (*actio ex stipulatio*), complementándose ambos. La eficacia puramente obligacional la ha defendido S. Solazzi, *Requisiti e modi di costituzioni delle servitù prediali,* Nápoles, Jovene, 1947, pp. 109-124. J. Iglesias, *Derecho romano* (n. 12), p. 210, aduce diversas consideraciones que inducen a optar por esta opinión, defendida, por ejemplo, por A. Guarino, *Diritto privato romano* (n. 103), p. 716. Sin pronunciarse sobre el conjunto de la formula, F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), pp. 72-73 y nota 273, subraya el carácter estrictamente obligacional de las *stipulationes*. En una posición ecléctica, F. Betancourt, *Derecho romano clásico,* 3ª ed. revisada y aumentada, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2007, p 352, sostiene que el pacto podía tener un efecto real, pero negativo, a través de la *exceptio* contra la accción negatoria, y la *stipulatio* un efecto personal, pero positivo, a través de la *actio ex stipulatio* con carácter transmisible.

[150] D. 6.2.11.1; D. 7.1.3 pr.; D. 8.1.20; D. 8.3.1.2. Véase B. Biondi, *Le servitù* (n.109), p. 266; G. Grosso, *Le servitù* (n. 106), pp. 208-209. Según V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni* (n. 101), p. 244, debe existir una declaración documentada de la voluntad de soportar la servidumbre, lo que le lleva a encontrar en esta solución un paralelismo con la *traditio ficta* justinianea.

[151] Para J. Iglesias, *Derecho romano* (n. 12), p. 211, en esta figura sobrevive un principio ya vigente en el período clásico, al menos en las servidumbres *aquae ductus* y *altius non tollendi* (D. 8.2.11 pr.; D. 39.3.26; D. 39.3.1.23), cuya constitución según esta forma se defendía mediante una *actio utilis*. Por el contrario, F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), p. 72, nota 271, sostiene que en la época clásica la *vetustas* no representaba nada más que una presunción de carácter probatorio sobre la existencia de una servidumbre, alegando que los textos que parecen darla eficacia están interpolados, y que únicamente reflejan las transformaciones justinianeas que llevaron a la admisión de la *longi temporis prescriptio*.

de veinte años entre ausentes (CI. 3.34.13)[152]. E, incluso, se contempló su constitución tácita, basada en la presunción de la voluntad del testador de transformar en servidumbres los servicios existentes entre sus propios predios al realizar la distribución testamentaria de los mismos a favor de distintos herederos o legatarios, con lo que aquéllos pasaban a pertenecer a diferentes propietarios; es la modalidad que actualmente se denomina "destinación del padre de familia"[153].

Las causas de extinción de las servidumbres prediales[154] pueden ser subjetivas, objetivas o temporales. Corresponden a las primeras: la confusión, que se produce cuando la propiedad de los fundos dominante y sirviente viene a coincidir enteramente en la misma persona (D. 8.6.1); y la renuncia del titular, *remissio servitutis*, que es canalizada mediante una *in iure cesio* enmarcada dentro de un proceso iniciado por una acción negatoria ficticia del propietario del predio sirviente (D. 8.2.21; D. 8.1.6.9), si bien en el derecho justinianeo se admite como válida cualquier otra forma[155]. Son objetivas las derivadas de modificaciones sustanciales que provoquen la imposibilidad física o jurídica de la realización de la servidumbre, como son la destrucción o inundación permanente de cualquiera de ambos predios o la demolición, en las urbanas, de alguno de los edificios implicados (D. 8.2.31), salvo que se proceda, en el caso del dominante, a su reconstrucción en idéntica *specie et qualitate* (D. 8.2.20.2); y también la conversión del fundo sirviente, o de una parte del mismo, en lugar público o en *res extra commercium* (D. 7.4.22)[156]. Sin embargo, el cambio de las condiciones naturales del fundo que impida el ejercicio de la servidumbre deja ésta en una suerte de reposo, que da pie a la extinción por el no uso si, restablecida la primitiva situación, la falta de ejercicio persistiese hasta cumplirse

---

[152] La prescripción se limitaba a las servidumbres rústicas positivas: CI. 7.33.12.4. A. D'Ors, *Derecho Privado Romano* (n. 100), p. 260, apoya la vigencia de su aplicación en el período postclásico en CI. 3.34.1 y CI. 3.34.2.

[153] El texto que, principalmente, sirvió de base a los juristas medievales para identificar la existencia de esta peculiar modalidad fue D. 33.3.1, de Juliano. Véase, J. Bonet Correa-Calderón, «Sobre la supuesta constitución tácita de las servidumbres en las fuentes jurídicas romanas», en *AHDE,* 19 (1948-1949), 304-346, y M. G. Zoz, *La costituzione tacita delle servitù nell'esperienza giuridica romana*, Milán, Giuffrè, 2001.

[154] Una visión general, puesta en relación con su actual regulación en el Código civil, en C. García Vázquez, "Breves consideraciones sobre la extinción de las servidumbres prediales", en R. López-Rosa y F. Del Pino-Toscano (eds.), *El derecho de familia* (n. 28), 407-431.

[155] La renuncia se entiende tácita cuando al propietario del fundo sirviente se le toleran actuaciones que son contrarias a la existencia de la servidumbre (D. 8.6.8 pr.).

[156] Por el contrario, la servidumbre subsiste cuando el fundo dominante deviene en espacio público o religioso (D. 8.1.14.1). La reconstitución legal de las servidumbres extinguidas por estas causas puede darse en ciertos supuestos. Por ejemplo, cuando un río que invade permanentemente un predio después se retira otra vez (D 7.4.24.1). A. D'Ors, *Derecho Privado Romano* (n. 100), p. 261, nota 3. Otros casos en B. Biondi, *Istituzioni* (n. 7), p. 309, nota 54. *Cf.* F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), p. 74 y nota 283.

el término legal de la prescripción (D. 8.6.14 pr.)[157]. Finalmente, el factor temporal actúa por el *non usus* continuado durante dos años en las servidumbres rústicas (Paulo, *Sententiae,* 1.17.1-2)[158], pero en el caso de las servidumbres urbanas se exige, además, la *usucapio libertatis*, es decir, un comportamiento contrario a la existencia de la servidumbre por parte del dueño del fundo sirviente y que no tropiece con la oposición del propietario del fundo dominante (D. 8.2.6; D. 8.5.6 pr.); con Justiniano este plazo se ampliará a diez años entre los presentes y a veinte años entre los ausentes (CI. 3.34.13).

Para la protección de las servidumbres operan, finalmente, diversos instrumentos. El propietario del fundo dominante[159] dispone de la *vindicatio servitutis* (D. 8.5; D. 39.1.9), también llamada, después del período clásico, *actio confessoria* (D. 8.5.2 pr.), por oposición a la *actio negatoria* que asiste a aquél que persigue afirmar la libertad del fundo frente a quien sostenga su sujeción a gravamen[160]. Modelada a semejanza de la *rei vindicatio*, esta acción puede dirigirse contra el titular o contra cualquiera de los copropietarios *in solidum* del fundo sirviente[161] —y más tarde, también

---

[157] Esta es la lectura que de este texto hace F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), p. 74, con apoyo en B. Biondi, *Le servitù* (n. 109), p. 325 e *Istituzioni di diritto romano* (n. 7), p. 308, y G. Grosso, *Le servitù* (n. 106), p. 261, pero difiere de la de J. Iglesias, *Derecho romano* (n. 12), p. 211, que interpreta que, dadas estas circunstancias, la servidumbre se extingue por el no uso, a no ser que la vieja situación se restaure antes de la expiración de dicho término legal. Igualmente, A. Guarino, *Diritto privato romano* (n. 103), p. 723.

[158] En las servidumbres que consisten en una inmisión (positivas), la falta de ejercicio se manifiesta en la cesación por parte del dueño del fundo dominante de toda actividad invasiva en el sirviente. En las que estriban en una prohibición de hacer algo (negativas) el plazo comienza a correr cuando en el predio sirviente se realiza cualquier innovación que sea contraria al contenido de la servidumbre sin que el titular de la misma interponga su *ius prohibendi*. A. Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano* (n. 18), pp. 635-636.

[159] D. 8.5.2: "*haec autem im rem actio confessoria nulli alio quam domino fundi competit"*. Sin embargo, en el derecho justinianeo la acción se concede, también, con carácter de *utilis*, al usufructuario (D. 39.1.2), al titular de un derecho *in agro vectigal* (D. 8.1.16), al acreedor pignoraticio (D. 39.1.9), al enfiteuta y al superficiario (D. 43.18.1.9).

[160] Véase, V. Arangio-Ruiz, «Sulle azioni confessorie e negatorie. Appunti», en *Scritti di Storia di Filologia e d'Arte per le nozze Fedele-De Fabritiis,* Nápoles, Riccardo Ricciardi, 1908, 147-166 (= *Scritti di diritto romano* II, Nápoles, Jovene, 1974, 113-134). P. Segre, «La denominazione d'actio confesoria per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù», en *Mélanges P. F. Girard*, París, Arthur Rousseau, 1912, 511 ss. A. Pezzana, «Azione confessoria e negatoria (Diritto Romano)», en *Enciclopedia del diritto*, t. IV, Milán, 1959, 838-842. Una sintética remisión iushistórica en J. Solé Resina, *La acción confesoria de servidumbre. Configuración y régimen jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 9-12, y en R. Evangelio Llorca, *La acción negatoria* (n. 25), pp. 123-128. Con perspectiva bastante más amplia, aborda la cuestión C. Lázaro Guillamón, *La acción negatoria. Cómo impedir que un inmueble aproveche indebidamente a otro*. Valencia, Tirant lo Blanch, 207, pp. 25-134 para las fuentes jurídicas romanas y el *ius commune*, y pp. 135-158 para el derecho histórico valenciano.

[161] "*Domino et adversus dominum*" (D. 8. 5.6.3); "*nulli alii quam domino fundi competit*" (D. 8.5.2.1).

contra el poseedor o contra todo tercero que dificultase o impidiese el ejercicio de la servidumbre (D. 8.5.10.1)—, para reclamar el restablecimiento de la condición legítima de la misma y el resarcimiento pecuniario de los daños (D. 8.5.4.2), resultando controvertida la cuestión de si la condena podría ser evitada mediante la prestación de una caución de *non amplius turbando*[162]. Asimismo, el actor puede recurrir a una variada gama de interdictos destinados a proteger el ejercicio efectivo de algunas servidumbres, o de algunas de las facultades que éste lleva implícitas, frente a quien lo obstaculiza, si bien no presuponen la existencia de la servidumbre, por lo que, al atender solamente a la relación que media entre dos fundos, pueden favorecer a quien no sea titular de una de ellas[163]. En el Edicto figuran los *de itinere actuque privato, de itinere actuque reficiendo*, *de aqua cottidiana, de aqua aestiva*, *de rivis*, *de fonte*, *de fonte reficiendo* y *de cloacis*[164]. Por el contrario, no cabe recurrir al interdicto *uti possidetis*, debido a que la servidumbre consiste en un uso y no en una *possesio*[165]. Particular interés tiene, por último el interdicto restitutorio conocido como *demolitorium*, que se interpone para conseguir la interrupción de las obras iniciadas en el predio vecino que perturbasen la integridad de un derecho de servidumbre[166].

---

[162] Así lo han interpretado B. Biondi, *Le servitù* (n. 109), p. 354-355, G. Grosso, *Le servitù* (n. 106), pp. 295-296, A. D'Ors, *Derecho Privado Romano* (n. 100), p. 258, que añade que esta misma caución es exigida por el Pretor a quien no se defiende frente a la *vindicatio*, para que no se impida el uso de la servidumbre en tanto que no se ejercite la acción negatoria y ésta se declare inexistente, F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), p. 76 y A. Fernández Barreiro y J. Paricio, *Fundamentos de derecho patrimonial romano*. Madrid, Ramón Areces, 1991, p. 282. Por el contrario, J. Iglesias, *Derecho romano* (n. 12), p. 212, nota 50, sostiene que no encuentra confirmación en las fuentes (D. 8.5.12 y D. 8.5.7), pues éstas se refieren a la acción negatoria, lo que, curiosamente, también concede B. Biondi, *Le servitù* (n. 107), p. 393.

[163] M. Kaser, *Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt. Das Altrömische, das Vorklassische und Klassische Recht*, Münich, C. H: Beck'sche, 1971, p. 447. Citado por F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), p. 76, que añade que estos interdictos contienen la cláusula de posesión viciosa *nec vi nec clam nec precario*.

[164] El interdicto de *itinere actuque privato* (D. 43.19.1 pr.) protege al que durante el año precedente ha ejercido un derecho de paso por un fundo ajeno, y el de *itinere actuque reficiendo* (D. 43.19.3.11) agrega al anterior el derecho de reparación del paso; el de *aqua cottidiana* (D. 43.20.1 pr.) y el de *aqua aestiva* (D. 43.20.1.29), benefician al que ha conducido agua permanentemente o en el período estival durante el año precedente; el de *rivis* (D. 43.21.1 pr.) se concede a quien ha conducido agua durante el año o el verano anterior frente a quien impide la limpieza o reparación del canal por el que discurre; el de *fonte* (D. 43.22.1 pr.) y el de *fonte reficiendo* (D. 43.22.1.6) pueden ser utilizados por quien ha disfrutado durante el último año de las servidumbres *aquae haustus* y *pecoris ad aquam adpulsus;* el de *cloacis* (D. 43.23.1 pr.) ampara la limpieza de las cloacas privadas.

[165] A. D'Ors, *Derecho Privado Romano* (n. 100), p. 258.

[166] Para activarlo, el demandante debía haber presentado previamente contra el constructor una denuncia, *novi operis nuntiatio,* ante el Pretor, quien, si aceptase ésta, exigirá al demandado que dé caución de indemnizar al demandante en el caso de ser vencido en una *vindicatio*, debiéndose esperar al resultado de la misma, salvo que aquél se negase a prestar dicha caución,

Todo este entramado jurídico tejido en torno a la institución de las servidumbres, que se presenta ya perfectamente articulado en el derecho clásico, habría entrado —como hemos avanzado— en una honda crisis durante el período postclásico, víctima, principalmente, de los embates de un fenómeno de vulgarización, que hay que asociar a un, a la postre, infructuoso intento de adecuación a las necesidades prácticas generadas por el encogimiento económico y la progresiva desintegración social y cultural que traspasan el Bajo Imperio. Un dramático cambio de rumbo, que trae consigo un acusado declive de la jurisprudencia, que, a su vez, contribuye, no poco, a la enorme magnitud de otros efectos, entre los que cobra especial trascendencia la tendencia a un paulatino desdibujamiento y simplificación de los conceptos y de los términos jurídicos. Así, la nueva situación se caracteriza por una creciente confusión entre las nociones de propiedad y posesión, entre la propiedad y los demás derechos reales, que pierden mucha presencia en la legislación de la época, y entre los actos con eficacia real y los actos con eficacia obligatoria, con la consiguiente difuminación de las diferencias entre las *actiones in rem* y las *actiones in personam*. Lo que en el terreno de las servidumbres se manifiesta en una fuerte propensión a considerar como tales lo que son meras limitaciones de dominio, o en la incorporación a su categoría de otros tipos de derechos reales limitados definidos en función de un beneficio e interés personal, como son el usufructo, el uso, la habitación y las *operae servorum*. Además, se traduce en una acentuada pérdida de rigor técnico, que lleva a la indistinción entre las diversas clases de servidumbres y a una reducción de sus formas constitutivas, entre las que, sin embargo, empiezan a ser admitidas otras vías de origen legal, ganando, también, una particular importancia las *pactiones et stipulationes*. Y con la consecuencia última, de extraordinarias repercusiones en nuestro ámbito cronólogico de primordial atención, de una verdadera desaparición de la propia figura de la *servitus*[167].

---

concediendo entonces el Pretor el interdicto, obligando al denunciado a demoler la obra, y amparando al denunciante que impidiese su prosecución frente al interdicto *uti posidetis* planteado por el constructor. A. D'Ors, *Derecho Privado Romano* (n. 100), pp. 258-259. Sobre este procedimiento, J. Paricio, *La denuncia de obra nueva en el derecho romano clásico,* Barcelona, Bosch, 1982.

[167] Véase F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), pp. 77-85 y 256-257, que tomando en cuenta los elementos que componen este nuevo escenario, aventura la hipótesis de una vuelta a la configuración arcaica de las servidumbres en términos de pertenencia, la cual habría perdurado hasta que la Recepción viniese a rescatar las viejas categorías romanas.

B) Evolución posterior: legislación visigoda y prácticas jurídicas altomedievales

El conocimiento que tenemos acerca de la regulación dispensada a las servidumbres prediales en la legislación visigoda se lo debemos a F. L. Pacheco, a quien, muy sucintamente, sigo en este punto[168]. Acorde con su imbricación en una tradición jurídica tardorromana ya impregnada de vulgarismo, y a tenor de lo que transmiten sus grandes cuerpos legales, cabe afirmar que su desarrollo autónomo habría evolucionado en un doble sentido: por un lado, ahondando en la deriva de desvirtuación y desintegración característica de los *iura* postclásicos, que se refleja en el Breviario de Alarico; y por otro, como sucede en el Código de Eurico y el *Liber Iudiciorum*, prescindiendo no solamente del término, sino también de la propia configuración de la servidumbre como institución, lo que, obviamente, no puede significar la desaparición de unos problemas y unas necesidades asociados a las relaciones vecinales, cuya solución podemos presumir, sin embargo, reconducida a través de unas vías y unas fórmulas distintas a las proporcionadas por las servidumbres[169].

Entrando en mayor detalle, mientras que su ausencia en el código euriciano podría responder, a juicio de este autor, a que la finalidad primordial de este cuerpo legislativo habría consistido en recoger el derecho de la práctica, dejando al margen diversas instituciones ya ampliamente tratadas en las *leges* y los *iura*, su incorporación en el Breviario de Alarico ofrece ciertos signos de regresión, que se antojan muy significativos. Los más destacados: la aparición de algunas novedades terminológicas que evidencian un cambio en la comprensión de la naturaleza de las servidumbres, como, por ejemplo, el empleo de la palabra *usus* para expresar la relación establecida en su virtud, lo que conecta con la tendencia vulgarizante a confundir el propio derecho con su ejercicio; la pérdida de rigor técnico en la designación de las diferentes clases de servidumbres y la manifiesta falta de concreción y precisión respecto a su contenido; la reducción de los modos constitutivos al del transcurso del tiempo, y su aplicación a dos únicos tipos de servidumbre rústica: la de acueducto y la de saca de agua; lo que se corresponde con una sola forma de extinción, la del no uso durante dos años. Y todo ello agravado por el hecho de que los antiguos textos se hallan ahora integrados en una recopilación oficial y acompañados de una *interpretatio*, que no hace otra cosa que

[168] F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), pp. 89-122.

[169] Lamentablemente, como señala este autor (p. 90), esta afirmación no deja de constituir una hipótesis, que no es posible contrastar con la práctica negocial, dada la casi completa inexistencia de documentos de aplicación del derecho correspondientes a este período.

consagrar su proceso de vulgarización. Una senda de alejamiento de la realidad jurídica clásica relativa a las servidumbres prediales que llega a su culminación con el *Liber Iudiciorum*, que no solamente se aparta por completo de su vocabulario, sino que ignora su propia noción. Vacío que no es posible llenar, además, con el análisis de unos casi inexistentes y difícilmente interpretables documentos de aplicación del derecho, o con el de otras fuentes, igual de parcamente elocuentes sobre el tema, como las Fórmulas Visigodas.

Ante este estado de cosas, tampoco puede sorprender la ausencia en los primeros siglos medievales de una regulación jurídica de las servidumbres prediales, habida cuenta de que el único derecho que pervive como general, el contenido en el *Liber iudiciorum,* se había desentendido, como hemos indicado, de esta materia. Pero, al igual que sucede en el período visigodo, resulta inconcebible que este silencio extendido al resto de los ordenamientos de la época sea el trasunto de la inexistencia de unos problemas derivados de las relaciones de vecindad análogos a los que dieron origen al nacimiento y al progresivo sometimiento a una disciplina jurídica de las servidumbres prediales en el derecho romano. La prueba de que no es así la ha aportado el propio Pacheco, a través del exhaustivo análisis de un copioso catálogo de documentos de aplicación[170], que —cabe afirmar— a menudo transmiten una imagen mucho más cercana y fiable de la realidad práctica del derecho que las denominadas fuentes normativas. Pues, efectivamente, su estudio demuestra que estas circunstancias de inevitable intromisión entre fundos colindantes de titularidad correspondiente a distintos propietarios siguen produciéndose con gran intensidad, generando conflictos, tanto en el ámbito rural como en el urbano, para los que se ofrecen remedios de índole práctica, ajenos no solo a la terminología, sino también a las desconocidas e inasibles categorías teóricas ofrecidas por el régimen romano de las servidumbres. Soluciones que, a veces, se canalizan por medio de la transmisión de la propiedad del agua o de la parcela de tierra o los cauces por donde conducirla, en los casos en los que tales acuerdos persiguen satisfacer las necesidades inherentes a las servidumbres de saca y toma de agua, de acueducto y de abrevadero, o de la franja de terreno necesaria para permitir el tránsito, cuando se busca obtener un derecho de paso, dando lugar a fórmulas de cotitularidad que, en cierto modo, retrotraen al más arcaico estadio de concepción de las servidumbres en torno a la idea de pertenencia. Mientras que, en otras ocasiones, se recurre a la creación de un vínculo, de origen contractual, judicial o arbitral, entre ambos propietarios, en aplicación del cual uno consiente

[170] Este estudio documental constituye el núcleo esencial de la tercera, y más importante, parte de su trabajo. F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), pp. 124-252.

al otro el aprovechamiento para determinados fines de su propio fundo. De esta manera, se despliega toda una maraña de situaciones reales, innominadas, atípicas y flexibles, que solo se diferencian entre sí y de la propiedad misma por la intensidad del goce y la utilidad económica que permiten o que reportan. Notas éstas que explican porqué en la consolidación, duración y normativización de los derechos que cada una lleva implícitos juegan un papel decisivo factores como el uso, la costumbre y la forma de ejercicio. Incluso, en algunos ejemplos, cronológicamente ya próximos al momento de irrupción del fenómeno de la Recepción del *ius commune*, parecen asomar ciertos atisbos de objetivación y de abstración en su delimitación. Ahora bien, en ningún caso exhiben aún el carácter de derechos de los predios o de relaciones de servicio de uno hacia otro, ni permiten discernir la concurrencia de criterios generales sobre su grado de permanencia o sobre sus formas de extinción[171].

C) Reaparición en las fuentes normativas de las servidumbres prediales: derecho municipal, derecho territorial y derecho regio

Bien puede decirse que la imagen que transmiten los documentos de aplicación del derecho del período altomedieval permite explicar la ausencia de regulación de las relaciones de utilidad entre fundos que constatamos en los fueros breves, donde solo de manera indirecta descubrimos algunos aislados preceptos en los que esta ineludible realidad parece mostrarse tímidamente. Seguramente, este mutismo hay que ponerlo en conexión con la propia naturaleza y finalidad de estos textos, pues, además de recoger, depurar y actualizar prácticas jurídicas consuetudinarias preexistentes, van encaminados a disciplinar o reprimir aquellas situaciones o conductas que pueden resultar más perturbadoras para la convivencia colectiva, pero sin albergar la pretensión de dotar a la comunidad de un ordenamiento compresivo de todas las parcelas jurídicas susceptibles de desarrollarse en su seno, por lo que solamente ofrecen una panorámica unidireccional y fragmentaria del derecho en ella verdaderamente vivido[172]. Aunque, tal vez, tampoco haya que descartar el efecto mitigador sobre el afloramiento de las necesidades consustanciales a las servidumbres que en las primeras etapas repobladoras podría suponer la

---

[171] Son las conclusiones que extrae de su análisis L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), pp. 258-264.

[172] Advertencia ya formulada por A. Iglesia Ferreirós, *Las garantías reales en el Derecho histórico español,* 1. *La prenda contractual: desde sus orígenes hasta la Recepción del Derecho Común*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1977, p. 11 y F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 100), p. 128.

amplia disponibilidad de tierras, aguas o pastos que se evidencia en muchos de estos fueros locales reducidos, cuando se concede a los vecinos una plena libertad de aprovechamiento de los recursos de propiedad comunal.

Es, pues, en los redacciones semiextensas y, sobre todo, en las extensas del derecho municipal donde empezamos a constatar una visible preocupación por someter a determinadas reglas y procedimientos la resolución de aquellos supuestos de contigüidad entre predios pertenecientes a diferentes propietarios susceptibles de provocar perjuicios y desencuentros, si bien aún falta una conceptualización, que solo se hace crecientemente presente en los textos que se revelan traspasados ya por la influencia del recuperado derecho justinianeo. De ahí, que todavía nos desenvolvamos en un contexto jurídico en el que esta clase de situaciones continúa discurriendo al margen de la etiqueta de servidumbres, cuya nomenclatura y, lo más importante, cuyo carácter predial, como relación entre fundos, inherente e inseparable de éstos, e indivisible[173], solo los vemos rescatados por las Partidas[174], donde, afirmando recoger lo que dijeron los sabios, esto es, los doctores del *ius commune,* son definidas como el "derecho e uso que ome ha en los edificios, o en las heredades agenas, a pro de las suyas", al tiempo que se recupera la vieja clasificación entre servidumbres rústicas y urbanas —a las que se suma la categoría justinianea de las servidumbres personales—[175], de la que, lógicamente, solamente a efectos discursivos nos

[173] Sobre el concepto de servidumbre en las Partidas, L. Pacheco Caballero: "Fueros y Partidas: algunas páginas más sobre servidumbres", en *Initium. Revista catalana d'historia del dret,* 6 (2001), 285-305, pp. 296-299.

[174] Sus fuentes básicas se hallan en el Digesto: [8.1]: *De servitutibus*, [8.2]: *De servitutibus praediorum urbanorum*, [8.3]: *De servitutibus praediorum rusticorum*, [8,4]: *Communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum*, [8.5]: *Si servitu vindicetur vel ad alium pertinere negetur*, [8.6]: *Quemadmodum servitutes amittuntur*; las Intituciones: [2.3]: *De servitutibus*, y el Codex: [3.34]: *De servitutibus et aqua*, pero también en la elaboración de los doctores del *ius commune*. L. Pacheco Caballero: "Fueros y Partidas" (n. 173), p. 297, nota 46. No en vano, esta definición coincide en lo esencial con la formulada por Bartolo en el siglo anterior: "*Servitus est quoddam ius praedio inharentem ipsius utilitatem respiciens, et alterius predii ius sive libertatem minuens"*. J. García Sánchez, *Marco legal* (n. 34), p. 389.

[175] *Partidas*, [III, XXXI, I]: "Que cosa es seruidumbre e quantas maneras son della: Propiamente dixeron los sabios que tal seruidumbre como esta es derecho e vso que ome ha en los edificios, o en las heredades agenas para seruir se dellas, a pro de las suyas. E son dos maneras deseruidumbres: La primera es aquella que ha vna casa en otra, e a esta llaman en latin vrbana. La segunda es la que ha vna heredad en otra, e a esta dizen en latín rustica. E avn es otra seruidumbre que gana ome en las cosas agenas para pro de su persona, e non ha pro señaladamente de su heredad; asi como auer el vsofruto, para esquilmar algunas heredades agenas, o auer el vso tan solamente, en la casa do moraua, o en casas de otri, o en obras de algunos siervos menestrales, o labradores (…)". La aceptación por los autores del *ius commune* de la distinción justinianea entre las servidumbres prediales y personales les permite establecer reglas comunes a todos los derechos integrados en este concepto. Sin embargo, la inclusión en esta categoría de la *servitus* (esclavitud), conduce a la aparición de un esquema tripartito: *servitus mere personalis*, referida a la relación entre *dominus* y *servus*, *servitus mere realis,* es decir, la predial, y *servitus mixta*, o personal. H. Coing, *Derecho Privado europeo* (n. 87), p. 393.

haremos eco aquí, por ser ajena a los criterios manejados en las principales fuentes en las que se centra este estudio, sin perjuicio de anunciar que acudiremos a la regulación de las Partidas cada vez que su empleo se entienda oportuno como complemento a los datos proporcionados por estos textos.

C.1. Derechos de paso

La rotunda afirmación de J. Lalínde respecto a la adquisición, junto a la de la propiedad, de servidumbres de paso sobre las heredades vecinas que llevarían implícita la expresión *cum exitibus et ingressibus* y otras análogas, incorporadas en innumerables ocasiones en la descripción documental de los inmuebles enajenados[176], ha sido plausiblemente contestada por Pacheco, en el sentido de que, probablemente, responden a una mera fórmula genérica y estereotipada, que, únicamente, pretende trasladar la idea de que la finca disfruta de buena comunicación y de todos sus accesos. Pudiendo afirmarse lo mismo respecto a las, también muy habituales, menciones a las aguas, acueductos, paredes y canales de desagüe, que, a su juicio, se transmiten como pertenencias del fundo y no como derechos de aprovechamiento y conducción o vertido de agua, o de apoyo de muro adscritos al mismo[177]. En refuerzo de la refutación de la supuesta correspondencia entre este tipo de referencias y la existencia de una relación de servidumbre opera también, en mi opinión, y de forma concluyente, que tampoco es inusual su inclusión, no a propósito de la acreditación de la celebración de algún negocio jurídico entre particulares, sino dentro del otorgamiento de fuero o carta de población a una determinada localidad, sea a favor de sus habitantes, presentes o futuros, o lo sea del poder dominical beneficiario de dicha concesión[178].

---

[176] J. Lalinde Abadía, *Iniciación histórica* (n. 45), p. 660, y *Derecho histórico* (n. 45), p. 400.

[177] F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 98), 133-137. Aduce como argumentos: la enorme cantidad de documentos en los que se atestigua la presencia de estas fórmulas en contraste con el escaso número de diplomas en los que se relatan conflictos relacionados con necesidades de paso; la abrumadora diferencia que, de aceptar esta tesis, existiría entre el extraordinario volumen de casos de fincas que aparecen gravadas con una servidumbre y los poquísimos actos constitutivos testimoniados; finalmente, supondría concluir que las fuentes únicamente dejan constancia de las servidumbres activas, pero nunca de las pasivas.

[178] Me limitaré a aportar algunos ejemplos, entre los muchos existentes. *Carta de franquicias a Barcelona*, 1025-I-8 (J. M. Font Rius, *Cartas de población* (n. 45), núm. 15, pp. 28-30), "(…) et ligna et aquas et concussiones aquarum, fontes et exitus atque egressus spatia (…) libere habeatis (…)". *Fuero de Cuevacardiel*, 1052-XII-12 (G. Martínez Díez, *Fueros locales* (n. 44), núm. 2, pp. 122-123: [6]: "(…) Sic ingenuo cum istos foros Cova Cardelli ad atrium Sancte Marie Nazarensis cum exitus et introitus, montibus, vallibus, plaudis, fontibus atque molendinis". *Donación del Puig de Agramunt por Ramón Berenguer I*, 1054-II-3 (J. M. Font Rius, *Cartas de población*, núm. 25, pp. 47-48): "(…) donamus vobis (…) ipso puig cum eius terminis et pertinentiis suis, omnes terras, pascuis, petras, aquis aquarum, pratis, silvis, garricis, arboribus diversi generis fruc-

Seguramente, abunda en las anteriores objeciones respecto a la validez del pretendido significado latente en dichas expresiones, la especial atención prestada por un buen número de ordenamientos locales al problema de la necesidad de dar salida a la heredad o la viña cuya ubicación topográfica provoca que haya quedado enclavada entre las colindantes y sin acceso directo a un camino público. Una circunstancia que nos ayuda a poner de relieve como, normalmente, la constitución de relaciones de servicio entre los fundos no nace de la simple voluntad de los propietarios, sino ligada a las exigencias derivadas de las propias condiciones físicas o funcionales de los mismos. Probablemente, esta es la razón por la que solo muy excepcionalmente se deja, en primera instancia, el arreglo de la cuestión al simple acuer-

---

tuosis et infructuosis omnia et in omnibus quicquid dici vel nominari potest quod ad usum hominis pertinet et cum exitibus et regresis earum". *Fuero de Miranda de Ebro,* 1099, [5]: "Et istas villas et ecclesias et loca de uobis meis populatoribus de miranda cum solaribus et cum hereditatibus, et cum ortis et vineis et cun arboribus et aquis et riuis, et cum molendinis et azennis. Et cum piscaris et pratis et pascuis et cum deffesis et regaris et cum montibus et ffontibus et cum sserris et terminis et alhocibus cum ingressibus et salidis et cum alhocibus (…)". *Carta de población de Puilampa,* 1132 (M. L. Ledesma Rubio, *Cartas de población* (n. 45), núm. 54, pp. 78-79): "Dono tibi Puio Pampado, quod popules ibi et facias ibi populationem qualem melius potueris (…) cum suas intratas et exitas, et cum pascuis et montibus, et cum suas aquas et cum totum suum directum que pertinet vel pertinere debet (…)". *Fuero de Paredes de Navas*, 1134 (J. Rodríguez Fernández, *Palencia* (n. 51), núm. 11, pp. 228-234): [1]: "De los solares que son en esa villa poblados y despoblados con todos sus huertos, términos y alcázares y eras, con los montes y puentes y valles, prados, pastos y sierras (…) chozas y barreros, con entradas y salidas y con todo el término de Vascones (…)". *Fuero de Los Balbases*, 1135-VI-11 (G. Martínez Díez, *Fueros locales*, núm. 15, pp. 145-147), [21]: "(…) Et ego Adefonsus Imperator (…) concedo vobis ingressus et egressus vestros et aquas in quibus vos volueritis pesqueras construatis, prata et herbas vobis dono quotquot ad Balbas pertinere dignoscontur". *Fuero de Cubo y Cubeto*, 1143-X-4 (J. Rodríguez Fernández, *Los fueros locales* (n. 50), núm. 8, pp. 276-277), "(…) dono et concedo illas villas cum aliis omnibus aliis rebus quae infra eosdem terminos continentur, scilicet, terris, vineis, montibus, aquis, pascuis, hervis, pratis, naoemibus, exitus et regressibus et cum omnibus suis pertinentiis (…)". *Carta de población de Tortosa*, 1148 (J. M. Font Rius, *Cartas de población*, núm. 68, pp. 110-11): "Do illis francament et liberam villam Tortose cum intratis et exidis et cum aquis et cum pascuis et cum lineariis et montanis et cum piscaariis (…)". *Carta de población de Cetina*, 1151-1157 (M. L. Ledesma Rubio, *Cartas de población*, núm. 80, pp. 102-104): "(…) Damus illius ipsa hereditate de Çedina cum intradas et exidas et cum totas suas aquas et cum monte et silvas et erbas, in heremo et in populato (…)". *Fuero de Ibrillos*, 1199? (G. Martínez Díez, *Fueros locales*, núm. 28, pp. 176-178: "(…) concedimus populationem, Ivriellos cum terminos et exidos, et entradas, montes, pasturas et aquas, et non sit eis prohibitum neque pascere, neque abscindere in pascuis, sive in montibus (…)". *Fuero de Madrid* (*Fuero de Madrid*, reed. 1994, Madrid, Archivo de la Villa, 1932; estudio Galo Sánchez; transcripción A. Millares Carlo), [40]: "Sachan iusticial de madrid exidos ubi ganato illorum intrent et bibant aquam sine dubio: Ubi cadit Malgraniello in Sarama, et ubi cadit Beua in sarama. Et alia entrada in el aldea de Belenego et de Ihoannes Munoz; et alia entrada inter arroio de Regas et de Ihoannes Munoz et Atarafal; et alia in la Crebada, et alia in bado de Cid Fortes, et exeat a Fenares; et alia del Berrocho usque al Acirate (…)". *Concordia entre los concejos de Vitoria y Salvatierra y la Cofradía de Arriaga*, 1258-VIII-18 (G. Martínez Díez, *Álava medieval*, Vitoria, Diputación Foral de Álava, 1974, vol II. núm. 2, pp. 195-200): "(…) et con todos los derechos que las aldeas sobredichas han et deven a aver de montes, et de pastos, et de arvoles et de hyervas et de prados et de aguas, con todas sus entradaset con todas sus sallidas (…)".

do de los afectados. Así parece deducirse en los fueros navarros de la Novenera, aunque se marca como criterio que, en el caso de surgir desavenencias, la entrada debe habilitarse por donde menos molestias genere, y además se prevé la mediación de dos hombres buenos si, a pesar de lo dispuesto, el trazado señalado causase daño a quien sufriese esta invasión de su finca[179]. Bien es verdad que la posibilidad de una solución pactada podría asimismo entenderse implícita en el, también navarro, fuero de Viguera y Val de Funes, en el que, abordándose el supuesto de que el encerramiento del predio por los cercados levantados por los dueños de los contigüos no permitiese sacar los frutos que aquél produjese, se ordena que se haga, sin causar daño, a través de la linde o del surco para el riego, o por cualquier otro sitio que resultase más conveniente, hasta alcanzar la vía pública, advirtiéndose después que si alguno vendiese su regadera o la entrada a su heredad, o si por su propia negligencia la perdiese, el vecino quedará eximido de compensarle por el daño que pudiese ocasionarle[180]. El mismo problema y similar solución se contemplan, igualmente, en el Fuero de Jaca y en el de Pamplona, en los que al propietario de una viña que se viese perjudicado por la plantación de otras viñas aledañas que le hubiesen cerrado el paso hacia la "carrera" pública, se le otorga salida libre para sus uvas y sarmientos por el mismo lugar por donde lo hacía anteriormente, o bien por el margen de la acequia por donde recibiese el agua para el riego, siempre que ésta se hallase situada cerca de la viña[181]. Un plantea-

---

[179] *Fueros de la Novenera,* [68]: "De entrada de uinna o de pieça: Nuyll hombre que aya contienda con su uezino por entrada de uinna o de pieça, deue entrar por dont menos enoio'l faga, et si daynno'l fiziere que'l emiende como dos bonos ombres uean por bien".

[180] *Fuero de Viguera y Val de Funes*, [362]: "De heredat cómo debe haber su sallida: Et si los vezinos cercaren sus heredades et alguno ouiere su heredat más adentro e non puede sacar sus fruytos, debe sayllir por su linte, o por su regadera, o por otro logar más combenjent, sin daynno, a la carrera pública: desí aurá su sallida"; [363]: "De bender regadera: Home que vendiere regadera o entrada de su heredat, o si por su negligencia la perdiere, su vezino no es tenjdo de darle ren por daynno que'l faga, si non quisiere".

[181] *Fuero extenso de Jaca*. Redacción A, [307]: "D'om qui perde la carrera de so heredat: Si algun hom a uinna o ort e altres homnes entorn d'aquela vinna plantaran altras uinas en tant que estancaran las carreras per ont lo synnor de la uinna traya las uuas els sarmentz e no aura per ont traya las uuas nils sarmentz, segunt fuero, deu auer carrera per aquel loc per ont plus tost pora exir a la carrera publica ço es per aquela on arrere temps façia portar a so eisa las uuas ols sarmentz, o en altra manera que deu auer exida libera per la margen de la cequia per on entra láyga a rregar la uinna, pero si sera tal loc que aya cerca ayga ab la qual se reg aquela uinna et encara que sia prop la uia publica". La literalidad del precepto presenta algunas pequeñas variantes en las distintas redacciones: Redacción C, [96]: "De quarrera que no ha yssida; Si algun omne ha vinna e altres omnes planten vinnes entorn aquela vinna asi que lo camin en sarrien per ont lo sennor de la vinna solia entra e ystre et trayre ses fruytz, e no ha per or ystre, per for auer deu camin per ont mas leu puyssca ystre al camjn mayor". Similares a la C son las redacciones D, [95]: "De carera que no a exida: (…)" y E, [100]: "De camp o uinna que no a yssida (…)". *Fuero de Pamplona*, redación S, [98]: " De camp o uinna que non a ysida: Si algun omne ha uinna et alguns altres omnes planten uinnes en torn aquela uinna assi que lo camin li en sarien, per ont lo seynor de la uinna solia

miento que, con referencia a viñas, campos y huertos, después se repite en los llamados Fueros de Aragón[182].

En el derecho navarro descubrimos, además, algunas notables peculiaridades, que Pérez Prendes ha interpretado inspiradas en el criterio finalista dominante respecto a la forma de constitución de las servidumbres en el derecho germánico, que, según su explicación, a diferencia del modelo romano, no centraría su preocupación en el modo en el que se adquiere la servidumbre, lo que siempre reporta un enriquecimiento, sino en la situación y los objetivos productivos de los fundos, tratando de reforzar su utilización y aprovechamiento dentro de un planteamiento fáctico y no absoluto de la propiedad[183]. Se trata, en primer lugar, del insólito paso temporal otorgado en los fueros de la Novenera a quien pretenda segar su finca, permitiéndosele, para facilitar el paso de la bestia de carga, el corte de las plantas verdes de las tierras confinantes, que se atarán en haces, para al llegar la recolección servir como medida para la fijación de la indemnización debida a sus dueños en función del precio alcanzado por el cereal ya madurado[184]. Y también del, no menos curioso, recurso ofrecido en el Fuero General de Navarra al propietario de un fundo encerrado a quien los propietarios de los predios colindantes no hayan querido facilitar el acceso al camino, instándosele a llamar a voces desde el mismo, y quedando establecida la senda de paso por el mismo lugar por donde llegase el primero en acudir a sus gritos[185].

Ajeno a tales excepcionales procedimientos, todavía más inusual resulta encontrar en el derecho municipal castellano-leonés la alusión a una concesión pactada entre los propietarios de predios colindantes de una licencia de

---

entrar et ystre et trayre ses fruyz, et no a per ont ystre, per for auer deu camin per ont mas leu puyssca ystre alcamin mayor"; redacción B, [205]: "De omne qui planta vinna (…)".

[182] *Fueros de Aragón*, [100]: "De camp o uinna que no a yssida: Si algun omne ha uinna et alguns altres omnes plante uinnes entorn aquela uinna assi que lo camin li en sarrien per ont lo seynnor de la uinna solia entrar et ystre et trayre ses fruytz et no a per ont ystre, per for, auer deu camin per ont mas leu puyssca ystre al camin mayor".

[183] J. M. Pérez-Prendes, *Interpretación histórica* (n. 12), pp. 309-311 y 607-608. Se adhiere a estas tesis: R. Morán Martín, *Historia del Derecho privado, penal y procesal,* Madrid, Universitas, UNED, 2002, vol. I, pp. 188-189.

[184] *Fueros de la Novenera*, [60]: "De pieça por segar que no ha yssida. Todo ombre que uaya su pieça a segar et no aya yssida, deue segar de la pieça de su uezino que li está de cuesta encuentra la carrera quoanto entra la bestia et ysca, et lo que segare, ligue lo et faga lo fayssos, et si fuere uerde, que'l emienda del seco otro tanto, de quoal fruyto que fuere".

[185] *Fuero General de Navarra*, Serie A, [494]: "No auer passada a lo suyo: Si algun ombre á alguna uinna en algun termino, et non puede ir a lo suyo por camino sabudo, et no'l quieren dar passada los dueynnos de las heredades, et uaya a su pieça o a su uinna quando podiere, ét de uoces quomo en apeyllido; et por ont uiniere el primero ombre a eyll, por aqueyll loguar deue auer el camino". Con pequeñas variantes gráficas y de redacción, se repite en Serie B, [433]: "Qui no á passada ni camino por ir a su heredamiento, como deue auer: (…)"

paso a favor de aquél que carece de salida, pues solo en los fueros de Coria, Cáceres y Usagre se da prioridad a este arreglo para la determinación de la "carrera" —de la que en Cáceres y Usagre se excluye el camino concejil— frente a la intervención de las autoridades, que solamente está prevista para el caso de que los interesados no lograsen superar sus discrepancias[186]. Tampoco es que la omisión de esta posibilidad en el resto de los ordenamientos permita descartar que ésta fuese —como parece lógico— una opción siempre contemplada como previa. Pero, tal vez, debido a la frecuencia con la que este asunto desembocaba en desavenencias, la mayoría de los textos proveen una solución jurídica uniforme, consistente en la constitución forzosa de una servidumbre de paso, variando, únicamente, entre ellos los medios por los cuales se procura accesibilidad a la finca afectada. Imposición que, por otra parte, presenta ciertas similitudes con algunas limitaciones de dominio por interés público existentes en el derecho romano, que en su momento fueron mencionadas.

En el fuero de Cuenca, como en varios otros con éste emparentados y en el extenso de Sepúlveda, son los alcaldes y jurados o los alcaldes jurados —según las redacciones— los encargados de fijar un itinerario de entrada y salida por el sitio que consideren menos oneroso para el fundo que lo soporta, protegiéndose el mantenimiento de la ruta así establecida con la prohibición de su cierre, interrupción o modificación, bajo la amenaza de sufrir una sanción por su vulneración, consistente en el pago de diez maravedíes[187].

---

[186] *Fuero de Coria*, [242]: "Qui quisier sacar carrera: Todos omes que carrera quisieren sacar, si se avenieren entre si, saquen su carrera, e ayan coto como si la sacasen los alcaldes. E si se non avinieren, vengan al cabildo de los alcaldes, e denles el cabildo quatro alcaldes que la saquen, e denles dos maravedis. Et pues que fuer sacada, qui la çerrare ho la arare peche quatro maravedis a los alcaldes. Et la carrera que asi no fuer sacada, no aya coto". *Fuero de Cáceres*, [243]: "Quien carrera quisier sacar: Tod ome qui carrera quisier sacar, si se auinieren entre si, saquen su carrera, fueras carrera de conceio, et aya coto como si la sacassen los alcaldes. Et si se non auinieren uengan al cabildo, et deles el cabildo IIII alcaldes que la saquen. Et denles a los alcaldes I morabedi. Et postea que fuerit sacata, qui la cerrar o la arar pectet X morabetis, medios alcaldes, et medios concilio. Et la carrera que assi non fuera sacada non aya coto". Con esta redacción de Cáceres coincide casi literalmente el *Fuero de Usagre*, [249]: "De sacar carreras: (…)". Y preceptos similares los encontramos tambien en varios fueros portugueses: *Fuero de Alfaiates*, [247]: "Qui carrera uoluerit saccare (…)". *Fuero de Castel-Rodrigo*, [V, 63]: "Dos que queren sacar carrera (…)". *Fuero de Castello-Melhor*, [219]: "Los que fizieren carrera (…)". *Fuero de Castello-Bom*, [240]: "Homines qui carrera quisieren sacar (…)".

[187] *Fuero de Cuenca*: Forma sistemática, [II, XXII]: "De radice [que introitum non habuerit]: Omnis hereditas que introitum, uel exitum non habuerit, sicut est ager, et uinea, alcaldes adiurati eant ad hereditatem, et qua parte ipsi uiderint quod minus dampni facient, ea parte detur uia, et illa uia sit stabilis"; [II, XXIII]: "De eo qui ujam deffenderit: Quicumque uiam quam alcaldes dederint, defenderit, aut mutauerit, seu clauserit, pectet decem aureos, quoniam vie et exitus, quos alcaldes fecerint, aut dederint, firmi sint ac stabiles". De las otras redacciones, análogas en su contenido, solo reproduzco la parte donde se observan variaciones en lo referido a tales autoridades. Forma primordial, [49]: "De radice que introitum non habuerit (…)"; [50]: "De eo qui uiam quam alcal-

Aunque, en correspondencia, también se somete a la misma pena a quien, no disfrutando de esta concesión forzosa, realizase una senda por la mies o el sembrado ajeno[188]. Llama, no obstante, la atención que aunque las viñas apa-

---

des dederint, defenderit uel clauserit aut mutauerit (…)". Códice Valentino, [I, II, 15]: "Dela heredad que non a entrada nin a salida. Toda eredad que non oviere entrada nin salida, assi commo es canpo o vinna, los alcaldes jurados vayan ala eredad (…) et qual quier que la carrera que los alcaldes dieren, desfiziere (…)". Fragmento conquense, [2]: "De la rrays que entrada non aya: Otro si, toda rays que entrada et salljda non oujere, asi commo es tierra o vjnna, los alcaldes et los jurados vayan ala heredat (…)"; [3]: "De aquel que carrera que alcaldes dieren, defendiere o cerrare o murgare (...)".

Este mismo sistema de atribución de vía de paso lo encontramos en el *Fuero extenso de Sepulveda,* [104]: "Del eredat que non a entrada, denla los alcaldes: Toda heredat de huerto o de vinna que non oviere entrada o sallida, vayan allá los alcaldes, et por qual parte vieren que fiziere menos danno, por y den carrera, et sea estable; [105]: "Del qui cerrare carrera o exido: Otrossí, qui defendiere carrera, o la mudare, que alcaldes dieren o la cerraren, peche X mrs., ca las carreras que alcaldes dieren, o los sallidos que fizieren, firmes sean et estables". *Fuero de Iznatoraf*, [41]: "Dela heredat que non ouiere entrada: E otrosi, todas las heredades que non ovieren entrada njn exido commo es heredat o vijnna, los alcaldes jurados vayan ala heredat (…)"; [42]: "De aquel quela carrera que alcaldes dieren defendiere o çerrare (…)". *Fuero de Plasencia*, [616]: "De la heredat que entrada non ouiere: Toda heredat que entrada et exida non oviere, alcaldes iurados vayan a la heredat (…)". *Fuero de Béjar*, [56]: "La hedad que non a entrada: Toda heredat, verto, o vinna, que non ouier entrada o exida, uayan a los alcaldes (…)"; [57] "Qui defendier carrera de alcaldes (…)". *Fuero de Alcaraz*, [II, 22]: "De la rayz que non ouiere entrada. Aun todas las heredades que entrada o sallida non ouieren, assi como es campo e uinna, los alcaldes yurados uayan a la heredat (…)"; [II, 23]: "D'aquel que la carrera que los alcaldes dieren defendiere, o cerrare, o mudare: (…)". *Fuero de Alarcón,* [44]: "Del heredat que non a entrada: Et toda heredat que entrada o exida non ouiere, assi como es ero e uinna, los alcaldes iurados uayan a la heredat (…)"; [45]: "Del que la carrera que los alcaldes dieren uedare (…)". *Fuero de Úbeda,* [VIII, IV]: "(a) Otrosy, todas las heredades que non ouieren entrada nin sallida, como es heredat o vinna, los alcalles jurados vayan a la heredat (…). (b) Todo aquel que defendiere carrera que los alcaldes dieren (…)". *Fuero de Baeza*, [46]: "De la rayz que non ouiere entrada: Toda heredat que entrada nin exida non ouiere, assi commo es heredat o uinna, los alcaldes iurados uayan a la heredat (…)"; [47]: "De aquel que la carreara que alcaldes dieren defendiere, o mudare, o encerrare (…). *Fuero de Villaescusa de Haro,* [45]: "De los que poblaren en el término: Otrossi, toda la heredad que non ouiere entrada nin exida, asi como es heredad o vinna, los alcaldes jurados vayan a la heredad (…)"; [46]: "De la carrera que los alcaldes dieren (…)".

[188] *Fuero de Cuenca*, [III, XVII]: Forma sistemática: "Quicumque per seminatam alienam fecerit semitat, pectet decem solidos"; Forma primordial, [79]: "De eo qui per seminatam alienam semitam fecerit: (…)"; Códice valentino, [I, III, 10]: "Del que fiziere carrera por el senbrado ageno (…)"; Fragmento conquense, [28]: "De aquel que por ssenbrada agena ssenda ffisiere (…)". *Fuero extenso de Sepúlveda*, [124a]: "Otrossí, qui fiziere carrera por sembrada aiena, peche X sueldos". *Fuero latino de Teruel*, [300]: "(…) Item quicumque per seminatam alienam semitam vel iter fecerit et ei probatum fuerit, pectet X solidos, sin autem iuret solus (…)". *Fuero romance de Teruel,*[405]: "De aquel que por senbrada carrera fará: (…)". *Fuero de Iznatoraf*, [70]: "Del que por senbrado ajeno fiziere senda: (…)". *Fuero de Plasencia*, [550]: "Todo omne que por sembrada aiena fiziere carrera peche X sueldos (…)". *Fuero de Béjar*, [90]: "Qui carrera fizier por mies agena peche X sueldos". *Fuero de Alarcón,* [72]: "E todo aquel que por sembrada agena senda fiziere, peche X sueldos (…)". *Fuero Úbeda,* [X, IV]: "(a) Otrossy, todo aquel que por senbrada agenada fiziere senda, peche X sueldos (…)". *Fuero de Baeza*, [71]: "Todo aquel que por sembrada aiene fiziere senda, peche X soldos (…). *Fuero de Villaescusa de Haro*, [71]: "Otrossi, todo aquel que por sembrada agena fisiere senda peche dies sueldos". La cuantía de la multa es reducida a la mitad en el *Fuero de Zorita de los Canes*, [63]: "Otroquesi, tod aquel que por simiença agena carrera fiziere, peche v sueldos", el *Fuero de Alcaraz*, [II, 48]: "Otrossi, qual quier que por

recen expresamente sujetas, junto a los campos y las eras, a este mecanismo de señalamiento del lugar de paso, en otro precepto distinto se admite para la ruptura de su encerramiento un régimen especial —cercano al descrito en algunos fueros navarros y aragoneses—, al permitirse el tránsito libre y gratuito por el surco de las viñas adyacentes[189]. Dentro de esta homogeneidad de planteamientos, parece asimismo oportuno apuntar que en el fuero de Brihuega la tarea de la determinación de la vía de acceso es encomendada al juez y los alcaldes, fijándose en cinco sueldos la cuantía de la reparación por su quebrantamiento, que aquí se destina al querellante[190]; una multa que también en Zorita de los Canes y en Huete es rebajada a cinco maravedíes[191], mientras que en Teruel, más severa, asciende a treinta sueldos[192]. E igualmente, pre-

---

sembrada agena sendafiziere, peche V sueldos (…)", y el *Fuero de Huete*, [59]: "Et todo aquel que por senbrada agena senda fisiere, peche çinco sueldos (…)".

[189] *Fuero de Cuenca*: Forma sistemática, [IV, XVI]: "De vinea que exitum non habuerit: Si aliqua uinea exitum non habuerit, habeat uiam per sulcum aliarum uinearum, que uie fuerint uiciniores, sin calumpnia". Forma primordial, [108]: "De uinea que exitum non habuerit (…)". Códice valentino, [I, IV, 14]: "De la vinna que non ouiere njnguna sallida (…)". Fragmento conquense [55]: "Dela vjnna que ssaljda non ha (…)". *Fuero extenso de Sepúlveda,* [145, a]: "Otrossí si alguna vinna non oviere salida, aya carrera por sulco de las otras vinnas mas cercanas, et sin calonna ninguna". *Fuero de Teruel:* [297] "(…) Item si aliqua vinea sive ortus vel hereditas extiterit, vel introitum non habuerit, viam et exitum habeat per sulcum aliarum vinearum illa parte qui minus dapnum fecerit et ante exierit ad caminum publicum sine calumpnia iuxta fórum (...)". *Fuero romance de Teruel:* [381]: "De exida et entrada de vinna (…)". Encontramos un régimen análogo en *Fuero de Iznatoraf*, [99]: "(...) Otrosi, si vjnna alguna salida non oujere, ayala por el sulco delas vjnnas que fueren mas açerca dela carrera sin calonna". *Fuero de Zorita de los Canes*, [92]: "De vinea que exitum non habuerit: (…)". *Fuero de Plasencia*, [572]: "De la vinna que non oviere exido: (…)". *Fuero de Béjar*, [123]: "De uinna que non a exida: (…)". *Fuero de Alcaraz*; [II, 77]: "De la vinna que exida non ouiere: (…)". *Fuero de Alarcón*, [99]: "De la uinna que non ouiere exida: (…)". *Fuero de Úbeda*, [XI, X]: "De la vinna que non ouiere sallida: (…)". *Fuero de Baeza*, [99]: "(b) Otro si, si alguna uinna exido non ouiere (…)". *Fuero de Villaescusa de Haro*, [98]: "De la vinna que non ouiere entrada o salida (…)". *Fuero de Huete*, [74]: "De la vinna que non a salida: (…)".

[190] *Fuero de Brihuega*, p. 299: "Toda heredad que non aya carrera, uayan iuez et alcaldes et den le carrera por o meior uieren et que seya mas sin danno, et si alguno la quisiere contrallar peche V soldos al querelloso, et aquella carrera uala".

[191] *Fuero de Zorita de los Canes*, [33]: "Dela rayz que entrada et exida non ouiere: Otroquessi, toda heredat que entrada et exida non ouiere, assi como hero, o uinna, deuen yr los alcaldes iurados de conceio delos companeros dotros ala heredat, et por aquella parte que ellos uieren que menos danno fiziere, por aquella parte sea dada, et aquella sea carrera estable"; [34]: "(…) Tod aquel quela carrera quelos alcaldes dieren, defendiere o mudare, o çerrare, peche v marauedis (…)". *Fuero de Huete*, [36]: "De la heredat que non ha entrada nin salida. Et toda heredat que entrada e salida non oviere asi commo es ero o vinna, los jurados vayan a la heredat (…)". [37]: "De la carrera que dieren los alcaldes. Et tod aquel quela carrera que los alcaldes dieren, defendiere o mudare o çerrare, peche çinco maravedies (…)".

[192] *Fuero latino de Teruel*, [298]: "(…) Item mando quod si aliqua hereditas, sicut est ager, ortus et vinea, introitum et exitum non habuerit, alcaldes jurati eant ad illam hereditatem, et illa parte qua ipsi alcaldes viderint quod minus dampnu facient, detur via sive exitus, et illa via exeat ad caminum publicum qua parte sine dampno antea exire potuerit et via, quam alcaldes dederint, sit stabilis atque firma. Quicumque autem viam quam alcaldes dederint, deffenderit, vel mutaverit, seu clauserit, et ei probatum fuerit, pectet XXX solidos et det viam. Quoniam vie et exitus,

sentan algunas peculiaridades destacables los fueros extremeños de Coria, Cáceres y Usagre, donde a falta —como hemos adelantado— de previa conciliación entre los implicados, la labor de sacar la "carrera" corresponderá a cuatro alcaldes designados por su Cabildo y remunerados con dos maravedíes en Coria y uno en Cáceres y Usagre, castigándose a quien la cerrase o arase sobre ella con idéntica composición a la prevista en Cuenca[193].

Algo más complejo es el procedimiento establecido en Soria, donde al propietario de la viña enclavada se le insta a emplazar a los dueños de las adyacentes para que comparezcan ante los alcaldes mayores, quienes, a su vez, nombrarán a dos alcaldes para que procedan a trazar la carrera por el lugar donde resulte menos lesiva, apareciendo reducida aquí la sanción por oponerse a su decisión a cinco maravedíes, que se repartirán por mitades el propietario y los alcaldes[194]. Tampoco se aleja mucho de todas estas soluciones el Fuero Viejo de Castilla, que ante el supuesto de que al propietario de una casa o una viña rodeada por otras heredades sus vecinos le denegasen el tránsito por las mismas, ordena que sean los "*omos bonos*" de la aldea designados por el alcalde los que, después de comprobar que, efectivamente, el fundo carece de accesos, le concedan entrada y salida por el lugar más próximo[195].

---

quos alcaldes fecerint sive dederint, sin stabiles et firmi". Similar en *Fuero romance de Teruel*, [395]: "De entrada et exida de heredades: (…)".

[193] Véase nota 186.

[194] *Fuero de Soria*, [209]: "Si alguna vinna entrada et exida non oujere, aquel cuya fuere la vinna enplaze alos axercanos pora ante los alcalldes mayores. Et el cabildo de los alcaldes den dos alcaldes dellos que uayan aueer aquel lugar et den carrera ala vinna por aquel lugar o menos danno sera; et depues que asi fuere dada la carrera, si alguno la deffendiere, peche v mr. por la osadia, la meatad aquel aquí fuere dada la carrera et la otra meatad alos alcalles; et dexe la carrera".

[195] *Fuero Viejo de Castilla,* [IV, V, V]: "Que la heredat que algún omne ha entre otras heredades, en qué manera deue auer entrada e salida por ellas a la suya: Sy un omne ha una casa o una vinna entre otras heredades, e defiéndenle los herederos de las otras heredades que non entre nin salga por ninguna de aquellas heredades, e dize el otro que entrada e salida ha de aver, el alcalle deve mandar que vayan allá omes bonos aldeanos. E, sy aquella heredat fallaren por buena verdat que ha entrada e salida, entre e salga pory. Et, sy non fallaren por dó entrar e salir, caten por dó sea más çerca la entrada e salida por ally, ca ninguna heredat non es sin entrada e sin salida". Tanto en este texto como en el Libro de los Fueros de Castilla, se recoge una fazaña que, coincidiendo con F. L. Pacheco Caballero, *Fueros y Partidas* (n. 173), p. 290, nota 23, difícilmente parecen interpretables como relativas al reconocimiento de diferentes tipos de derechos de paso en función de su anchura. *Fuero Viejo de Castilla*, [V, III, XVI]: "De qué anchura deuen ser las carreras que salen de la uilla para la fuente; e las que no an otras heredades: Esta es fazanna del fuero de Castiella, que judgó don Lop Díaz de Faro, que carrera que sale de villa, e van para fuente de agua, deve ser tan ancha que puedan pasar dos mugeres con sus orços de entrada; e carrera que va para otras eredades, deve ser tan ancha que, sy se entraren dos bestias cargadas, que pasen sin enbargo; et carrera de vez de ganado deve ser tan ancha que, sy se encontraren dos carros que pasen sin enbargo". Igual, en lo esencial, *Libro de los Fueros de Castiella*, [187]: "Titulo de la carrera de puente, deve seer tan ancha que dos mugeres vayan con sus orços en par: Esto es por fazannia que juzgó don Lope: Que carrera que sale de villa para fuente de agua debe ser tan ancha que pasen dos mugeres de encontrada con sus orços. E carrera que va para otras heredades debe seer tan ancha que se encuentren dos bestias cargadas e que pasen. Et carrera de la vez del ganado debe seer tan ancha que se encuentren dos carros e que pasen (…)".

Finalmente, conviene señalar que, de conformidad con su plena imbricación en la concepción romano-justinianea de las servidumbres, en las Partidas, dentro de la categoría de las rústicas, es decir, las establecidas entre heredamientos, se recupera la de paso, hallando paralelismo la antigua distinción romana entre *iter, actus* y *vía*, en la *senda*, que es apta para el tránsito a pie o a caballo, la *carrera*, válida para la circulación de carros y bestias cargadas, y la *vía*, que, además de integrar los dos anteriores derechos, implica el de arrastrar maderas, piedras u otros materiales que fuesen de utilidad para el fundo que los disfruta, confirmando su vinculación con la vieja triada romana el hecho de que para esta tercera clase de servidumbre de paso se señale una medida de anchura que reproduce la de su antecedente: ocho pies en línea recta y dieciséis en los recodos, para que puedan girar las carretas[196]. La servidumbre es, sin embargo, categóricamente, calificada como urbana cuando el derecho de paso se establece entre edificios o consiste en cederlo a través de una casa o un corral[197].

Esta servidumbre de paso entre edificios también aparece contemplada, para excluirla de la aplicación de la prescripción de treinta años, en la tradición jurídica consuetudinaria de la ciudad de Barcelona que aparece plasmada, unida a ciertas influencias romanas y canónicas, en las denominadas

---

[196] *Partidas,* [III, XXXI, III]: "Qual es llamada seruidumbre rustica e quantas maneras son della: Rustica seruidumbre diximos, que era aquella que ha un heredamiento en otro, e esto seria assi como quando vn ome ha senda, o carrera, o via en la heredad agena para entrar o salir en la suya. E dezimos: que quando vno otorgare a otro que aya senda por su heredad, que estonce aquel aquien es otorgada puede yr apie, o caualgando solo con otros, o por aquel lugar por la senda fuere señalada, de manera que vayan uno ante otro e non empar. E non pueden por y entrar carretas, nin bestias cargadas a mano. E si dixesse que le otorgaua carrera puede por y traer carretas, e todas las otras cosas que de suso diximos. E si por auentura otorgasse via por su heredamiento, estonces dezimos, que puede yr por ella a pie, o caualgando solo, o acompañado, e leuar por y carretas, o madera o piedras, arrastrando, e todas las otras cosas que le fueren menester para pro de aquel heredamiento, por quel fue otorgada la via, e deue ser tan ancha la via como fue puesto entre ellos al tiempo quel fue otorgada. E por aquel lugar que la señalaron, e si estonce non fue puesto entre ellos al tiempo, que fue otorgada quantto fuesse por ancho, dezimos que deue auer ocho pies. E si la via no fuesse derecha, por alguna tortura que ha en ella en aquel lugar, que fuere tuerta, deue auer en ancho diez e seys pies, por que puedan boluer por y las carretas".

[197] *Partidas*, [III, XXXI, II]: "Qual es llamada seruidumbre urbana: e quantas maneras son della. Vrbana seruidumbre diximos en la ley ante desta, que ha nome en latin aquella que ha vn edificio en otro assi como quando la vna casa ha de sofrir la carga de la otra, poniendo en ella pilar, o coluna, sobre que pusiesse su vezino viga para fazer terminado, o camara o otra lauor semejante della, o de auer derecho de foradar la pared de su vezino para meter y vigas, o para abrir finiestra por do entre la lumbre a sus casas, o auer la vna casa a recebir el agua de los tejados de la otra, que vengan por canal, o por caño, o de otra guisa, o auer tal seruidumbre, la vna casa en la otra, que la nunca pudiesse mas alçar de lo que era alçada ala sazon, que fue puesta la seruidumbre, porque le non pueda toller la vista, nin la lumbre, sin descubrirle sus casas, o auer ome seruidumbre de entrar porla casa, o por el corral de otro a la su casa, o a su corral, o alguna otra cosa semejante destas que sea a pro de los edificios".

Ordinaciones de Sanctacilia[198], que más tarde acabarán conteniendo, junto al conocido privilegio *Recognoverunt Proceres,* el régimen general aplicable en materia de servidumbres en toda Cataluña.

La plena asimilación de las directrices marcadas por el *ius commune* es también claramente perceptible en textos tan romanizados como los *Furs* de Valencia y las *Costums* de Tortosa[199]. Se hace patente en su recuperación de la antigua prohibición romana del tránsito o la conducción por el fundo ajeno sobre el que no se fuese titular de una servidumbre de paso, excepción hecha de cuando se tratase de una vía pública, si bien en ambos ordenamientos la interdicción se hace también extensiva a cualquier otro tipo de inmisiones[200]. E igualmente responde a un precedente romano la imposición realizada a los propietarios de predios colindantes con el camino público de permitir el paso por su terreno, aunque por la parte que menos lesiva les resultase, ante circunstancias de impracticabilidad o destrucción del mismo a causa de las aguas de lluvia o de una avenida del río; sin embargo, ahora es presentada como la consecuencia derivada del incumplimiento de su obligación de contribuir a la reconstrucción o reparación de esa "carrera" común que ha quedado inutilizada, de la que en Tortosa se especifica, además, que debe ser realizada de forma que quede garantizado el paso de los viandantes

---

[198] *Ordinaciones de Sanctacilia* (citaré por la edición relizada por J. Pella y Forgas, *Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas. Examen especial de las Ordinaciones llamadas de Sanctacilia*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1969, pp. 136-149, que incluye una traducción castellana en pp. 149-160), [10]: "De passatges: Encara, que ningun hom no puxa allegar possesió de trenta anys de cosa que faça passatge en alberg, o casas de son vehi en tapies ni en parets de rajolas, ne de postat que faça passatge, no guanye posesió". Sobre la convergencia de esta triple inspiración hay una práctica unanimidad entre la doctrina. Véase, G. Cerdeira Bravo de Mansilla, *Usucapión de servidumbres*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 18, nota 25.

[199] En las referencias a ambos ordenamientos seré, obviamente, deudor directo de F. L. Pacheco Caballero, «Derecho valenciano, derecho catalán y recepción del derecho común: reflexiones en torno a la institución de las servidumbres prediales», en *Historia. Instituciones. Documentos,* 22 (1995), 371-429. Sobre las relaciones entre ambos ordenamientos y su vinculación al derecho romano justinianeo interesan, sobre todo, pp. 422-427.

[200] Ese precedente romano lo encontramos en C.I. 3.34.11: "Per agrum quidem alienum, qui servitutem non debet, ire vel agere vicino minime licet: utiatutem via publica nemo recte prohibentur". *Furs de Valencia*. Versión latina, [XLVII, 4]: "Per agrum quidem alienum, qui servitutem non debet habere, ire vel agere vicino minime licet. Uti autem via publica nemo recte prohibetur". Versión romance, [XLVIII, 4]: "Negú non pot ni deu passar ni fer neguna cosa per altruy camp en què no ha sevitut de passar ni de fer alcuna cosa. Mas si en aquel camp ha carrera pública, no és vesat a negú que no pas dretament per aquela carrera pública e comuna". *Costums de Tortosa* (cito por B. Oliver Esteller, *Libre de les costums generals escrites de la insigne ciutat de Tortosa*, Madrid, M. Ginesta, 1881), [III, XI, V]: "(1) Per camp, vinya o olivar o per altra honor que servitut no deja, nuyl hom contra volentat de son senyior o sens consentimente d'eyl, no deu anar ne passar ne entrar ne exir ne fer aquí neguna cosa que al senyior torn ne sia enuyg. (2) Per carrera publica pot hom anar e venir ab ses besties et ab ses coses, totes hores qu'es vuyla, e fer tot ço que il placia, ab que la carrera no vayla meyns, ne contrari sia a anadors ne venidors ne embarc, sens tot contrast e ambargament de nuyla persona".

sin peligro alguno para ellos y para sus cosas[201]. Finalmente, para paliar la situación de la finca encerrada entre las contiguas que careciese de senda de paso y de vías de entrada y salida para el transporte del agua, los fueros valencianos disponen que, si no hubiese constancia del itinerario por el que antiguamente se daba satisfacción a estas necesidades, sea el vecino al que menos perturbaciones le cause el que le ceda obligatoria y gratuitamente el camino y el acueducto[202]. A diferencia suya, las *Costums* solamente prevén esta forma de constitución forzosa de la servidumbre a favor del predio enclavado para la de paso, y no para la de acueducto, siendo encomendado aquí su trazado al veguer, que deberá decidir la ruta que sea menos dañosa para los propietarios vecinos que deban soportarla, después de examinar el lugar acompañado de varios *ciutadans*; no obstante, la aplicación de este procedimiento queda excluida cuando el dueño del fundo que se halla rodeado, o su antecesor, hubiese tenido antes otro terreno confinante y lo hubiese vendido sin haberse reservado un derecho de paso por el mismo; y también cuando se tratase de terrenos montañosos o poblados de garrigas[203].

---

[201] D. 8.6.14.1: "Cum via publica vel fluminis impetu vel ruina amissa est, vicinus proximus viam prestare debet". *Furs de Valencia*. Versión latina, [XLVII, 19]: "Si via publica impetu fluminis vel aqua pluvialis deteriorata vel penitus destructa fuerit, vicini proximi eam reficere debent vel per suum solum proprium restaurare". Versión romance, [XLVIII, 19]: "Si la carrera pública per escorrentament o per força de auygua de flum o de pluja serà piyorada o de tot en tot serà destruida, los vehins qui són pus prop d'aquela carrera la deuen refer e adobar o donar carrera per lur terra pròpia". *Costums de Tortosa*, [III, XI, XV]: "Quan carreres publiques son afoylades per força de pluges o d'aygues de rius o de flums, en axi qu'els anadors n'els venidors sens perill o don no poden passar anar ne venir, los veyns de qui es aquela frontera afoylada deuen aquela carrera adobar e reparar en tal manera que'els anadors e'ls venidors sens don e perill lur o de lurs coses pusquen passar anar o venir, e sino o fan, los venidors e'ls anadors o viandants per lur propria auctoritat e sens tot contrast que hom no'ls hi pot fer, poden anar e venir per la honor d'aquels de qui aquela frontera sera, lá on myls e pus segurament pusquen passar anar ne venir, pero deuen guardar que o facen con meyns de don sia, pus ells poden segurament e sens perill anar ne venir ne passar".

[202] *Furs de Valencia*, Versión latina, [XLVII, 15]: "Si quis domos, edificia, campum vel aliquem solum terre habuerit ex omni parte a vicinis circunstantibus ambitum, ita quod non habuerit iter vel aque ductum nec constat per quem certum locum antiquitus iter vel aque ductus habuerit, vicini qui minus incommodum habuerint, predicto loco iter et aque ductum sine omni precio donent". Versión romance, [XLVIII, 15]: "Si alcú haurà cases o hedificis o camp o altre sòl de terra que sie avironat de cascuna part de sos vehins, enaxí que no haurà carrera on hi pusque entrar ni metre ni menar aygua, ni sia sabut per qual loch cert antigament ell agués carrera on pogués entrar a aquel camp seu o menar aygua, los vehins que meyns dan hi hauran, donen a ell, a obs del damunt dit loch per aquells lurs logars, sens tot preu, carrera on hi puscha entrar e metre e menar aygua".

[203] *Costums de Tortosa*, [III, XI, XIII]: "(1) Si vinyes o camps o altres honors seran auironades d'altres honors, et el senyor d'aqueles vinyes camps o altres honors no pora exir ne entrar a aqueles, sino per honors d'altres, e aquels li contrastaran que no'l lexen entrar ne exir aquí per les lurs honors, a demanda d'aquel a quí sera vedat l'entrar o l'exir, lo Veguer ab dos o ab tres dels Ciutadans o ab pus deuen anar lá, e la cosa vista e guardada, per juhii d'ells, deuen li assignar carrera e loc covinent per on pusque entrar et exir; emperò la on meyns de don et de mal sia

C. 2. Aprovechamientos de aguas

En materia de aguas, la principal preocupación que muestran los derechos municipales tienen que ver, dada su importancia económica como fuerza motriz, con la construcción de molinos y aceñas. Es verdad que amparados en la inicial amplia disponibilidad de recursos, algunos fueros breves, como los de Miranda de Ebro, Medina de Pomar, Escalona y Arganzón[204], otorgan a los pobladores una plena libertad para tomar agua, edificar molinos o regar sus huertos, pero en la medida en que la riqueza acuífera debe ser compartida por un mayor número de usuarios proliferan las limitaciones.

Excluida, lógicamente, como se advierte en los fueros de Jaca y de Pamplona, la realización de molinos o presas en las corrientes fluviales o arroyos que discurran por tierras regias o señoriales sin el consentimiento de los titulares de éstas[205], al igual que —como se señala en el fuero de Alba de Tor-

---

d'aquels de qui son les honors, per que deu esser aquela carrera e aquel entrador et aquel exidor. (2) Mas si por auentura aquel qui aura aquela honor a la qual no pusca entrar ne exir sino per honor d'altre, e ell per auentura o son antecessor en aquel loch, auia honor, e la aura venuda, e aura rentengut aquel loch, e no's aura retenguda carrera per on pusca entrar ne exir a aquela, jamas per honor dels altres veyns ne d'aquel a qui aura venut no pusca entrar ne exir, si doncs ab eyl no's n'aue per compra o per altra rao. (3) Atressi, si algu volra arabaçar laurar o fer vinya o altra honor en algun loc, com moltes vegades s'esdeue en les muntanyes et en les garrigues, al qual arrabaçar o laurar, ell no pusca entrar ne exir sino per honor o per garriga d'altre, james aquí no pusca entrar ne exir, si donc nos'en posa ono's n'aue per compra o per altra rao ab lo senyor de la honor o de la garriga".

[204] *Fuero de Miranda de Ebro*, 1099, (n. 45), [30] "(…) Et isti populatores de miranda habeant licenciam liberam, quitam et ffrancam intra suos terminos et alhozes quod ubicumque potuerint ffaciant rotas, aut molendinos, aut piscarias, aut regeras, siue in suis hereditatibus, siue in exitu aquarum uel moncium (…)". *Fuero de Medina de Pomar,* 1181-IV-25 (G. Martínez Díez, *Fueros locales* (n. 44), núm 24, pp. 165-168), [35]: "Et habeant ipsi populatores de Medina plenariam potestatem accipiendi aquam ad molendinos constituendos vel ad terram vel hortos rigandos sive ad quodcumque eam opus habuerint necessariam". *Fuero de Arganzón*, 1191-XII (G. Martínez, *Fueros locales*, núm. 25, pp. 169-171), [36] "(…) Et si habueritis opus aquis pro rigare vel pro molendinos facere, accipite illas et conducite prout melius potueritis (…)". *Fuero de Escalona,* 1130-I-4 (A. García Gallo, *Los fueros de Toledo* (n. 40), núm. 5, pp. 464-467), [9]: "(…) Adhuc autem unusquisque ubi potuerit facere pesquera aut molino, faciat".

[205] *Fuero extenso de Jaca*, redacción A: [147]: "D'om qui uol bastir molins en ayga qui corre en terme d'alguna uila: Asi com es antic fuero et aprouat d'Aragon, en alguna ayga capdal que corra dintz los termens d'alguna uilla que sia del rey o de infançon o de dreituras que sian donadas a religion, altr'om, qui.s que sia, aquella ayga no deu ni pot bastir molin ni forn senes promission e don del rey o d'altre synnor de qui sia aquella uilla". Similar en redacción C, [7]: "De far molins en agoa capdal (…)"; redacción D, [7]: "De far molinos en aguoa caudal (…)"; redacción E, [8]: "De far molins en ayga cabdal (…)". *Fuero de Pamplona*, redacción S, [8]: "Segont lo for uieyll et laudat, en ninguna ayga capdal que corra de dinz lo terminant d'alguna uilla que sia del rey o d'algun infançon, o de dreyturas que sian donadas a religion, nuyll omne en aquela ayga non pot far per for molin sens mandament del rey o de altre seynor a qui pertanga aquella uilla; o si es de alguna religion, car aquel for eneys han les omnes de religion"; redacción B, [8]: "De rey. De non far molin en aygua cabdal sens uolontat (…)"

mes[206]— su ubicación en una heredad ajena, aquél que desee construir molinos, presas o acueductos debe tener asegurado el acceso a los mismos. Así se establece en el fuero de Cuenca, en varios de los integrantes de su familia y en los de Sepúlveda y Soria, en los que se requiere que el artífice de esta obra disponga de tres pasos de ancho en el camino y de nueve pasos en su derredor, así como de vías de entrada y salida por su propio terreno en el caso de que el molino estuviese emplazado en el medio del río[207]. No obstante, en el

---

[206] *Fuero de Alba de Tormes* (A. Castro y F. Onís, *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes,* I, *Textos,* Madrid, 1916, pp. 291-339), [99]: "De fazer acenna: Qui acenna o molino fiziere, nolo faga en heredat agena; e si fiziere azenna o molino, assi lo faga que non uiede el moler al otra que ante fue fecha; e si mal fiziere alotra, desatela; e si non la desatare, peche C morauedis e desatela (...)".

[207] *Fuero de Cuenca*: Forma sistemática, [VIII, I]: "De molendinis, et aqueductis, atque gurgustijs: Molendinus, quem quis in hereditate sua fecerit, habeat tres passus in uia in amplo, et habeat molendinus spacium in circuitu nouem passus: sin autem non ualeat"; [VIII, II]: "De eo qui in matrice fluuij molendinum fecerit: Siquis in medio alueo fluuij molendinum facere uoluerit, faciat eum sine calumpnia, et sit stabilis in perpetuum, si de propio introitum et exitum habuerit, qualem susperius assignauimus; sin autem non ualeat". Forma primordial, [167]: "De molendinis et aqueductis et gurgustis(…)"; [168]: "De eo qui in matrice fluuij molendinum fecerit: (…)"; Códice valentino, [I, VIII, I]: "De los molinos et del su coto (…)"; Fragmento conquense, [106]: "De los molinos et de las aguas duchus (…)"; [107]: "De aquel que enla madre del rio moljno ffisiere (…)". *Fuero latino de Teruel,* [294]: "De molendinis faciendis (…) Mando itaque quod si quis molendinum in sua hereditate facere voluerit, et omni iura molendini in sua hereditate propria habere potuerit, ipsum faciat quando sibi placuerit, et ipsum liberum habeat et in perpetuum valiturum. Iura enim molendini sunt hec: scilicet ut via eius sive introitus habeat III passus in amplo, et extra domum molendini novem passus in circuitu, iuxta forum (…) Item si quis in medio alveo fluvii molendinum facere voluerit, faciam eum sine calumpnia, et sit estabilis in perpetuum si de proprio introitum et exitum habere potuerit, qualem superius iam est dictum (…)". Similar en *Fuero romance de Teruel*, [333]: "Estos son los derechos de los molinos (…)"; [334]: "Del que en medio del agua fiziere molino (…)". Preceptos que también se recogen en: *Fuero de Iznatoraf*, [150]: "De los molinos et delas acequias et de los cannales: (…)". [151], "Del que en medio del venajo del rrio fiziere moljno: (…)". *Fuero de Plasencia,* [592]: "Titulo de los molinos y las presas: (...)"; [593]: "Del que en medio del río fiziere molino: (…)". *Fuero de Béjar*, [185]: "De fuero de los molinos e de los molineros: (…)"; [186]: "Qui fizier molino nueuo: (…)". *Fuero de Alcaraz,* [III, 39]: "De los molinos e de los aguaduchos: (…)"; [III, 40]: "De aquel que molino fiziere en la madre del rio (…)". *Fuero de Alarcón*, [144]: "Tod aquel que en su heredat molino fiziere (…)"; [145]: "Del que molino fazer quisiere (…)". *Fuero de Úbeda,* [XVIII, I]: "(a) El molino que qualquier fiziere en su heredat (…) (b) E si alguno en medio del venajo quisiere fazer molino (…)". *Fuero de Baeza*, [148]: "De los molinos et de las acequias et de los cannales: (…)"; [149]: "Del que en uenaio del rio fiziere molino: (…)". *Fuero de Villaescusa de Haro*, [145]: "Título de los molinos: (…)"; [146]: "Del molino como vala: (…)". *Fuero de Huete*, [121]: "De los molinos e de lo que les perteneçe: (…)".

Fuero extenso de Sepúlveda, [170]: "De los molinos: Otrossí, molino que alguno fiziere en su heredat, aya la carrera en ancho tres passadas, et aderredor nuef passadas; et si no, non vala; [171]: "De molino que deve seer sin calona: Si alguno fiziere molino en medio del río, fágalo sin calonna ninguna et sea estable por siempre, si oviere entrada et sallida por lo suyo proprio, assí como sobredicho es; et si no, non vala". *Fuero de Soria*, [237]: "Tod aquel que molino fiziere en su heredat, aya tres passos la carrera en ancho, et aya el molino espacio en derredor IX passos, et si non no uala"; [238]: " Si alguno en medio dela madre del ryo molino quisiere fazer, fagalo sin calonna, et ssea estable por siempre, si de suyo propio entrada et exida ouiere, qual dixiemos dessuso; et si non, non uala".

fuero de Alcalá de Henares se prevé la circunstancia de que careciese de tales accesos, lo que se resuelve imponiendo a los vecinos la obligación de darle paso tanto río arriba como río abajo para que pueda llegar al molino y hacer su presa, y amenazándoles con una sanción pecuniaria si se negasen a proporcionárselo[208]. En todo caso, la creación de nuevos molinos o presas no puede ir en detrimento del rendimiento de los previamente existentes, como así se cuidan de advertirlo, ordenando, si esto ocurriese, su destrucción, los fueros de Brihuega, Jaca, Alba de Tormes, Coria, Cáceres, Usagre, Sepúlveda, Cuenca y los con éste relacionados, y Soria[209], y

---

No contempla la concesión de la mencionada carrera el *Fuero de Zorita de los Canes*, [151]: "Delos molinos et delos aduzimientos delas aguas et delos calzes. Los molinos ayan tales exidas et tales entradas quales fasta aquí ouieron"; Sí se ajusta, por el contrario, al tenor de los otros fueros en [152]: "Del que enla madre del rio molino fiziere (…)".

[208] *Fuero de Alcalá de Henares,* [55]: "Todo ome de Alcala o de so termino qui ouiere molino, denle carrera rio arriba et rio aiuso de amas partes: por o entre el molino, e faga su presa; e si ya non quisieren dar pechen v soldos al duenno delmolino, et denle carrera (…)".

[209] *Fuero de Brihuega*, p. 296: "Los molinos de briuega: los vieios seyan primeros et si nouos quisieren fazer, faganlos de guisa que no fagan danno a los uieios, et si mal les fizieren, pechen ge lo el danno que fizieren". *Fuero de extenso de Jaca*, redacción A, [184]: "De molins que son lo un sobre l'altre: De dos molins que seran feytz un sobre altre; lo qui primer sera feyt e puxas ne fan altre dios, si engorda lo molin que fo feyt primer, escombre la cequia e meta synnal dios lo cacao de la part de foras en aquela agua de que molen les molins e fagan so acutz dios; e quant molran amdos los molins, si aquela agua cobrira aquela synnal, tan profonen la cequia del molin dios entro que uinga l'ayga entro a so seynnal dret en aquela manera que no s'ongorg lo molin de sus". *Fuero de Alba de Tormes,* [99] (véase n. 206). *Fuero de Coria,* [157]: "De molinos e açennas: (…) Los que antes fueron fechos, o despues, tanto alçen que no tuelgan moler al de suso (…)". *Fuero de Cáceres*, [159]: "Molinos y acennas: (…) Tod omme que molino fiziere en uirgen, de guisa lo faga que non enpeezca a molino uieio de iuso nin de suso, et si danno recibier per el, peche el tod el danno a so donno con IIIIº morabedis, medios al quereloso et medios alcaldes. Et si II molinos fueren fechos en uirgen, el qui a primas fue fecho uala, et a primas molio. Et si danno recibier per el, tam nouo molino quem uetero, peche la calopna supra scripta et derribelo (…)". Muy similar en *Fuero de Usagre*, [161]: "Molinos y acennas: (…)". *Fuero de Alfaiates*, [156]: "Los molinos nec açenias: (…)". *Fuero de Castel-Rodrigo*, [VI, 21]: "De moinos e de azenias: (…)". *Fuero de Castello-Melhor*, [249]: "De molinos e açenas: (…)". *Fuero de Castello-Bom*, [161]: "Los molinos et las azenias: (…)". *Fuero extenso de Sepúlveda*, [172]: "Del molino que non faga trabaio al otro dante: Qui fiziere molino de nuevo, guárdesse que non faga trabaio al molino que fue fecho primero, por qual parte se quiere, ni ayuso ni a assuso, ni a diestro ni a siniestro; ca si el nuevo fiziere angostura o trabaio a los vieios, non vala, mas échenlo". *Fuero de Cuenca*: Forma sistemática, [VIII, III]: "De eo qui molendinum de nouo [fecerit]. Quicumque molendinum fecerit de nouo, caueat quod non noceat alicui molendino primitus facto, quacumque sit parte, siue superius, siue inferius, siue dextrorsum, siue sinistrorsum: quia si forte nouus molendinus impedimentum fecerit, aut angustiam molendinis, qui antea fuerint, diruatur et non ualeat"; [VIII, IV]: "De eo qui presam nouam [fecerit]. Similiter noue prese destruantur, si in aliquo ueteribus fecerint impedimentum, que sint superius, uel inferius, destrorsum, uel sinistrorsum". Forma primordial, [169]: "De eo qui molendinum de nouo fecerit: (…)"; [169]: "De eo qui prensam nouam fecerit: (…)". Códice valentino, [I, VIII, 2]: "Del que fiziere molino de nuevo: (…)"; Fragmento conquense, [108]: "De aquel que molino de nuevo ffisiere: (…)"; [109]: "De aquel que pressa nueva ffisiere: (…)". Similar en *Fuero latino de Teruel*, [294]: "De molendinis faciendis: (…)". *Fuero romance de Teruel*, [335]: "Del que molino querrá far de nueuo: (…)". *Fuero de Iznatoraf*, [152]: "Del moljno de nueuo fazer: (…)"; [153]: "Del que presa de nueuo fiziere: (…)". *Fuero de Zori-*

con diverso enunciado el Fuero Viejo y el Libro de los Fueros de Castilla y el Fuero Real[210].

Otra cuestión merecedora de regulación en diversos textos forales es la relativa al problema de la inmisión de aguas procedentes de otra heredad aledaña carente de salida propia. En el fuero zamorano de Villamor de los Escuderos para canalizar estas aguas se arbitra la solución de exigir que cada propietario abra un cauce de suficiente profundidad delante de su tierra o de su prado, encomendándose la misión de velar por el cumplimiento de este mandato a tres hombres buenos[211]. Sin embargo, la pauta más habitual es —repitiendo el criterio generalmente adoptado respecto a las servidumbres de paso— la de que se procure facilitar el tránsito o la conducción del agua por los fundos colindantes, pero atenuando en lo posible los menoscabos padecidos por éstos. En esta línea, los fueros de Cuenca y Teruel y sus emparentados y los fueros de Sepúlveda y de Soria establecen que el discurrir del agua emanante de un huerto, una viña o cualquier otro predio debe producirse por aquel punto de las heredades contiguas por donde menos perturbaciones cause hasta que vuelva a la madre o al arroyo, o vaya a dar allí donde deje de provocar perjuicios a nadie; pero si alguno de los implicados no quisiera

---

ta de los Canes, [153]: "De aquel que molino fiziere de nueuo: (…)"; [154]: "De aquel que presa nueua fiziere (…)". *Fuero de Plasencia*, [594]: "Del que molino fiziere de nuevo: (…)". *Fuero de Béjar*, [187]: "Qui fizier molino nueuo: (…)". *Fuero de Alcaraz*, [III, 55]: "De los molinos e de las presas e de los calzes que a los uieios enpeecieren: (…)". *Fuero de Alarcon*, [159]: "Del agua pora los huertos: (…)". *Fuero de Úbeda*, [XVIII, I] "(c) E avn aquel que molino faze de nuevo (…)". *Fuero de Villaescusa de Haro*, [147]: "Del que fisiere molino de nuevo: (…)". *Fuero de Huete*, [121]: "De los molinos e de lo que les perteneçe: (…)". *Fuero de Soria*, [239]: "(1) Tod aquel que molino fiziere nueuo, cate que non enpeezca a algun molino primero fecho, a qual parte quier de suso, si quier dyuso, si quier de diestro, si quier de siniestro. Et si por auentura el molino nueuo en peycimiento o angostura fiziere al molino que ante fue fecho, sea derroydo, et non uala. (2) Otrossi las presas nueuas seyan derroydas si en alguna cosa empeeçieren a las uieias, si quier sean de dyuso, si quier de ssuso, si quier de diestro o de siniestro".

[210] *Fuero Viejo de Castilla*, [IV, VI, V]: "Cónmo deue tajar el agua, quando alguno quisiere adobar su molino: (…) Et, sy molino quisiere fazer omne de nuevo en su heredat, puédalo fazer, non faziendo mal a los otros molinos nin a las otras heredades agenas (…)". También se repite este principio en una fazaña recogida en [IV, VI, I]. *Libro de los Fueros de Castiella*, [148]: "(…) Et, si molino quisiere omne fazer en su heredat de nuevo, puédelo fazer, non faziendo mal a los otros molinos nin a otras heredades agenas (…)". *Fuero Real*, [III, IV, 4]: "Si algún omne quisiere fazer molino en su heredat, fágalo de guisa que non faga danno a otro ninguno".

[211] *Fuero de Villamor de los Escuderos*, 1259-V-11 (J. Rodríguez Fernández, *Los fueros locales* (n. 50), núm 67, pp. 370-371), [1]: "Que cada unu sea tenudo de abrir el calze del agua ante su prado o ante su tierra, de marco de quatro pies en fondo et de seys en cuna. Et esto sea so pena dun maravedi a quer que lo non feziera et fazer todavia que fazer"; [2]: "Et pora esto comprir dieron tres omnes buenos: Lope Garcia et don Bartholame et Garcia Goterrez, que sean tenudos de comprir estas pusturas sobre dichas et levar las penas ende, assi cuemo es puesto. Et estos tres omnes buenos iuraron de non perdonnar a ninguno en las cennas et de fazeren tener todas las cosas assi cuemo es puesto"; [3] Et el calze develo cada unu omne fazer tan alto devante la sua heredade, segundo que entenderen aquello tres omnes buenos que se puede por hy bien delibrar laz agua".

recibirla, podrá liberarse de esta carga pagando diez maravedíes e indemnizando doblado el daño que ocasionase con su negativa[212]. Por otra parte, si el agua utilizada por los molinos fuese precisa para el riego de los huertos, podrá ser tomada dos veces a la semana, cogiéndola y guiándola en aquél lugar y por aquella parte que los alcaldes considerasen menos lesiva[213], y

---

[212] *Fuero de Cuenca*: Forma sistemática, [V, VI]: "De aqua que emanauerit de aliqua [radice]: Si aqua de orto, aut uinea, aut alia radice emanauerit, fluat per hereditates sulcariorum per loca competenciora, donec uadat ad alueum, uel ad locum, ubi nemine noceat"; [V, VII]: "De eo qui aquam recipere noluerit: Si aliquis sulcariorum aquam recipere noluerit, pectet decem aureos et dampnum duplatum". Forma primordial, [116]: "De aqua que emanauerit de aliqua radice: (…)"; [117]: "De eo qui aquam recipere noluerit (…)". Códice valentino, [I, V, 7]: "Del agua que manare de huerto o de vinna (…)". Fragmento conquense, [61]: "Del agua que manare de alguna rrays (…)". *Fuero latino de Teruel*, [296]: "(…) Item si aqua de orto sive de vinea aut de radice alia, emanaverit, flugiat super hereditatem sulchanorum vicinorum per loca conveniencia donec vadat ad rivium alveum, vel ad locum ubi nemini noceat, vel minus dampnum faciat iuxta forum. Si forte aliquis sulchanorum eam recipere noluerit et probatum et fuerit, pectet XXX solidos et dampnum dupplatum (…)". *Fuero romance de Teruel*, [362]: "De agua que de huerto manare (…)". En igual sentido: *Fuero de Iznatoraf*, [106]: "Del agua que alguna rayz manare: (…)"; [107]: "Del que non quisiere resçebir el agua: (…)". *Fuero de Zorita de los Canes*, [100]: "Del agua que manare de otra rayz: (…)"; [101]: "De aquel que non quisiere reçebir el agua: (…)". *Fuero de Plasencia,* [579]: "Del agua que de alguna raiz manare: (…)". *Fuero de Béjar,* [130]: "De agua que manare de raiz agena: (…)". *Fuero de Alcaraz*, [II, 84]: "Del agua que de alguna rayz manare: (…)"; [II, 85]: "De aquel que no quisiere recebir el agua: (…)". *Fuero de Alarcón*, [104] "Si agua de huerto manare: (…)". *Fuero de Úbeda*, [XII, III]: "Del agua que manare del huerto: (…)". *Fuero de Baeza*, [105]: "De la agua que manare de alguna rayz: (…)"; [106]: "Del que la agua non quisiere recebir: (…)". *Fuero de Villaescusa de Haro*, [104]: "Del agua que manare de alguna rays: (…)". *Fuero de Huete*, [82]: "Del agua que mana: (…)".

Fuero extenso de Sepúlveda, [152]: "Del agua que manare de qualquier raíz: Si agua manare de huerto, o de vinna, o de otra raíz, vaya por la heredat de los sulqueros, por el lugar más aguisado, fasta o vaya al logar do non faga mal a ninguno. Et si alguno de los sulqueros non la quisiere reçebir, peche X mrs. et el danno doblado". *Fuero de Soria*, [261]: "Si agua de huerto o de vinna o dotra rayz manare, uaja por las heredades de los sulqueros por lugares conuenibles, fasta que uaya a lugar o aninguno non faga danno. Et si alguno de los sulqueros reçebir non la quisiere, peche I mr. por pena, et peche el danno atodos aquellos que lo reçibieren por aquella rrazon".

[213] *Fuero de Cuenca*: Forma sistemática, [VIII, XIX]: "De aqua molendinorum que ortis erit [necessaria]. Si aqua, ad quam molendini molerint, ortis fuerit necessaria, habeant eam orti duos dies in septimana, scilicet die martis, et die ueneris, siue aqua sit de calice, siue de fluuio: aqua ducatur et accipiatur in illo loco et ea parte, qua uiderint alcaldes minus esse dampni utriusque". Forma primordial, [185]: "De aqua molendinorum que ortis fuerit necessaria (…)". Códice Valentino, [I, VIII, 14]: "Del agua que es menester para los huertos (…)". Fragmento conquense, [123]: "Del agua delos molinos que alos huertos ffueren menester (…)". *Fuero latino de Teruel*, [294]: "(…) Item mando quodsi aqua ad quam molendini moluerint, ortis fuerit necessaria ipsam in ortis habeant duobus diebus in ebdomada, scilicet die martis et die veneris quamvis aqua illa sit de calice, sive de fluvio, iuxta forum. Aqua vero accipiatur in loco illo et illa parte que alcaldes viderint esse minus dampni utriusque: (…)". *Fuero romanceado de Teruel*, [351]: "De agua de molinos pora huertos: (…)". Con análoga redacción: *Fuero de Iznatoraf*, [167]: "Del agua delos molinos que alos huertos fuere menester: (…)". *Fuero de Zorita de los Canes*, [169]: "Del agua delos molinos que fuere menester pora los huertos: (…)". *Fuero de Béjar*, [205]: "Lieuen el agua por o alcaldes mandaren: (…)"; [206]: "Aguas de los molinos por regar huertos: (…)". *Fuero de Alcaraz*, [III, 56]: "Del agua de los molinos que a los huertos fuere mester: (…)". *Fuero de Alarcón,* [159]: "Del agua pora los huertos: (…)". *Fuero de Úbeda*, [XVIII, VI]: "(b) Sy el agua con que los moli-

estando obligados los beneficiarios a devolver al agua a su procedencia o a su cauce originario y a respetar los turnos ajenos, bajo riesgo, si se los saltase, de ser sometidos a una multa[214].

---

nos suelen moler a los huertos: (…)". *Fuero de Baeza*, [166]: "De la agua de los molinos que a los huertos fuere mister: (…). *Fuero de Villaescusa de Haro,* [161]: "Como ayan los huertos el agua: (…)". *Fuero de Huete*, [131]: "De commo an de regar: (…)".

Fuero de Soria, [256]: "Si el agua de que los molinos molieren fueren mester alos huertos o alos cannamos o alos linos o alos prados, ayan la tres dias en la semana, el lunes et el miercoles et el viernes, del primer dia de mayo fastal dia de sancta Maria mediado agosto. Et el otro tiempo cada semana dos dias, el marthes et el viernes, cada dia des que salliere el sol fasta otro dia el sol sallido, si quier ssea de calze, si quier de ryo. Et el agua ssea aducha et rreçebida por aquella parte do siempre fue aducha et rreçebida (…)". Este precepto no tiene equivalente en el Fuero extenso de Sepúlveda.

[214] *Fuero de Cuenca*: Forma sistemática; [V, II]: "De eo qui aquam ad rigandum tenuerit. Siquis ortum, aut linum, aut canabum, aut alium fructum terre rigauerit, si postquam tenuerit aquam, ad alueum riui uel fluuii eam non duxerit, et dampnum fecerit, pectet illid duplatum, et decem aureos in cauto, si conuictus fuerit; sin autem, iuret cum duobus uicinis, et sit creditus"; [V, III]: "De eo qui in ujce aliena aquam prendiderit. Quicumque aquam in uice aliena prendiderit, aut reciderit, aut uim super aem fecerit, uel iniuste eam defenderit, pectet duos aureos, si conuictus fuerit: sin autem, iuret cun duobus uicinis, et sit creditus (…)". Forma primordial, [112]: "De eo qui aquam ad rigandum tenuerit: (...)"; [113]: "De eo qui in uice aliena aquam prendiderit: (...)"; Códice valentino, [I, V, 3]: "Delos que rregaren los huertos (…)"; [4]: "Del que tomare el agua dela vez agena (…)". Fragmento conquense, [57]: "De aquel que agua de rregar touiere (…)"; [58]: "De aquel que en vos agena agua prendiere (…)". *Fuero latino de Teruel*, [296]: "(…) Item si quis ortum aut linum aut canabum, aut alium terre fructum rigaverit, si postquam rigatum habuerit aquam ad alveum açequie, sive rivi vel fluvii non reduxert, pectet V solidos in cauto et dapnum duplatum quod fecerit si probatum ei fuerit, sin autem juret cum duobus vicinis et credatur. Similiter quicumque aquam in vice aliena prendiderit, sive reciderit, aut vim super eam fecerit, vel iniuste eam deffenderit, pectet V solidos atque dampnum si probatum ei fuerit, sin autem in facto ortorum juret cum duobus vicinis, et sit creditus blasphematus (…)". *Fuero romance de Teruel*, [359]: "Del que huerto regare (…)"; [360]: "Del que agua prisiere en uez agena (…)". Preceptos repetidos en: *Fuero de Iznatoraf*, [103]: "Del que el agua touiere para regar huerto o lino: (…)"; [104]: "Del que toma agua en vez ajena: (…)". *Fuero de Zorita de los Canes*, [95]: "De eo qui aquam ad rigandum tenuerit: (…)"; [96]: "De aquel que en uez agena agua tomare: (…)". *Fuero de Plasencia*, [576]: "Del que huerto regare: (…)"; [577]: "Del que agua en vez aiena prendiere: (…)". *Fuero de Béjar*: [127]: "Del agua que non ouier regado: (…)"; [128]: "Qui taia el agua, o la prende en uez agena: (…)". *Fuero de Alcaraz*, [II, 79]: "De aquel que touiere el agua con que riega e non la enbiare al rio: (…)"; [II, 81]: "Del que en la uez agena el agua tomare: (…)". *Fuero de Alarcón*, [101, 2]: "Si alguno en el huerto lino, o cannamo, o otro fructo regare (…)"; [102, 1]: "E todo aquel que en uez agena agua tomare (…)". *Fuero de Úbeda*, [XII, I]: "(b) Sy alguno rregare huerto, o lino, o cannamo, o otro fruto qualquier (…); (c) Otrosy, todo aquel que en bez agena el agua tomare (…)". *Fuero de Baeza*, [101]: "Del que el agua tuuiere por aregar: (…)"; [102]: "Del que en uez aiena prisiere el agua: (…)". *Fuero de Villaescusa de Haro*, [100]: "Del que regare con el agua: (…)"; [101]: "Del que por fuerça prisiere el agua: (…)". *Fuero de Huete*, [78]: "Del que regare o fisiere danno en huerto: (…)"; [79]: "Del que tomare el agua al otro: (…)".

Fuero extenso de Sepúlveda, [149]: "Del que regare uerto et danno fiziere a otro. Si alguno regare huerto, o lino, o cánnamo, o otro fructo de la tierra, si después que la oviere tenida no la levare al logar onde la aduxo, e danno y fiziere, péchelo doblado con X mrs. en coto, si vencido fuere; si non, iure con II vezinos, e sea creído"; [150]: "Del qui tomare agua en vez d'otro. Qui agua tomare en vez agena, o la taiare, o fiziere fuerça sobr'ella, o la defendiere a tuerto, peche II mrs., si vencido fuere; si non, iure con dos vezinos e sea creído (…)". *Fuero de Soria*, [259]: "Si algun huerto o lino o cannamo u otro fructo de la tierra rregare, si despues el agua non aduxiere a

Obligación, esta última, de respetar el turno de las veces, que también se formula en los fueros de Coria Cáceres y Usagre[215], que asimismo se ocupan de la fuente perenal —esto es, la de fluir incesante— que crease arroyo, disponiendo la creación a su alrededor de una *carrera* de tres brazadas de ancho, si bien permiten al titular de la heredad cerrar su labor cuando no contase con otra aportación de agua abundante, así como explotar en exclusividad la extraída del pozo que hubiese excavado en su propiedad[216].

El mismo principio general que hemos descrito en el derecho municipal castellano-leonés rige también, buscando aquí asegurar el suministro de agua a quien la necesitase para regar, en el fuero navarro de Viguera y Val de Funes, aunque éste se limita a señalar que la corriente se haga fluir por el lugar más conveniente, debiendo indemnizarse al dueño del inmueble afectado por el quebranto sufrido[217]. Y, de igual modo, aparece en el *Fuero General de Navarra*, donde tiene cabida una descriptiva norma, en la que, apelando como justificación a la escasez de agua que habitualmente padecen algunas localidades navarras, se insta al propietario de la fuente que manase permanentemente, tanto en invierno como en verano, a que, cuando no existiese en la villa otra fuente de la que proveerse, atienda la petición de sus convecinos de que les deje acceder hasta su agua, lo que, si fuese preciso señalar el camino, deberán hacer por el sitio más cercano y favorable, y con la particularidad añadida de que a los beneficiados se les conmina a ofrecer al cedente la inusual compensación de un recíproco derecho de paso por igual o

---

la madre del ryo et danno fiziere, peche v. ss. et el danno que fiziere a aquel que lo reçibiere"; [260]: "Qui en uez agena agua prendiere o la destaiare osobre ella fuerça fiziere o atuerto la deffendiere, peche v. ss. por la osadia et el menoscabo que reçibiere a aquel cuya era la uez (…)".

[215] *Fuero de Coria*, [155]: "De fuente que naçe entre quadriellas. Toda fuente que nace entre quadriellas, e fuer fuente de regar, como parten la heredad, partan el agua. E en qual heredad naçiere, ese tome primero, e asi por orden; e dos dias ande fuera, e al quarto dia torne a la heredad do naçe. E los que non venieren al cabze cavar o a fuente mondar, non ayan y parte. E quin la furtar o la destorvar en dia ageno su agua, pechel dos maravedis e doblelle su agua, si ge lo pudier firmar; si non, jure el otro con un vezino e otro no de manquadra. E si non jurar o de plazo cayr, pechel dos maravedis". En muy similares términos: *Fuero de Cáceres*, [158]: "(…) Toda fonte que nasce entre quadrielas (…)", y *Fuero de Usagre*, [159]: "Fonte de quadriellas: (…)".

[216] *Fuero de Coria*, [156]: "De fuente perenal. Toda fuente perenal que arroyo echare en qualquier heredade que sea, denle tres braçadas para carrera en ancho a todo redor de la fuente, e çierre su lavor si otra agua non oviere abondadamientre. E esto sea a aquellos que en su aldea moraren, e no a los otros de otra aldea. E quin pozo cavar en su heredade, no de agua a ninguno por fuero". Disposición reproducida en casi idénticos términos en *Fuero de Cáceres*, [158]: "Fonte perenal: (…)". *Fuero de Usagre*, [160]: "Fonte perenal: (…)". Preceptos similares los encontramos también en los fueros portugueses de *Alfaiates*, [160]: "Tota fonte: (…); *Castel-Rodrigo*, [VI, 22]: "Capitulo de las fontes: (…)"; *Castello-Melhor*, [250]: "Capitudo de las fontes: (…)", y *Castello-Bom*, [160]: "Tota perenal que: (…)".

[217] *Fuero de Viguera y Val de Funes*, [361]: "De heredat cómo debe haber su regadío: Toda vinna o otra heredat que no oujere agoa pora regar, débela haber por logar más conuenjent emendando al dueynno del daynno".

mejor lugar que aquél que esté les facilitase, o bien, si así lo prefiriesen, a entregarle cierta suma monetaria[218]. No menos interesante es un precepto del Fuero de Tudela, referido, no a la creación de una servidumbre de acueducto, sino al respeto debido por el dueño del fundo sirviente al uso de la ya constituida, no pudiendo interrumpir este aprovechamiento recurriendo, por ejemplo, al cierre de su heredad[219].

Merece ser destacado, además, que, en relación con esta materia, en las diversas redacciones de derecho territorial castellano se concede plena eficacia constitutiva al plazo de prescripción de un año y un día, en contraste con el derecho municipal, donde en este campo apenas lo vemos asomar en un precepto del Fuero de Soria —que más tarde mencionaremos—, atinente a la libertad de edificación. Lo hace el *Fuero Viejo de Castilla*, cuando diciendo recoger una arraigada norma consuetudinaria, "*es fuero de Castiella*", deniega, no existiendo uso o costumbre anterior que la justificase, la posibilidad de dejar correr, creando cauce y madre, el agua utilizada para el riego por el terreno de otro propietario en contra de su voluntad y sin su autorización, salvo en el caso de que, conociendo esta intromisión y estando presente en la tierra, éste lo hubiese consentido tácitamente, al no reclamar su interrupción durante el citado período prescriptivo[220]. Y también el *Libro de los Fueros de Castiella*, cuan-

---

[218] *Fuero General de Navarra*, redacción sistemática, [V, V, I]: "En quoal manera pueden tomar logar para fazer fuentes quando han mengoa dagoas. Villas ay en Navarra que ay pocas agoas, en logares flacas fuentes. En estos logares atales si alguno de los vecinos ha en sus heredamientos algún logar que mane agoa que non se seque de yvierno nin de verano, si no ovieren fuent en la villa et los vecinos li demandaren aqueil logar que lis dé pora fazer fuent, dévelis dar por camio, et los vecinos dévenli dar el camio doblado en tant buen logar ó milor, ó si el camio non quisieren, á dineros; et los vecinos faziendo esto, non los deven refusar por fuero, porque hant tant buena part como uno deyllos. Et si carrera ovieren menester, prengan por el mas zercano logar et mas guisado". No he encontrado este precepto en las, más arcaicas, redacciones protosistemáticas.

[219] *Fuero de Tudela*, [106]: "La eredat que nunca fue cerrada, si su sennyor la cerrare otri auiendo y dreito de pasar agua o per qual quiere raçon entrare por las paretes sines el sennor, puedelo facer sin calonia e nol puede dezir que su heredat li a quebrantada".

[220] *Fuero Viejo de Castilla,* [IV, IV, III]: "Que ninguno no puede echar agua por heredamiento de otro contra su voluntad, pero, si lo consintiere anno e día, después non ge lo puede contradezir: Esto es fuero de Castiella. Que, sy algún omne aduze alguna agua para rregar su huerta u otro heredamiento nuevamente, e, el agua de que oviere servido aquella heredat va pasando a otro logar, faziendo madre, dixiere que non ge lo quiere consentir, ca non ovo uso nin costumbre de yr para aquel logar, sy se abinieren amos en partir el rriego o por otra abenençia alguna, pueda ser e non de otra guysa. Mas, sil consintiere pasada por aquel logar de anno e día e más tienpo, seyendo en la tierra e en el logar, entrando o saliendo, non lo querellando, este detenimiento vale en rrazón de agua. Mas, sy estos primeros herederos lo consintieren pasar por aquella su heredat o pasa después por algún camino, usando, e los herederos que son después desto quiérenlo contrallar, pues que los primeros lo consintieron, asy conmo es sobredicho, los que son dende adelante non lo pueden defender". El tenor de esta ley, reproducida casi literalmente, sufre alguna ligera variación en el *Pseudo ordenamiento de Nájera II* (J. Alvarado Planas y G. Oliva Manso, *Los fueros de Castilla* (n. 45), pp. 355-399), que otorga a los herederos de aquél que consintio la invasión la posibilidad, que el Fuero Viejo les niega, de pleitear frente a la permanencia de la servidumbre

do apelando a ese mismo anclaje en la tradición jurídica castellana, ampara la posición de quien, alegando que no hay derecho que lo fundamente, se opone al paso por su heredad del agua del riego procedente del fundo vecino, a no ser que su dueño demostrase que vino haciéndolo durante dicho lapso temporal, dando pie este hecho a la automática consolidación de una servidumbre de acueducto, incluso aunque el reclamante adujese que la propiedad del predio le correspondía a su mujer, si ésta, sabiendo que esta invasión se estaba produciendo, no emprendió actuación judicial alguna para evitarla[221].

Vinculadas a estos aprovechamientos, las Partidas recogen entre las servidumbres rústicas la de acueducto, para dar salida al agua de los molinos y para el suministro de los huertos[222], y la de saca de agua para el riego desde una fuente nacida en propiedad ajena[223].

---

cuando posteriormente se hubiese hecho fluir por un camino usado, [108]: "Titulo del agua de rregar huerta o otras cosas: (…) Mas, si estos primeros herederos que lo consintieron pasar por aquella heredat suya e pasa después por algún camino husado, et los herederos después desto todo quierénlo contrallar, pues los primeros lo sufrieron, asi como sobredicho es, los que son ende adelante aun lo pueden defender". Igual en el *Fuero de los Fijosdalgo y las fazañas del Fuero de Castilla* (J. Alvarado Planas y G. Oliva Manso, *Los fueros de Castilla*, pp. 419-449), [107], y *Pseudo Ordenamiento de León* (J. Alvarado Planas y G. Oliva Manso, *Los fueros de Castilla*, pp. 451-72), [73].

[221] *Libro de los Fueros de Castiella*, [144]: "Titulo del rriego del agua que pasa entre dos heredades: Esto es por fuero; que si una heredat a un omne cabo otra heredat e pasa el agua para rregar la su heredat e non a derecho de rregar por su heredat del otro omne, et viene el duenno de la heredat et dize al otro omne que non pase el agua por la su heredat que non a derecho de rregar por la su heredat, e dize el otro que sí, et que rrego anno e día e a tiempo e a sazon, a la de mostrar así commo es fuero e derecho, et veyéndolo el e non contrallando el rriego. Et aquella heredat por do pasa el agua es heredamiento de su muger de aquel omne que defiende el agua que non pase por su heredat, et tal tenimiento como este non deve valer por fuero. Mas, si puede mostrar que la muger cuya es la heredat le vio rregar como es fuero et sin querella ninguna, tal tenimiento commo este deve valer por fuero, pues la heredat es de la muger".

[222] *Partidas*, [III, XXXI, IV]: "Como puede ome auer seruidumbre en heredad agena para traer agua por ella. Siruen se las heredades las vnas de las otras auiendo entradas, e carreras por ellas, segund diximos en la ley ante desta. E avn se siruen en otra manera, assi como por acequias, e por los otros ciertos lugares por do passan aguas para molinos, o para regar huertas, o las otras heredades. E porende dezimos que aquellos que ouieren tal seruidumbre en la heredad agena, que deuen guardar, e mantener el cauze, o la acequia, o la canal o el caño, o el lugar pordo corriere el agua, de manera que non se pueda ensanchar, nin alçar, nin abaxar, nin fazer daño a aquel, por cuya heredad passare. E si fuere cauze por do vaya agua a algund molino, o acequia para regar huertos, o otra heredad deuen la mantener, e guardar con estacadas non metiendo cantos que embarguen la heredad agena. E si menor agua fuere deuen la traer por arcaduces de tierra, o por caños de plomo so tierra, de manera que ellos se puedan aprouechar del agua, e los otros por cuyas heredades entrare non finquen perdidosos, nin agrauiados por lauor que fagan nueuamente en aquellos lugares por do corriere el agua o por mengua dellos".

[223] *Partidas*, [III, XXXI, V]: "Que la seruidumbre que ome ha en fuente agena non puede ser otorgada a otro sin su mandado: Ganada auiendo ome la seruidumbre de traer agua, para regar su heredamiento de fuente que nasciesse en heredad agena, si despues el dueño de la fuente quisiere otorgar a otri poder de aprouecharse de aquella agua non lo puede fazer sin consentimiento de aquel aquien primero fue otorgada la seruidumbre della. Fueras ende, si el agua fuesse a tanta que abondasse al heredamiento de amos".

La recepción de los principios del derecho justinianeo es, sin embargo, en este punto, todavía más evidente en los *Furs* de Valencia y las *Costums* de Tortosa, en los que, mostrando notables coincidencias, se desarrolla una detallada regulación, centrada, básicamente, en los siguientes aspectos. En primer lugar, retomando una vieja constitución imperial que, marcando la diferencia entre el uso privado y el uso público de las aguas, desautorizaba la conducción del agua originada en un fundo ajeno cuando no existiese consentimiento por parte de aquél a quien pertenecía el uso de la misma, pero incluyéndose ahora la novedad de permitir la toma y recepción del agua sobrante por los propietarios de los predios inferiores, una vez aprovechada por el dueño del terreno de donde emanase[224]. También proviene de un precedente romano la norma que establece el reparto de las aguas de los ríos públicos en proporción a la superficie que tuviese que regar cada uno de los propietarios de los fundos ribereños, a menos que alguno de ellos acreditase su derecho a una porción mayor, al tiempo que se condiciona la posibilidad de encauzar aguas de carácter público a que se haga sin perjuicio de terceros[225].

---

[224] Se trata de C.I. 3.34.4: "Aquam quae in alieno loco oritur, sine voluntate eius, ad quem usus eiusdem aquae pertinet, praetoris edictum non permittit ducere". *Furs de Valencia*. Versión latina, [XLVII, 2]: "(1) Aquam, que in alieno loco oritur, sine voluntate eius ad quem usus eiusdem aque pertinet, iudex non permitit ducere. (2) Addentes huic foro quod donec ille, cuius erit dictus locus ex quo exit aqua, quod ipsam possit accipere, et eam recipiant et habeant postea vicini habentes possessiones inferius". Versión romance, [XLVIII, 2]: "(1) L'aygua que naxerà en altruy camp o loch, sens volentat d'aquel al qual l'us de l'aygua pertayn, negú no la pot pendre. (2) En aquest fur enadex lo senyor rey que dementre que aquel que qui serà lo loch on naxerà l'aygua haurà mester aquela aygua, que la prena e la haje, e quant no la haurà mester, que la prenen e la hajen los vehïns qui seran dejós ell". En la versión original latina no se recoge la referencia al rey, a quien se atribuye la adición. *Costums de Tortosa*, [III, XI, III]: "(1) Aygua que nasca o venga en camp ne en honor d'algu, negu en aquel camp ne en aquela honor no deu entrar ne exir per vsar ne per pendre d'aquela aygua, sens volentat e consentiment d'aquel de qui es lo camp o la honor on aquela aygua es. (2) Mas tantost com aquela aygua es fora del camp o d'aquela honor, tot hom ne pot pendre e vsar d'aquela aygua ab que no faça prejudici a altre camp o a honor d'altre, al entrar ne al exir, sens contrast ne embargament d'altra persona, si que'el seyor del camp o de la honor on l'aygua nayx o ve no y pot ne y deu fer contrast ne embargament".

[225] Dicho precedente lo constituye un rescripto de los emperadores Antonino y Vero, recogido en D. 8.3.17: "Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt aquam de flumine publico pro modo possessionum ad irrigandos agros dividi oportore, nisi proprio iure qui plus sibi datum ostenderit. Item rescripserunt aquam ita demum permiti duci, si sine iniuria alterius id fiat". *Furs de Valencia*. Versión latina, [XLVII, 37]: "Aquam de flumine publico pro modo possessionum ad rigandos agros dividi oportere, nisi proprio iure quis plus sibi datum ostenderit; aquam ita demum permiti duci, si sine iniuria alterius fiat id". Versión romance, [XLVIII, 37]: "L'aygua de flum públich deu ésser partida segons la manera e la granea de les possesions a.rregar los camps, si doncs alcú no mostrave que més li'n fos donada que no li'n pertayia per la part dels seus camp a.rregar. Emperò, l'aygua aquela sie menada a.rregar a aquells camps, enaxí que sie feyt sen injúria d'altre". Las *Costums de Tortosa*, [III, XI, XXX] se apartan de este enunciado, al incluir las fuentes públicas: "(1) Aygua que dauall de riu o de font o de flum public, deu esser partida segons les honors e la quantitat d'elles a regar, si doncs algu no mostraua que ell hi agues millor dret qu'els altres. (2) Pero aquela aygua deuen menar e deu esse menada sens enjuria de sos veyns". En

Respecto a la servidumbre de acueducto, ambos textos exhiben una especial preocupación por la determinación del lugar de su ejercicio, si bien, a falta de la misma, los *Furs* optan por una fórmula cercana a la que hemos encontrado en el derecho municipal de otros territorios, al imponer al beneficiario de la servidumbre que lleve el agua por la parte de la finca menos perturbadora para quien la soporta, mientras que las *Costums* rescatan la solución justinianea de considerar todo el predio gravado en tanto que el concedente no señale con precisión por dónde debe discurrir el agua[226]. También halla eco el antiguo principio romano según el cual esta clase de servidumbre incluye, además, de manera tácita, en su contenido otras facultades accesorias, imprescindibles para asegurar su pleno disfrute, como son un derecho de paso o acceso al agua, así como el preciso para proceder a la limpieza o reparación del cauce por el que ésta fluye, con la obligación subsiguiente del propietario del fundo sirviente de dejar un espacio libre a ambos lados de dicho cauce, en el que poder situar los materiales necesarios para efectuar estas labores de mantenimiento; pero con la peculiaridad, en el caso de las *Costums*, de que parece ponerse más énfasis en el deber del titular de la servidumbre de conservar en buen estado ese conducto o acequia que en garantizar la satisfacción de estos derechos, que en virtud de tal condición le corresponden[227]. Por otra parte, en la mención a la servidumbre de saca de

---

esta última precisión encuentra J. García Sánchez, "La recepción del derecho romano en las *Costums de Tortosa*, en materia de relaciones de vecindad", en *El Derecho común y Europa. Jornadas internacionales de historia del derecho de El Escorial,* Madrid, Dykinson, 2000, 69-82, pp. 78-79, un eco de la vigencia, con aplicación de la *actio aquae pluviae arcendae*, del principio romano por el cual el agua de lluvia debía discurrir de forma natural, siguiendo la configuración topográfica del suelo y del subsuelo.

[226] *Furs de Valencia*. Versión latina, [XLVII, 9]: "Si aliquis concesserit alicui aque iter per domun suam, non destinata parte per quem locum ducat aquam, dicimus eum debere certum locum, per quem ducat, assignare; quod si non fecerit, ille cui concessum aque iter, ducat aquam per illam partem fundi per quam minus dampnum sit concedentis. Hunc forum emendavit et arrozamanzavit dominus rex". Versión romance, [XLVIII, 9]: " (1) Si alcú done a altre que pas aygua per lo seu loch, deïm que li assigne loch, e si no o fa, aquel a qui otorgat serà, pas aquela aygua per loch on meyns de dan sie d'aquel qui l'atorgament li haurà feyt ". *Costums de Tortosa*, [III, XI, VII]: "Si algun hom dona seruitut a altre per son camp o per sa vinya o per sa honor, que li don carrera on pusca entrar o exir o qu'en pusca passar aygua e no li assignara per qual loc, tot lo camp vinya o altra honor li es obligat, tro que ell li do e li asigne couinent carrera por on pusca entrar et exir o passar aquela aygua; que no pot vedar que no pas o faça passar aquela aygua per qual loc el se vulle". Respecto al texto que ha podido servir de inspiración a los redactores tortosinos, F. L. Pacheco Caballero, *Derecho valenciano* (n. 199), p. 385, descarta que haya sido D. 8.3.21, proponiendo con reservas que puede responder a una adaptación, con notables alteraciones, de D. 8.3.13.1.

[227] Lo que induce a F. L. Pacheco Caballero, *Derecho valenciano* (n. 199), p. 385, a dudar de que se haya manejado el mencionado antecedente romano contenido en D. 8.4.11.1: "Si prope tuum fundum ius est mihi aquam rivo ducere, tacita haec iura sequuntur, ut reficere mihi rivum liceat, ut adire, qua proxime possim, ad reficiendum eum ego fabrique mei, item ut spatium relinquant mihi dominus fundi, qua dextra et sinistra ad rivum adeant et quo terram limum lapidem

agua de fundo ajeno (*aquae haustus*), los dos ordenamientos reproducen la concesión complementaria reconocida en el Digesto del *iter ad hauriendum,* si bien en contraste con los *Furs*, que únicamente añaden la identificación de los pozos y las fuentes como la localización normal de su realización, las *Costums,* apartándose otra vez ampliamente del tenor del precepto romano, incluyen la previsión de que en el caso de que el dueño del predio sirviente rechazase la cesión de esta *carrera*, el veguer, acompañado por dos o tres prohombres, deberá fijar mediante sentencia ese itinerario, allá por donde más conveniente resultase para las partes[228]. Finalmente, merece ser comentada otra norma de las *Costums*, que, *a sensu contrario*, viene a afirmar la potestad de todo propietario de abrir un pozo o una fuente en su heredad, sin que el vecino pueda impedirlo con el argumento de que ello actúa en menoscabo o privación del agua que fluye o brota por su terreno, a no ser que antes se hubiese constituido una servidumbre específica con tal objeto[229].

---

harenam calcem iacere possim". *Furs de Valencia*. Versión latina, [XLVII, 17]: "Si quis per fundum vicini sui habuerit ius aquae ducendae ad rigandum fundum suum, pro hoc habere debebit viam ad rigandum et purgandum rivum vel refitiendum; et dominus fundi debet relinquere spatium ex utroque latere ad ponendum ea que sunt ad reficiendum necessaria, et in quo limus et que de rivo extrahuntur, reponantur". Versión romance, [XLVIII, 17]: "Si alcú per lo camp de son vehí haurà dret, ço es, servitut, de menar aygua a.rregar lo seu camp, per ço deu haver carrera al riu o a la cèquia a escombrar o a refer; el senyor del camp deu a ell lexar espahi de cascuna part de la cèquia en què pusque posar aqueles coses que seran obs a refer lo riu o la cèquia e en què pusque posar les escombradures el terquim d'aquel riu o d'aquela cèquia". *Costums de Tortosa,* [III, XI, XIV]: "(1) Quan algu ha servitut de menar aygua per camp o honor d'altre a regar lo seu camp o sa honor, deu auer carrera prop de la riba d'aquel ayguaduyt tro a aquel loc d'on aquela aygua ix. E si per auentura aquela cequia o aquel ayguaduyt couendra a escurar o a escombrar, deu posar ço que d'aquela cequia o ayguaduyt traura o escurara per les hores d'aquela cequia o ayguaduyt, e fer tot milloramente en aquela cequia o ayguaduyt que fer hi volra, e totes hores que fer o vulla, que o pusca mellorar e fer".

[228] D. 8.3.3.3: "Qui habet haustum, iter quoque habere habere videtur ad hauriendum (…)". *Furs de Valencia*. Versión latina, [XLVII, 18]: "Qui habet haustum in puteo vel fonte vicini sui, iter quoque debet habere ad hauriendum". Versión romance, [XLVIII, 18]: "Aquel qui ha servitut de pendre o de poar aygua el pou o en la font de son vehí, deu haver carrera a pendre o a poar aygua d'aquel pou o d'aquella font". *Costums de Tortosa,* [III, XI, XIV]: "(2) E si ha servitut tan solamente de puar aygua en pou o en font de son vey, deu auer carrera prop aquela aygua on pusca entrar e exir al aygua o puar. E si per auentura li era contrastat, lo Veguer ab dos o ab tres Prohomens deu lá anar, e per sentencia d'aquels ciutadans que lá iran, deven la y assignar lá on eyls conexeran que myls sia a les parts; e que james no li sia contrastada, que en qualque manera contrast sia d'aytals seruituts, per sentencia del Ciutadans ab lo Veguer ensemps se deven determenar destruir e reparar adobar e millorar".

[229] *Costums de Tortosa*, [III, XI, XXIX]: "Si yo fac couinença a mon vey que no faça pou en les mies cases o en els mies honor, per ço que el meu pou que faria no sec les venes del pou de mon vey, val aquesta couinença e aquesta paccio e aquesta seruitut axi feyta e posada". Cabe establecer una conexión de este precepto con lo principios contenidos en D. 39.3.21: "Si in meo fundo aqua erumpat, quae ex tuo fundo venas habeat, si eas venas incideris et ob id desierit ad me aqua pervenire, tu non videris vi fecisse, si nulla servitus mihi eo nomine debita fuerit, nec interdicto quod vi aut clam teneris".

De la servidumbre de acueducto también se ocupan, aunque no con la detención que dedican a otras servidumbres, las *Ordinaciones de Sanctacilia*, que, sin entrar en cuestiones atinentes a la naturaleza intrínseca de la misma, se centran en la formulación de ciertas reglas técnicas destinadas a facilitar su ejercicio. En concreto, la que impone al propietario del predio sirviente la obligación de dejar un espacio o senda de dos palmos y medio de ancho junto al cauce que debe habilitar para que discurran las aguas[230]; y la que exige colocar una pared de piedra y mortero más alta que el cauce, cuando éste pasase al pie de una pared, con el fin de protegerla[231]; lo que halla equivalencia en la contrapared que se le ordena levantar a quien tuviese su huerto al lado de la pared perteneciente al vecino, para evitar que por efecto del riego ésta sufra deterioro[232].

C. 3. Paso, pasto y conducción hasta el abrevadero del ganado

A pesar de que no cabe dudar de su existencia en la práctica, las servidumbres de paso y de pasto y conducción hasta el abrevadero del ganado concertadas entre particulares no han dejado reflejo en los textos analizados. Al contrario, los que sí proliferan son los preceptos dedicados a fijar la indemnización debida por la intromisión del ganado en los sembrados, viñas, eras o huertos ajenos, normalmente consistente en la facultad de apropiarse de un determinado número de cabezas, dependiente del tipo de animal del que se trate". Así, medidas de esta clase las vemos aparecer en fueros breves como los zamoranos de Fradejas y Fresno de Sayago[233], en los

---

[230] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [9]: "De recs de ayguas. Encara, que si ningun hom haurá de dar passatge á aygua per menar á algunas honors que haja á lexar spay ó carrera de dos pams é mig de destre ultra lo rec hon la dita aygua passará, qui sie apres".

[231] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [57]: "Reg. Encara, que tot hom qui aygua men riba paret de son vehi, per regar algunas honors deja fer de pedra, e de morter una fila alats de la paret hont laygua passará, e pus alt que laygua que aquent passará per tal que las parets nos puxan destruir". En un sentido similar, *Recognoverunt proceres* (cito por J. M. Mans y A. Miñarro, *Recognoverunt proceres (transcripció del text original)*, Barcelona, Universitat Catalana, 1933, pp. 1-24), [65]: "Item quod vicinus non possit facere baciam iuxta parietem vicini proprium uel comunem nisi faciat ibi iuxta parietem vicini bonum parietem de bono lapide et cemento de uno palmo et dimidio et de altitudine in quamtum simus et aqua ascendunt".

[232] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [35]: "De alambor de hort. Encara, que si ningun hom fará hort apres de paret de son vehi, en alberg, ó en casas, que haja ha fer paret, de un palm ab bon morter, entre la paret é lo hort per tal que las parets nos consuman, é que sie pus alt quel hort un palm".

[233] *Fuero de Fradejas*, 1263-XI-27 (J. Rodríguez Fernández, *Los fueros locales* (n. 50), núm 67, pp. 370-371): "Esta es la postura que faz el Conceyo de Fradexas ante el Obispo sobre guardamento de sus omnes et de sus vinnas et de sus prados et de sus huertos: 1. Toda bestia, todo boy o vaca que entraren en lavore agenos peche su dueño por cada cabeza un dinero al Conceyo et el danno al sennor de la heredat. 2. Et se fuer de noche, peche una ochava de vinno al Conceyo

semiextensos castellanos de Guadalajara, Brihuega y Fuentes de Alcarria[234], en los leoneses de Zamora, Ledesma, Salamanca y Alba de Tormes[235], en los navarros de Pamplona, Viguera y Val de Funes y de la Novenera[236], y

---

et el danno doblado al sennor della heredat. 3. Por lo porco o por la oveja senas sayas, de dia. Et, se fuer de noche, doblado. 4. Et se fuer mano de ganado de V fasta XX ariba, peche un cantaro de vinno al Conceyo, se fuer de dia. Er, se fuere de noche, I moravedi al Conceyo, et a su dueno della heredat el danno doblado. 5. De ansares et de anades, por cada duas cabezas una meya. Et la cabeza que aduger fiyos, un dinero". Los mismos términos de este acuerdo son reproducidos en el *Fuero de Fresno de Sayago*, s. XIII (J. Rodríguez Fernández, *Los fueros locales*, núm. 78, p. 388).

[234] *Fuero semiextenso de Guadalajara*, [36]: "De Março arriba ganado que entrare en mies peche por la caveça fanega, e fasta Março, media fanega; e por arvejas e mijo asy peche como por çenteno, e por garvanços como por trigo. Et por diez porcos e por diez ovejas, una fanega. E si fuere paçida o arrancada mata de cogonbro, peche un sueldo, e por col, arrienço. Et en vinna por entrada, a la cabeça tres cotos". Curiosamente, la invasión de las viñas queda fuera de este régimen, [37]: "Por danno de vinna, non preste nula sobrepuesta". *Fuero de Brihuega,* p. 301: "Si ganado entrare en uerto et fiziere danno de dia peche el danno et I maravedi, et por de noch el danno duplado et II maravedis si gelo pudieren prouar et si non por de dia salues con I uezino et por de noch con II uezinos". *Fuero de Fuentes de Alcarria*, [92]: "Si ganado entrare en huerto et fiziere danno de dia peche el danno et I morauedi, et por denoche el danno duplado et dos morauedis si gelo pudieren prouar, et si non por de dia salues con un uezino et por denoche con II uezinos".

[235] Citaré solo algunos ejemplos: *Fuero de Zamora,* [51]: "Del danno que faz el ganado. Oueyas que entraren en uinas uendimiadas, quienas hy tomar, prenda un carnero delos meyores quehy andaren, enon respondan por el; ese en miesses ayenas entrare, peyche por cabesça senas medias ochauas. Ede qual pan fiezieren danno, de tal den el peycho"; [52] "Bues o uacas o caualos oyeguas omulas omulos que ensenbradas ayenas oen lauores ayenos entraren, cada cabesça pechen sennas fanegas; e asno o asna, sena medias fanegas. E se entraren en uinnas o en ortos, peche dos ss. e. un. dineros. E de qual semiente fezieren danno, de tal den el asmo". *Fuero de Salamanca*, [66]: "Las oueyas non entren enlas uinas; e si entraren, tome el senor dela uina o omne de su pan VI carneros o VI oueyas ende. Esi dixieren que non entraron hy, iure con II uezinos, que aquelos que tomo, que dentro los uio e non responda; e si el senor dela uina non quesier iurar, iure el pastor con II uezinos, e ysca de calonna. Esi asnos hy entraren por cada asno peche I soldo, por uina uindimiada; ebues epuercos, otro si". *Fuero de Ledesma*, [35]: "Oueyas non entren enllas uinnas; e si y entraren, prenda el duenno de la uinna o omne de su pan VI carneros o seis oueyas ende. Ese el dixier: "non entraron y", iure con II uizinos que por ende prendio ellas e por que dentro las uio, e non responda; e se el senor dela uinna non quesier iurar, iure el pastor con II uezinos, e ixca de calomia. Et si asnos y entraren, peche cada asno I soldo, por uinna uindimiada; e por bueys , otrossi, e por puercos, otro tanto". *Fuero de Alba de Tormes,* [79]: "Omne aldeano que uiere ouexas o porcos andar en su prado, o en su ort, o en su era con pan, o en su restroxo con treznales, uaya en pos el ganado, e prenda I porco o I ouexa o I carnero, e faga ende su uoluntat (…)"; [80]: "Todo omne aldeano que uiere oueyas en sua uinna andar, uaya en pos elas, e prenda II carneros o II ouexas o II cabras o I porco de Pascua mayor fasta uendimia cogida. E de uendimia cogida fasta Pasca, prenda I carnero o I ouexa o I cabra o I porco; e esto de uinna labrada de uieyo, e non per eria (…)".

[236] *Fuero de Pamplona,* redacción S, [164]: "Si lo seynnor d'algun logar uedat trova altruys oueylles paysent, si uol, de cada grey une ne pot matar de dia per for; et si les trova de nuyt, puyra ne matar dos. Mas pero si non les mata en logar uedat, a peytar les aura con la calonia que es LX solz. Mas sabuda cosa es que del dia de Sant Miguel entroa la Santa Croz de may ningún logar no a ocasión de matar ganat si no era establit de uezinal"; redacción B, [251]. *Fuero de Viguera y Val de Funes*, [75]: "De tomar carneros. Otrosí, si entrare ganado en las defesas o en las lauranças de sus vezinos ay embargo e tomará carneros". *Fueros de la Novenera*, [169]: "De ganado que entra en pieça. Nuill ombre que su pieça siegue et si entran oueillas o ganado ninguno, eill estando o su ombre en la pieça, peyte'l el daynno mas non coto".

con especial reiteración en los extensos de Cuenca, Teruel, Sepúlveda y Soria[237].

Aunque también escapan, obviamente, del ámbito de las servidumbres, sí que ofrecen interés algunas limitaciones legales relacionadas con estas actividades. Muy indirectamente se hallan implícitas en el fuero burgalés de Cuevacardiel de 1052, cuando se otorga permiso para llevar los ganados de la población a pastar y beber donde quiera que pudieran disponer de agua y de herbaje[238].

---

[237] Por ello, me limitaré a recoger solo algunos de tales preceptos. *Fuero de Cuenca*: Forma sistemática, [III, XXV]: "De ganato qui in area dampnum fecerit: Si alienus ganatus in area dampnum fecerit, qualiscumque sit dominus ganati, soluant pectum, uel iuret, sicut pro messe dictum est. Tamen donec uicarius ganati exeat, quilibet custodiat aream suam nec colligat pectum pro dampno quod in ea euenerit. Post exitum autem uicarij colligat pectum, sicut dictum est (…)". [V, I]: "De cauto ortorum, et de custodia eorum: Si ganatus alicuius in ortum alienum intrauerit, dominus eius pectet dampnum quod fecerit, et unum aureum in cauto, si de die hoc fuerit. Si autem de nocte, pectet duos aureos, et dampnum quod fecerit duplatum, si conuictus fuerit (…)". Forma primordial, [87]: "De ganato qui in area dampnum fecerit (...)"; [111]: "De cauto ortorum et de custodia eorum (...)". Códice Valentino, [I, III, 15]: "Del ganado que fiziere danno en era (…)"; [I, V, 1]: "De los huertos e del ortelano e de su coto (…)". Fragmento conquense, [35]: "Del ganado que danno fiziere enel era (…)"; [56]: "Del coto de los huertos e dela guarda dellos (…)". *Fuero latino de Teruel,* [296]: "Mando itaque quod si ganatus alicuius in ortum alienum intraverit, dominus ganati pectet omne dampnum quod fecerit, et V solidos in cauto, si factum fuerit hoc de die. Si vero de nocte factum fuerit, pectet X solidos et damnum dupplatum, si probatum ei fuerit, iuxta forum (…)". [300]: "Item sciendum est quod si ganatus alienus qualiscumque sit in era dampnum fecerit et hoc probatum fuerit, dominus illius ganato ut forum est de messe solvat pectum: (…)". *Fuero romance de Teruel,* [357]: "De coto de los huertos: (…)"; [410]: "De ganado que en era dannyo fará (…)". Disposiciones similares las encontramos en *Fuero de Iznatoraf*, [78]: "Del ganado que danno fiziere enel era. (…)"; [101]: "Del coto de los huertos e dela guarda: (…)". *Fuero de Zorita de los Canes*, [71]: "Del ganado que en el era danno fiziere (…)", [94]: "De cauto ortorum et de custodia eorum: (…)". *Fuero de Plasencia*, [561]: "De la bestia que danno fiziere: (…)"; [563]: "De la bestia que entrare en la vinna: (…)"; [574]; "Si ganado de alguno en huerto aieno entrare (…)". *Fuero de Béjar,* [100]: "Ganado que fizier danno en era: (…)"; [125]: "Del coto de los huertos e de los ortolanos: (…)". *Fuero de Alcaraz,* [II, 55]: "Del ganado que en el era danno fiziere: (…)", [II, 78]: "Del coto de los huertos e de la guarda d'ellos: (…)". *Fuero de Alarcón,* [80]: "Del ganado que danno faze en el era: (…)"; [101, 2]: "Del ganado que entrare ennos huertos: (…). *Fuero de Úbeda*, [XI, IIII]: "Del danno del buey o de bestia o de otro ganado qualquier: (…); [XII, I]: "(a) Si ganado de alguno entrare en huerto ageno (…)". *Fuero de Baeza*, [79]: "Del ganado que en la erafiziere danno: (…)"; [100]: "Del coto de los huertos: (…)". *Fuero de Villaescusa de Haro*, [78]: "De las eras que sean guardadas: (…); [99]: "Titulo de los huertos: (…)". *Fuero de Huete*, [63]: "Del danno que el ganado fisiere en el era: (…); [76]: "De las calonnas del huerto: (…)". *Fuero extenso de Sepúlveda,* [129]: "De ganado que fiziere danno en era: Si algun ganado fiziere danno en era, con qualquier ganado que sea, el duenno del ganado dé el pecho o iure, como por la mies es dicho (…)"; [147]: "Del ganado que entrare en huerto: Si ganado entrare en huerto ageno, el sennor del ganado lo peche todo el danno quanto y fuere, por de día un mr., por de noche II mrs. et el danno doblado, si vençido fuere; et si non iure el duenno del ganado, solo por de día, et por de noche con dos vecinos e sea creído (…)". *Fuero de Soria*, [220]: "Si ganado alguno en huerto ageno entrare, assi como buey o bestia u otro ganado mayor o puerco, peche el senor del ganado I ss. por el entrada, et el danno que fiziere. Si ganado, como son oueias en huerto ageno danno fiziere, peche por cada cabeça dos dineros; por cada cabra, IIII dineros".

[238] *Fuero de Cuevacardiel*, 1052-XII-12 (G. Martínez Díez, *Fueros locales* (n. 44), núm. 2, pp. 122-123): [7]: "Et mando ut ipsum ganatum de Cova Cardelli quoquo modo audeat in totas partes pascendo et bibendo usque ibi potuerit alcatzare aquas et herbas pascendum et bibendum".

Pero asoman con gran nitidez en la carta de franquicias de Figueras de 1295, al denegarse a los animales foráneos la entrada para pastorear dentro de los términos de la localidad, con excepción de lo que pudiesen pacer cuando estuviesen pasando en tránsito[239]. Autorización que también se concede en el fuero de Viguera y Val de Funes, por una noche y sin daño del fruto o de la dehesa[240]. Y que asimismo se reconoce en el fuero de Soria a favor de los ganados extraños, dejándoles pastar durante uno o dos días en todos aquellos lugares que no estuviesen adeheseados ni cerrados, incluso en contra de la voluntad de su propietario[241]. Al igual que en el Fuero Real, que añade la condición de que no se causen daños a los árboles frutales o de otra utilidad, y prevé la multa a satisfacer por quien expulsará de los campos abiertos o retuviese en su casa el ganado perteneciente a los *omnes uiandantes*; una pena pecuniaria que se repartirá por mitades entre el dueño de las bestias y la hacienda regia[242].

Finalmente, dentro de la categoría de las servidumbres rústicas, las Partidas recogen la consistente en la concesión voluntaria por el dueño del agua a los propietarios de las heredades cercanas de un derecho de paso hasta la fuente o el pozo situados en su predio para que puedan beber ellos o sus labradores o para que lleven a abrevar a sus ganados, y la que permite meter los bueyes u otras bestias de labor en un prado o dehesa ajena, de la cual se subraya, incluso, su índole predial, al advertirse de la permanencia de la carga aun en el caso de que la titularidad del fundo sirviente cambiase de manos[243]. También,

---

[239] *Carta de franquicias de Figueras*, 1295-I-13 (J. M. Font Rius, *Cartas de población* (n. 45), núm. 359, pp. 528-530), "(…) Item, quod bestiarum extraneum non intret in terminos dicti loci de Figeriis ad pasturandum cum termini dicti loci sint stricti et non possint sufficere nestiariis ipsius ville salvo tamen quod posent inde pascare passaticum faciendo (…)".

[240] *Fuero de Viguera y Val de Funes*, [438]: "Et si ganado estraynno pasare por el término de la villa por demmandar su vida non debe dar peage al seynnor, e puede fincar en el término por una noche sin daynno del fruyto e de la defessa (…).

[241] *Fuero de Soria*, [24]: "Los estrannos metan sus ganados et sus bestias a pascer sin calonna en los lugares que non fueren dehesados ni çerados et suelguen y un dia o dos si quisieren, maguer el duenno del lugar non gelo otorgar; et guarden se de derraygar nin de cortar arboles que son pora leuar fructo o pora madera. Et si alguno destos lugares los facare et los accorralare, peche por cada cabeça".

[242] *Fuero Real,* [IV, VI, 4]: "Los uiandantes puedan sus bestias e los otros ganados meter a paçer en los logares que non sean cerrados ni deffesados e puedan descargar e folgar por un día o por dos al más, si el duenno del logar non ge lo otorgar, et guárdense de desraygar nin de taiar árbores que tengan fructo o otros grandes que son pora lauores que no son de cortar". [IV, VI, 5]: "Ningún omne non sea osado de sacar de los campos que son abiertos bestias o otro ganado que fuere de omnes uiandantes; et qui lo fiziere e losençerrare en su casa, peche por cada cabeça II sueldos, e si los nonençerrare e los sacare del campo, peche por cada cabesça I sueldo e la meetat al rey e la otra meetat a aquel de qui fuere el ganado".

[243] *Partidas*, [III, XXXI, VI]: "Como deue ome vsar de la seruidumbre que ha en pozo, o en fuente o en estanque, para beuer y sus ganados: Fuente o pozo seyendo en heredamiento de alguno, o estanque de agua que estouiese cerca de heredad de otros, si el dueño del agua les otorgare, que puedan y beuer ellos, e sus labradores: e sus bestias: e sus ganados, por tal otorgamiento co-

aunque sin conexión con este punto, conviene mencionar que, pareciendo entroncar con las viejas servidumbres romanas de extracción de greda (*cretae eximendae)* o arena (*arenae fodiendae*) y de cocción de cal (*calcis coquendae*), que únicamente eran admitidas para atender a las necesidades básicas del fundo dominante, las Partidas dan asimismo cabida, dentro de las rústicas y sometiéndola a idéntica condición, a la servidumbre convenida con el propietario de un predio ajeno para sacar del mismo tierra para fabricar tinajas o tejas, cal o arena o piedra para labrar[244].

Por último, probablemente merezca la pena mencionar que en Aragón arraiga una institución, la alera foral, que, aunque sin recibir esta denominación, es contemplada en las *Observancias* del reino, donde se describe como la facultad de la que disfrutan los vecinos de una población para llevar sus ganados a pastar dentro del término de otra localidad, aunque solamente en los terrenos inmediatamente colindantes entre ellas[245] y con sujeción a ciertas limitaciones, resumidas en la expresión "de era a era y de sol a sol"[246]. De

---

mo este, deue les dar entrada, e salida en el herdamiento do es el agua, demanera, que puedan llegar a ella, cada que les fuera menester. Otrosi dezimos, que otorgando vn ome a otro para siempre, que metiesse sus bueyes, o sus bestias con que labrasse su heredad en algund prado o defesa, por tal otorgamiento, gana el otro seruidumbre en aquel prado, o en aquella defesa, e puede vsar della el, e los otros que ouieren aquella heredad, por que le otorgo aquella postura, e maguer el vendiesse, o enagenasse aquel prado, o aquella defesa, el otro aquien passasse non les puede defender que no vsen de aquella seruidumbre".

[244] *Partidas*, [III, XXXI, VII]: "De la seruidumbre que ome ha en heredad agena para fazer en ella vasos: en que meta su vino: o su azeyte como due vsar desta seuidumbre: Oliuar auiendo algund ome para que ouiesse menester de fazer tinajas para condessar el azeyte que sacasse, o auiendo otro heredamiento en que ouiesse menester de fazer casas en que guardasse los frutos del: si alguno ha otrosi heredad acerca en que fuessen algunas cosas, que ouiesse menester para fazer aquellas lauores, assi como buena tierra para fazer tinajas, o tejas,o piedra para labrar, o para fazer cal o arena, o otra cosa semejante destas, si aquel cuya es la heredad le otorgare que pueda sacar en de para siempre estas cosas sobredichas puede lo fazer, e el otro puedese aprouechar dellas en quanto le fuere menester para condessar el fruto desu heredamiento porque gano esta seruidumbre".

[245] *Fueros, observancias y actos de corte del reino de Aragón* (n. 27), Libro VII, *De pascuis, gregibus et cabannis*, [2]: "Item, Forus in quo dicitur, quod homines Locorum circumvicinorum possunt pascere ganata sua de area ad aream Villae circumvicinae. Intelligitur ex ea parte, seu secundum quod termini utriusuque Villae confrontantur: non quod ganata unius Villae possint ire, et pascere in circuitu Villae convicinae per totum terminum, et è contrá: ut similiter alii vicini, qui sunt in circuitu, pascere possint ganata sua, secundum affrontationem sui termini, et modo predicto".

[246] Expresión que viene a significar la condición de que los ganados tarden en entrar en el pueblo inmediato tanto tiempo cuanto necesitarían para llegar al mismo partiendo de las eras de su pueblo después de la salida del sol, y regresando a tiempo para poder llegar a las mismas antes del anochecer. Libro VII, *De pascuis, gregibus et cabannis*, [10]: "Item quod hic dicitur de area ad aream et de sole a solem, est intelligendum, quod vicini Villae convicinae, qui volunt huius Fori beneficio uti terminis alterius Villae, debent orto sole exire ab areis suae Villae: vel per tantum tempus, sole orto, stare in terminis suae Villae, quanto exeundo ab areis suae Villae starent in suis terminis eundo usque ad bogas terminorum alterius Villae convicinae: ita quod antè non debent intrare terminosVillae convicinae, et à simili debent exire tali tempore ante solis occasum à terminis Villae convicinae, quod ante dictum ocassum solis possint ad areas suae Villae redire. Et si de

la existencia de esta misma figura aparecen también testimonios en el territorio de Álava[247], en el fuero de Viguera y Val de Funes[248], para negar su vigencia, y en el Fuero General de Navarra[249].

C. 4. Invasiones en fundo ajeno

Un aspecto también ligado, no a las servidumbres, sino a las limitaciones de dominio por razones de vecindad, que puede afectar tanto a los predios rústicos como a los urbanos lo constituyen las intromisiones de ramas o raíces en un fundo ajeno. Cuestión que —como hemos visto— el derecho romano había resuelto atribuyendo al dueño del árbol el derecho a pasar a recoger en días alternos la fruta caída en el terreno vecino (XII Tablas, 7.10; D. 23.28.1.1 y D. 50.26.23.1), y al perjudicado el derecho a realizar la poda, hasta una altura de quince pies, de las ramas que entrasen en su propiedad (XII Tablas, 7.9 y D. 43.28.1), así como el corte de las raíces invasoras (CI. 8.1.1). Facultades que el pretor había reforzado, respectivamente, con la creación de los interdictos *de glande legenda* (D. 43.28.1 pr.) y *de arboribus caedendis* (D. 43.27.1 pr.).

Posicionados, siempre que abordan esta circunstancia, del lado de la compensación o la aminoración de los perjuicios ocasionados al propietario de la

---

nocte, vel aliàs, quam modis et temporibus supradictis vicini unius Villae cum suis ganatis depascendo reperiantur in terminis alterius Villae convicinae, possunt pignorari, non obstante Foro."

[247] *Concordia entre los concejos de Vitoria y Salvatierra y la Cofradía de Arriaga* 1258-VIII-18 (G. Martínez Díez, *Álava medieval* (n. 178), vol. II, núm. 2, pp. 195-200): "Et otrossi otorgamos que los ganados que son de Bitoria et de Salvatierra et de sus aldeas que pascan con las nuestras villas fazeras. Et las nuestras villas fazeras que pascan otrossi con los de Bitoria et de Salvatierra de sol a sol et que se tornen a alvergar cada uno destos a sos logares et non traspassen la una villa por la otra pora yr pascer a otro logar mas que pasccan en los pastos que son entre villa et villa comunalmientre todos (…)"

[248] *Fuero de Viguera y Val de Funes*, [439]: "El ganado de las villas cercanas deben pascer en sus montes troa las eras de la otra villa e non passar la villa, e aya cierto beubrage e non debe tener y fiesta de sol a sol. Et si de dia el baylle de la villa fallare el ganado en su vedado tome de la grey hun carnero, e si passare la villa, otro. Et si fallare de noche ganado, de la grey tomará dos carneros et cada bestia mayor ocho dineros. Et de dia en el bedado por la bestia mayor quoatro dineros".

[249] *Fuero General de Navarra,* Serie A, [110]: "En uillas fazeras los ganados de la una uilla pueden pacer de sol a sol entroa las eras de la otra uilla quitament, et tornen a lur termino con sol. Et si fizieren dayno en leguminas o en otros fruytos paguen el dayno; si en este comeyo ouiere prado de cauaylos o de bueyes paguen las calonnas, si fizieren entrada ninguna o embargo, como fuero manda"; [533]: "Las uillas fazeras que an los términos conoscidos pueden pacer de par de los restoiares ata las eras de sol a sol, non faziendo dayno en los fruytos, ni en prado de cauayllos ni de bueyes (…)" Similar en la Serie B, [455]: "De las uillas fazeras como deuen pacer (…)"; [457]: "Como deuen pacer los ganados de las uillas fazeras (…)", y en la Redacción sistemática, [VI, I, VII]: "Cómo et en quales logares pueden pascer los ganados de las villas fazeras (…)", [VI, I, VIII]: "Ata o et quoal hora pueden pascer los ganados de las villas fazeras sen dayno fazer (…)".

heredad que sufre esta inmisión, los ordenamientos municipales coinciden en reconocer a éste la apropiación de una parte de los frutos del árbol que extiende sus ramas sobre la misma. Sin embargo, no es lo habitual que, como sucede en los fueros de Brihuega y Fuentes de Alcarria, se le permita quedarse con la totalidad del fruto que cayese en su terreno[250]. Así, el fuero extenso de Jaca y el de Pamplona, diciendo recoger una costumbre antigua y comunal, le conceden la mitad de los producidos por el árbol cuyas ramas cubran su viña, su huerta o su campo[251]. Mientras que esta porción se ve reducida en los fueros integrantes del grupo de Cuenca-Teruel, en los que se distinguen dos supuestos: que las ramas del árbol arraigado en un fundo vecino penetren en el suyo, teniendo entonces derecho a una cuarta parte de los frutos que cayesen por sí mismos, pero debiendo guardar el árbol libre de daño; o que se trate de un árbol de propiedad ajena plantado en su finca, correspondiéndole, en este caso, como dueño del suelo, una cuarta parte del total del fruto; ahora bien, lo que no le está permitido es talar el árbol o podar sus ramas, estando ambas acciones castigadas con el pago de treinta y diez aureos, respectivamente[252]. Y esta misma es, en fin, la proporción asignada al dueño de la viña

---

[250] *Fuero de Brihuega*, p. 302: "Por ramas de arbol que passan a otra heredad: Si arbol ouiere en una heredad et passaren las ramas a otra heredad, coia el otro heredero seyendo en su heredad quanto end pudiere coger de su heredad sin calonna ninguna, et atal arbol ponga en su heredad que non faga danno a su uezino". Idéntica redacción en *Fuero de Fuentes de Alcarria,* [101]: "Por ramas de arbol que pasan a otra heredad: (…)".

[251] *Fuero extenso de Jaca*, redacción A, [304]: "De arbre qui esten rams sobre heredat d'altre: Per fuero antich e comunal per tot, quan algun hom a en sa vinna o en so ort o en so campo arbre que port fruyt e per auentura tant estendra sos rams que una partida dels rams se estendran e cobriran uinna o ort d'altr'om, aquel de qui es la uinna o l'ort sobre que las rams s'estenen, segont fuero aura entegrament la mitat del fruyt que era en aquels rams"; redaccción C, [94]: "De arbre que es vezinal: (…)"; redacción D, [94]: "De arbol que es uezinal: (…)"; redacción E, [98]: "De arbre uezinal: (…)". *Fuero de Pamplona,* redacción S, [96]: "De arbre uezinal: For común et antic es que si algun omne ha en sa heredat algun arbre fruyt portant que estent ses rames sobre la heredat de son uezin, lo senyor de la terra sobre que se estenden deu auer per for la mitat del fruyt d'aqueles rames"; versión B, [82]: "De arbre que estent ses rames: (…)".

[252] *Fuero de Cuenca*, Forma sistemática, [V, XI]: "De arbore que in fundo steterit alieno: Si arbor alicuius in hereditate steterit aliena, dominus radicis habeat quartum de fructu illius. Et si arbor super hereditatem alienam expanserit ramos suos, dominus hereditatis habeat quartum de fructu, qui in fundo illius ceciderit. Dominus uero fundi custodiat arborem indempnem"; [V, XII]: "De eo qui arborem seccauerit alienam: Siquis arborem seccauerit alienam fructiferam, pectet triginta aureos, si conuictus fuerit: si brachium decem aureos si conuictus fuerit: sin autem, saluet se sicut de furto". Forma primordial, [121]: "De arbore qui in fundo steterit alieno (...)"; [122]: "De eo qui arborem seccauerit alienam (...)". Códice valentino, [I, V, 10]: "Del que ouiere arbol en eredad ajena (...)"; [I, IV, 11]: "Del que tajare arbol o braço de arbol de fruto (...)". Fragmento conquense, [64]: "Del arbol que en heredat agena estudiere (…)"; [65]: "De aquel que arbol ageno tajare (…)". *Fuero latino de Teruel*, [296] "(…) Mando similiter quod si arbor in hereditate aliena steterit, dominus radicis quantum habeat de fructu illius arboris, iuxta forum. Si vero arbor illa super hereditatem alienam suos ramos expanserit, dominus illius hereditatis quartum habeat de omni frutu qui in fundo illius per se ceciderit, iuxta forum. Dominus vero fundi custodiat illam arborem sine dampno. Item si quis arborem fructiferant alienam abciderit et ei probatum fuerit,

en donde creciese un árbol perteneciente a otro titular en el fuero extenso de Sepúlveda, que, muy escueto en su enunciado, no contempla la otra situación, la de que padezca la intromisión de las ramas del árbol localizado en el predio vecino[253].

Una ampliación del derecho a impedir esta clase de invasión se observa en el fuero de Daroca, que no habla de la injerencia de las ramas, ni tampoco da participación en los frutos, pero autoriza a cortar o arrancar el árbol que proyectase una sombra perjudicial para la heredad vecina[254]. Y todavía se ensancha más en el fuero navarro de Viguera y Val de Funes, que, refiriéndose también al árbol que genera sombra en el predio contiguo, concede al titular de éste la mitad del fruto pendiente de las ramas que se meten en el mismo, permitiéndole, además, cortar aquellas ramas que sobrepasasen la mitad de la linde y todas las raíces que descubriese cavando hasta dos palmos de profundidad[255].

La proyección de sombra y las molestias provocadas son asimismo la justificación esgrimida por el fuero de Soria para otorgar al titular del terreno

---

pectet XXXª solidos, et si brachium arboris fructifere secaverit, pectet X solidos pro uno quoque brachio, si testibus probari potuerit (…)". *Fuero romance de Teruel*, [365]: "De árbol que tiene la raíz en heredat agena (…)". En igual sentido: *Fuero de Iznatoraf*, [111]: "Del arbol que en heredat ajena estudiere: (…)"; [112]: "Del que arbol ajeno cortare: (…)". *Fuero de Zorita de los Canes*, [105]: "Del arbol que estudiere en heredamiento ageno: (…)". [106]: "De aquel que taiare el arbol que leuare fructo: (…)". *Fuero de Plasencia*, [583]: "Titulo de danno de arvoles: (…)"; [584]: "Del que taiare arbol que levare fructo: (…)". *Fuero de Béjar*, [134]: "De arbor que es en rayz: (…)"; [135]: "De arbor que tiende sus ramas: (…); [136]: "Qui taiar arbor ageno: (…)". *Fuero de Alcaraz,* [II, 89]: "Del arbol que en rayz agena fuere o souiere: (…)"; [II, 90]: "Del que el arbol ageno cortare: (…)". *Fuero de Alarcón*, [108]: "Si algun arbol fuere en alguna heredat agena (…)"; [109]: "Del que el arbol ageno taiare: (…)". *Fuero de Úbeda*, [XIII, I]: "Si el arbol en heredat agena estudiere: (…)"; [XIII, II]: "Del que cortare arbol que lieue fruto (…)". *Fuero de Baeza*, [110]: "Del arbor que en heredat aiena estudiere: (…); [111]: "Del que arbor aiena taiare: (…)". *Fuero de Huete*, [85]: "Del fruto de los arboles: (…)"; [86]: "De la calonna de los arboles: (…)". El *Fuero de Villaescusa de Haro* introduce una notable variación, al atribuir al dueño de la finca todo el fruto del árbol ajeno plantado en la misma, [108]: "Titulo de los aruoles: Sy aruol en heredad estouiere, el sennor de la rays aya el fruto del. E si aruol sobre heredad agena tendiere sus ramas, el sennor de la heredad aya el quarto del fruto que en su tierra cayere, e el sennor de la heredad guarde el aruol que non se danne"; [109]: "Del que tajare aruol: (…)".

[253] *Fuero extenso de Sepúlveda,* [155]: "Del árbol que estidiere en vinna aiena: Si árbol estidiere en vinna agena, el sennor de la raíz aya el quarto del fructo".

[254] *Fuero de Daroca* (M. M. Agudo Romeo, *El Fuero de Daroca: introducción, edición, edición crítica, traducción, estudio léxico y concordancia*, Zaragoza, Centro de Estudios Darocenses, 1992), [84]: "Si arbor alicuius ex parte solis adeo prope fuerit, ut umbra eius maleficiat in vinea, vel in orto, vel in qualibet haereditate alterius, abscidatur arbor, nisi fuerit de quiñón".

[255] *Fuero de Viguera y Val de Funes*, [349]: "De sombra d'arbol que faga mal a sus vezinos: Todo hombre que ouiere heredat, et árbol de su vezino le fiziere sombra en la heredat, habrá la meatad del fruyto de las ramas que están sobre la heredat; et si más quisiere, mjdrá de la mjatat de la linde en suso e tajará aquellas ramas, sin calonja, por suyas. Et todas las rayzes que fayllare en su heredat cabando en fondo hasta dos palmos, las tajará e haberlas ha".

que soporta la inmisión de las ramas del árbol ubicado en el fundo vecino una compensación consistente en el derecho a quedarse con la mitad de sus frutos. Participación que es determinada mediante un curioso procedimiento de reparto, basado en la colocación de una vara firme en la linde entre ambas heredades y en la asignación equitativa entre sus propietarios, tanto del fruto caído en su predio como del colgante de las ramas que traspasasen la delimitación señalada por dicha vara. No obstante, si el dueño del árbol se negase a ceder esa mitad, se le conmina a cortar las ramas sobresalientes sobre el predio ajeno o, en el caso de que se negase a hacerlo, al pago de un maravedí, manteniéndose, empero, la obligación, fijada judicialmente por los alcaldes, de proceder a la poda en un plazo de nueve días, con la amenaza adicional, si persistiese en su rebeldía, de una duplicación de la pena, de cuya cuantía un maravedí se destina a los alcaldes y el otro a aquél que planteó la querella. Resulta novedoso, además, que también se aborda el supuesto de que no se tratase de un árbol frutal, ordenándose, en este caso, a su propietario el corte, cada año por marzo, de todo el ramaje que sobrevolase la finca aledaña o la satisfacción, si no lo hiciese así, de una composición de cinco sueldos, que, sin embargo, no le libera del mandato de realizar dicha poda[256].

Una regulación bastante menos pormenorizada y sensiblemente alejada de la soluciones previstas en el fuero soriano es la que encontramos en el *Fuero Viejo de Castilla* y en el *Libro de los Fueros de Castiella* —que dice ajustarse al fuero tradicional—, en los que es al dueño de la finca que recibe la intromisión a quien se le ofrece la alternativa de apropiarse de la mitad de la fruta que, al sacudir las ramas, cayese en su terreno, o bien la de quebrar las ramas que estuviesen sobre su heredad por el peculiar método de colocarse en la linde de separación de los fundos, de rodillas a la grupa de una bestia de albarda, y proceder a cortar todas aquellas que entrasen en el suyo hasta la altura que alcanzase con su hacha[257].

---

[256] *Fuero de Soria*, [228]: "Si alguno ouiere arbol en su heredat et espandiere sus rramas sobre el heredat de otro, por la sombra et por el embargo que reçibe aya parte del fructo en esta manera: que pongan una uara derecha faza suso entre la heredat una et de la otra; et de cómo touiere la vara faza la heredat daquel o esparziere las rramas, partan amos el fructo por medio, tan bien de lo que estudiere ssuso como de lo que cayere ayuso. Et si dar non gelo quisiere, el sennor del arbol corte las rramas que estudiere sobre el heredat agena; et si lo non quisiere fazer et firmadol fuere quel demando el fructo et non gelo quiso dar ni cortar las rramas, quel peche un mr. por pena, et los alcaldes den le juyzio que las corte fasta IX dias; et si fazer non lo quisiere, peche alos alcaldes que dieren el jyzio I mr., et otro al querelloso, por la rrebellia. Esto ssea de los arboles que leuaren fructo. Et si fuere arbol que non leuare ffructo, aquel cuyo fuere el arbol corte las rramas que estidieren sobre la heredat agena, cada anno por el março; et si lo non fiziere, peche V ss. por pena al sennor de la rayz que reçibiere la sombra; et sobresso que las corte".

[257] *Fuero Viejo de Castilla*, [V, III, XII]: "Cónmo puede un omne aver la meytad del fruto del árbol ageno, que cuelgan las rramas sobre su heredat: Sy un omne ha árboles en vinna o en huerta o en otra heredat, e los árboles creçen tanto que las rramas pasan a otra heredat agena, sy el duenno

También diferente es el tratamiento de la cuestión en otros territorios peninsulares. Así, los denominados *Fueros de Aragón* disponen la entrega por parte del propietario del árbol de la mitad de todos sus frutos —lo que parece incluir los que pendiesen o cayesen sobre su propio predio— al dueño de la heredad sobre la que colgasen su ramas, quien, en el caso de que aquél no quisiera dársela, es instado a cortarlas[258]. Pero aún más original se muestra el *Fuero General de Navarra*, que aludiendo al árbol situado en alguna viña u otra parcela de tierra de propietario conocido que hiciese sombra a las de alrededor, establece que éste deberá varear las ramas con una pértiga y ceder la mitad de lo que cayese en las heredades sobre las que se extendiese esa sombra a sus respectivos titulares. No obstante, en el supuesto de que intentase eludir este mandato, recogiendo con sus manos el fruto caído, a los afectados se les ofrece la opción de evitarlo, agarrándole antes de que se levante y reclamando la composición que rigiese en la comarca; frente a lo que, sin embargo, aquél podrá oponerse después, probando que no fue atrapado en el suelo, con el apoyo del testimonio de dos testigos de su misma condición. Por otra parte, si ni siquiera se prestase a compartir esos frutos, los dueños de las otras fincas son autorizados a tomarlos por sí mismos en determinados momentos estacionales y en cantidades crecientes a medida que se sucedan los años[259].

---

de la heredat quisiere tomar la meytad de la fruta que segudiere e en la su heredat cayere, pueda tomar la meytad dela fruta que cayere en su heredat. Et, sy quisiere tajar las rramas que están sobre su heredat, pueda fazer en esta guysa: tomar una bestia analbardada e sobir en ella, los inojos fincados, e tomar una segur e pararse entre amas las heredades e tajar quanto alcançare con la segur". *Libro de los Fueros de Castiella*, [145]: "Título de los árboles que son entre dos heredades: Esto es por fuero: que si árboles a entre una heredat e otra, et cresçe atanto que las rramas pasan sobre la otra heredat, si el duenno quisiere tomar la meitad de la fruita que sagudieren e en su heredat cayere, puédela tomar. Et si non quisiere tomar la meitad que cayere en su heredat e las rramas quisiere taiar que están sobre su heredat, deve tomar una bestia con alvarda e sovir sobre ella los inojos fincados e tomar una segur e pararse entre medias de ambas las heredades, e taiar quantas alçaren".

[258] *Fueros de Aragón,* [208]: "Si algunas árboles serán en heredat d'un omne e colgarán las ramas sobre vygna o canpo o huerto d'otro omne, el sennor d'aquellos árboles debe dar la meytat de todo el fructo d'aquellos árboles al sennor del otra heredat do cuelgan las ramas d'aquellos árboles; he si no'l quiere dar la meytat de tot el fructo, el otro puede e deve tallar todas las ramas que cuelgan sobre su heredat, por el fuero".

[259] *Fuero General de Navarra*, Serie A, [92]: "(...) E si arbor o otro fruytal es fueras de las heras en algun logar o en uina o en pieça o en tierra conosçuda d'algun ome, et fiziere sombra a las tierras que son aderredor, deue deuaylar la fruyta con una piertega del fruytal a las tierras que da sombra, et quanto fruyto cayere en las tierras d'eylos deuen partir por medio, et el fruyto que cayere en su tierra deue ser suyo. Et si algun seynor del fruytal quisiere cuylir el fruyto con las manos por non dar part ad estos sobreditos seynores a las tierras de quoales faç sombra el fruytal, et si cayere del fruytal enna uinna o en el uerto o en el campo del otro, deue trauar d'eyl ante que se leuante, et deue demandar meo omizidio, qualque fuere en la comarca el omizidio; et si dize que no cayo ni trauo d'eyl iaziendo el seynnor del fruytal, si fuere yfançon proue con II ifançones, e si es uillano con II uillanos que ayan uezindat entegrament. E si no'l podiere prouar, jure en altar sobre sanctos que non cayo, et con atanto deue ser saluo. Otrosi, algun seynor si suberuio fuere que non quiera dar fruyto por la sombra que faç el fruytal a las tierras aderredor, los seynores de las tie-

En lo que coinciden todos los ordenamientos anteriores es, con todo, en orientar su regulación hacia la protección de los intereses del titular del fundo que es objeto de la invasión. Tendencia que se rompe en el Fuero Real, donde se aplica el criterio uniforme de atribuir la totalidad del fruto al propietario de la tierra en la que está situado el árbol, ya sea cuando éste pertenece a otra persona distinta, o ya sea cuando avanza sus ramas sobre el predio contiguo. No obstante, en este segundo caso, al dueño del árbol frutal se le permite entrar en el fundo a recoger el fruto caído, siempre que lo haga por el día y sin causar perjuicios a su propietario, quien, sin embargo, ante el incumplimiento de estas condiciones, podrá quedarse con el mismo, o con la parte que le corresponda en el caso de existir varios copropietarios[260]. Por otra parte, también se presta atención al insólito supuesto de que un grupo de abejas se refugiase en un árbol, cuyo propietario solo podrá quedarse con ellas si las capturase o encerrase antes de que lo hiciese otra persona, incluso aun después de haber formado un enjambre; aunque rige la excepción de que tras las abejas viniese el dueño de la colmena de donde salieron, quien todavía podrá recuperarlas, ya que este hecho no comporta la pérdida de su derecho sobre ellas[261]. Circunstancia, esta última, que asimismo contemplan las Partidas, en las que, por el contrario, el propietario originario de las abejas sí se verá privado de su señorío en el caso de que no lograse atraparlas antes de que el dueño del árbol u otro cualquiera las cogiese y las encerrase[262].

---

rras prengan en quoal tiempo eylos sabor ouieren a uoluntat de si, con sierço et non con buytorno, al primero ayno I faysso de rastoylo, al segundo ayno II fayssos, al tercero ayno III fayssos, al quoarto ayno IIII faysos, al quinto ayno V fayssso, al sexto ayno VI fayssos, al seten ayno VII fayssos, e non puye el coto de VII aynos adelant, et passe el coto como sobrescripto es (…)". Llama la atención que este precepto no es recogido en la serie B, pero sí en la redacción sistemática, [VI, II, X].

[260] *Fuero Real,* [III, IV, 15]: "Quando algunos árbores están en tierra dalgún omne e cuelgan las ramas sobre tierra del otro, todo el fructo sea daquel en cuya tierra está el árbor; mas si algún fructo cayere en la tierra agena sobre que cuelgan las ramas, el sennor del árbor, lo pueda coger en aquel día sin otro danno que faga al sennor de la tierra, e si cayer de noche el fructo cóialo el otro día, e si él non lo cogiere assí como sobredicho es, sea daquel cuia es la tierra o cayere; e si el árbol estidiere en heredat de muchos, partan el fructo cada uno segundo que ouiere en la heredat".

[261] *Fuero Real,* [III, IV, 17]: "Maguer que abeyas que exambren suban en árbor dalguno, si otro las tomare o las ençerrare ante que el duenno del árbor, puédalas auer maguer que en árbor fagan exambre; pero el sennor del árbol pueda defender a todo omne que non entre en lo suyo ante que las abeias sean presas o encerradas, fueras ende al sennor de cuya colmena salieron las abeias uiniendo en pos ellas, ca este mientre ua tras sus abeias por las cobrar non pierde el derecho que en ellas auíe (…)"

[262] *Partidas* [III, XXVIII, XXII]: "Abejas son como cosas saluajes. E porende dezimos que si enxambre dellas posare en arbol de algund ome que non puede dezir que son suyas fasta que las en cierre en colmena: o en otra cosa, bien assi como non puede dezir que son suyas las aues que posassen y fasta que las prisiesse. E esso mismo dezimos que seria de los panales que las abejas fiziessen en arbol de alguno que non los deue tener por suyos, en quanto estouiessen y fasta que los tome ende, e los lieue. Ca si acaeciesse que viniesse otro alguno, e los leuasse ende serian suyos, fueras ende si estouiesse el delante quando los quisiesse leuar, e gelo defendiese. Otrosi

La perspectiva con la que, por otro lado, las Partidas abordan el problema que venimos analizando también se aparta de los planteamientos que hasta ahora nos hemos encontrado, ya que su primordial preocupación parece residir en la sustracción de los derechos propietarios del hombre que, obrando de mala fe, plantase árboles o viñas en una heredad ajena, o bien —ya fuese de buena o de mala fe, pero ahora con derecho a recibir su valor estimado— árboles ajenos en la propia. No obstante, también se detienen en el supuesto de que las raíces de un árbol se extendiesen por el fundo vecino de aquél en el que estuviese asentado, determinando que si las raíces principales de las que se nutriese al árbol estuviesen en la otra finca, el dueño de ésta adquirirá su señorío, incluso aunque sus ramas no llegasen a proyectarse sobre ella; pero si la longitud de éstas raíces más importantes se repartiese entre los dos predios, el árbol pasará a ser comunal entre los titulares de ambos[263]. Más adelante, en otra de sus leyes se aborda el problema del árbol cuyas ramas cuelgan sobre la casa del vecino, quien podrá solicitar al juez que ordene a su dueño que lo corte hasta su raíz, estando autorizado para hacerlo por sí mismo si éste se negase a obedecer el mandato judicial; y la misma solución se aplica al árbol o la vid que alargase sus ramas sobre la finca ajena[264]. En con-

---

dezimos que si el enxambre de las auejas bolare de las colmenas de alguno ome, e se fuere si el Señor dellas las perdiere de vista o fueren tan alongadas del, que las non pueda prender nin seguir pierde por ende el señorio que auia sobre ellas, e gana las quien quier que las prenda, e las encierre primeramente".

[263] *Partidas*, [III, XXVIII, XLIII]: "Si ome planta arboles, o viñas en heredad agena auiendo mala fe, que pena deue auer: Plantando algun ome arboles, o poniendo majuelos en la heredad agena a sabiendas, auiendo mala fe en faziendo lo, luego que aquellos arboles, o laviña es raygada, o se nodresce, o se cria enla heredad, pierde el señorio de aquello que y planto. Esso mismo dezimos que seria si alguno plantasse arboles agenos en su heredad, o que pussiesse y majuelos de sarmientos agenos, que luego que son raygados gana el Señorio dellos, quier aya buena fe, quier mala, en plantando los el que los planto. Empero tenudo es de dar a aquel cuyos eran la estimación de los que valieren. Otrosi dezimos, que si algun ome plantasse algun arbol en su heredad, e despues que lo ouiesse y plantado se estendiessen las rayzes por heredad agena de otro alguno cerca dessa en que fue plantado, de manera que las principales rayzes de que se nodreciesse estan todas en ella, este gana el señorío del arbol, maguer esten las ramas del arbol sobre la heredad de aquel que lo planto. Empero si parte de las rayzes principales del arbol estuuiessen en la heredad de aquel que lo planto, e la otra parte en la del otro que estuuiesse acerca della; estonce deue el arbol ser comunal de ambos lados".

[264] *Partidas*, [VII, XV, XXVIII]: "(…) Pero si algun ome ouiere arbol que fuere raygado en su tierra, e las ramas del colgassen sobre la casa de otro su vezino: estonce, aquel sobre cuya casa cuelgan, puede pedir al juzgador del lugar, que mande al otro que lo corte fasta en las rayzes porque le daña a la casa colgando sobre ella, e el juzgador deuelo ver, e si entendiere que faze daño deue lo mandar cortar, e si el otro non lo quisiere fazer despues que lo mandar el juez, puede lo cortar aquel sobre cuya casa cuelgan las ramas, e non caera porende en pena ninguna. Otrosi dezimos que si el arbol, o la vid estuuiessen raygados en huerto, o en tierra de vno, e colgassen las ramas sobre la heredad de otro que aquel sobre cuya heredad colgaren, puede demandar al juez que mande cortar las ramas que cuelgan sobre su heredad, de que recibiesse daño, e si el otro non lo quisiessese fazer por mandado del juez, puedelo el por si mismo cortar, e no cae, porende en pena ninguna (…)".

trapartida, al titular del árbol frutal cuyas ramas penetran en el terreno de otro se le permite la entrada en el mismo para recoger los frutos caídos, pero solo durante tres días[265].

La recuperación de la inspiración romanista en la resolución de esta cuestión asoma también claramente en los *Furs de Valencia*, que, sin embargo, se limitan a atribuir al propietario la facultad de cortar las ramas del árbol radicado en fundo ajeno que penetran en el suyo y le ocasionan perjuicios con su sombra[266]. No obstante, aun sin guardar una estricta fidelidad, se hace todavía más evidente en las *Costums de Tortosa*, que se entretienen en una minuciosa regulación, que se resume en los siguientes puntos[267]. En primer lugar,

---

[265] *Partidas*, [III, XXVIII, XVIII]: "Por quales razones puede entrar un omne en la heredad de otro: Entrar puede ome en heredad agena contra el defendimiento del Señor della por algunas de las razones que son dichas en esta ley. La primera es, si algund ome ouiesse arboles que diessen fruto de si, que colgassen las ramas dellos sobre la heredad agena, de guisa que cayese la fruta y. Ca estonce bien podria entrar a coger el fruto de sus arboles. E esto puede fazer en tres dias, e non en mas (…)".

[266] *Furs de Valencia*. Versión latina, [XLVII, 26]: "Si arbor alicuius pendet super campus alterius, ille, super cuius terram pendet, ramos pendentes non evellat sive abscindat, sed tantum scindat quantum fecerit umbram dampnosam". Versión romance, [XLVIII, 26]: "Si l'arbre d'alcu penyarà sobre camp d'altre, aquel sobre la terra del qual penyarà, no tail ni trench les rames que penyaran sobre aquel camp, mas tail e trench aytantes d'aqueles rames quant fassen ombra que li tingue dan". F. L. Pacheco Caballero, *Derecho valenciano* (n. 199), p. 420, encuentra en estos preceptos resonancias de la autorización para cortar las ramas que sobrevolasen por debajo de los quince pies de altura, que aparecía en D. 43. 27. 1. 7: "quae arbor ex agro tuo in agro illius impendet, si per te stat, quo minus pedes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc, quo minus illi ita coerce lignaque sibi habere liceat vim fieri veto", y D. 43. 27. 1. 8: "Quod ait praetor, ut lex duodecim tabularum efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arboribus circumcidantur, et hoc idcirco effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret".

[267] Lo hago con apoyo en F. L. Pacheco Caballero, *Derecho valenciano* (n. 199), pp. 420-421, y J. García Sánchez, *La recepción* (n. 225), pp. 76-78. El tenor de la *costum* es el siguiente: [III, XI, XXI]: "(1) Arbres que son plantats en les honors d'alguns e fan ombra en honor de son vey, per la qual ombra, los arbres e'l esplet de la honor de son vey, valen meyns e li es dampnosa; o aquels arbres hi han estat pacificament XXX ans o pus, o no y han estat XXX ans. (2) Si han estat XXX ans complidament o pus; d'aquels arbres, rames ne rayus ne altres coses, ne deven esser ne poden remogudes ne toltes ne tallades per los veyns d'aquel loc nec per altres, e cascu pot cuylir d'aquels arbres sens pena et tot constrast dels altres veyns de qui son les honors; e poden entrar et exir en la honor de son vey totes hores que aquels fruyts son colidors e fan a coylir, mas no en altra rao, sens volentat de son senyor; e no tan solamente les senyors d'aquels arbres per cuylir los fruts hi poden entrar et exir et cuylir aquels fruits, ans aquels qui'ls auran venuts e lurs compaynes. (3) Mas los arbres que no auran aquí estat per XXX ans, los veyns d'aquels arbres, les rames que pengen deues la sua honor e les rails que dins la sua honor entren, per sentencia poden si's volen taylar et arrencar sens contrats d'aquels de qui son los arbres, e quan aquels arbres se planten, pot contrastar lo vey que no'ls planten sino VIII palms dins lo seu e luyn de la honor de son vey; e si'ls hi planten, eyls contrastants o no, per sentencia poden los taylar et arrencar; exceptats los orts en que poden plantar lurs arbres on se vuylen dins l'ort. (4) Empero si algu fa cases en son alou, prop de la honor de son vey, et el solament et el fonament, on les parets deuen aseer, ha rayls d'alguns arbres de la honor de son vey, aqueles rayls poden arrencar et taylar, que no facen embarc a aquels fonaments. (5) Aylo meteyx s'es si les cases eren ja feytes, e les rails del arbres de son vey creixen tant que les cases li foradassen o li volguessen traucar, aqueles rayls pot lo senyor de les cases

exceptuando los huertos, en los que se otorga plena libertad de actuación, en el caso de las nuevas plantaciones se ofrece a los propietarios de las fincas confinantes la posibilidad de exigir que se mantenga una distancia mínima de ocho palmos respecto a la linde que las separa. De tal modo, que cualquier vecino afectado por la inobservancia de esta restricción podrá evitar la plantación, acudiendo al juez y obteniendo una sentencia favorable a su tala o desarraigo, independientemente de que los árboles hayan entrado en su heredad y de que le causen daños, o no. Sin embargo, este derecho se extinguirá cuando el árbol lleve enraizado en ese lugar treinta o más años; al igual que el derecho de proceder, previo pronunciamiento judicial, al corte de las ramas que cuelgan, produciendo una sombra perniciosa sobre su predio. Y ese mismo plazo de prescripción rige en relación con la percepción de los frutos, ya que una vez transcurridos los treinta años, tanto el dueño del árbol como sus dependientes e incluso sus compradores podrán entrar a recogerlos sin oposición ni pena alguna, bajo la única condición de que lo hagan cuando ya estén maduros. Por último, cuando las raíces de los árboles ubicados en fundo ajeno se desarrollasen tanto que llegasen a atacar los cimientos o a horadar las paredes de la casa vecina, a su titular se le permite cortarlas o arrancarlas con el fin de que no obstruyan o dificulten la construcción o provoquen desperfectos o molestias en la vivienda; y la misma facultad le asiste al propietario de la tierra destinada al cultivo de cereal —por antiguos que sean los árboles— respecto a las ramas y raíces que la invaden, impidiendo labrarla o trabajarla con bueyes[268].

La fijación de una distancia mínima de separación de los árboles de nueva plantación en beneficio de los fundos adyacentes es también observada, con notable detenimiento, en la recopilación de costumbres de la ciudad de Barcelona habitualmente conocida con el nombre de *Ordinaciones de Santacilia*. Esta limitación afecta a los terrenos cultivados y no arbolados, es decir, campos, viñas o huertos, junto a los que no se permite instalar árboles de una cierta altura —más de tres destres[269]— a menos de doce palmos de destre de

---

tallar et trencar, aytant como dins lo seu ne trop, que nosa ni don li facen. (6) Empero, si'ls arbres de son vey, per antics que sien, crexen tant o son creguts ves la honor de son vey, que contrasten que la honor de son vey, aquela que dejus aquels arbres es, no pusca laurar ab bous aquela que ab bous se laura, o ab homens aquela que ab homens se laura, poden e deuen totes aqueles rames et les rails tallar, qu'els bous el's homens pusquen aquí entrar anar e laurar sens embarc; et aço s'enten en la terra del pa, e no en les altres honors".

[268] Es evidente que a la hora de redactar este precepto se han combinado principios contenidos en diversos precedentes romanos. Así, en lo relativo a la nueva plantación y la inmisión de las ramas se descubren ecos de D. 43.27.1 y 2 y D. 43.28.1.7 y 8, y en materia de raíces de D. 47.7.6.2 y C.I. 8.1.1.

[269] Se trata de una unidad de medida que consta de doce *palmos* y cada uno de estos de doce *minutos*, que, a su vez, contienen doce *líneas*. Tres destres equivalen a unos 8,92 metros. La

la linde del predio contiguo, prohibiéndose, además, que estén entre sí demasiado juntos, para evitar que el mismo se vea privado de luz[270]. Frente a la vulneración de esta imposición, que con la excepción de los olivos, no cabe sortear mediante la prescripción de treinta años[271], se ordena categóricamente la tala de los árboles, al igual que cuando el árbol se inclinase, facilitando la aproximación por escalamiento, aun cuando ya se hubiese cumplido ese plazo de treinta años, o también cuando a su lado se construyesen casas o cercas de tapias, ya que en estos casos no puede alegarse posesión[272]. Asimismo se incluyen otras reglas referidas a los setos y los liños[273].

Una última alusión, dentro de este apartado dedicado a las inmisiones, cabe hacerla a una norma repetida en el fuero de Sepúlveda, en el de Cuenca y sus emparentados y en el de Soria, que permite coger con la uña en sembrado ajeno las espigas que cupiesen en la mano llena, pero que impone una multa de cinco sueldos a quien lo hiciese más de una vez, y de un maravedí a quien utilizase un cuchillo, una hoz u otro instrumento para cortarlas[274].

---

correspondencia del destre con el sistema métrico decimal fue fijada en la *Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña de 21 de julio de 1960*, en sus artículos 283 a 295. Véase, J. Pella y Forgas, *Tratado* (n. 198), pp. 87-93, y apéndice II: "¿Qué es el destre?", p. 135.

[270] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [26]: "Plantar arbres. Devets saber, que ningun hom no pot plantar arbres apres de son vehi, en camp, ne en vinya, ne en hort, alber, ne salzer, ne ladoner, ne olivera, ne noguera, ne morer, ne nengun arbre qui puig ultra tres destres dalt, sino luny de son vehi é dins los seu dotze palms de destre"; [27]: "Encara, que nengun de aquests arbres no sien plantats spessos ans haja de la un al altre de dos destres en sus, perço que no puxan tolre lo sol á la honor de son vehí"; [28]: "Encara, que tot arbre quis plant en hort ó en vinya ó en camp, ques deu lunyar de la honor de la possesió de son vehi tant que com engruxirá quey haja sis palms de destre complits, sino quel haurá arrancar si per lo vehi nes request".

[271] Parece evidente la existencia de un propósito de fomento del cultivo de esta planta, lo que parece corroborar *Ordinaciones de Sanctacilia*, [32]: "De olivera vehinal. Encara que tota olivera que sía posada per treynta anys e jaurá sobre la honor de son vehí a plom, que de la faxuria, ó dret de la honor de aquell qui demanará envers lo cel á plom tocaran per sis palms de destre, aytant com puxa tocar las brancas, ó rayls de olivera que tot sen deja tallar."

[272] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [33]: "De arbre que fa escala. Encara, que si ningun hom haurá alber ó ledoner, ne noguera ne res que fassa escala á paret de son vehí, que reta escala ó pujador, que sie arrencat, ó tallat tot e quen sien talladas brancas, per hont hom se pogues possar ó pujar"; [34]: "Encara, que si lo dit arbre haurá temps que sie prescrit, pus que casas si façan, ne tancadura de tapias, que sie tallant"; [53]: "Arbre que fa escala. Encara, que si algun vehi será pres la paret de son vehí, e lo hu de aquells haurá feta casa ó casas e en lort de son vehí haura alguns arbres que fassan escala pera pujar, que los hajá á tallar que non pot allegar possesió".

[273] Fundamentalmente, se establece una distancia mínima de tres palmos de destre respecto al fundo vecino, se requiere que el seto sea suficientemente espeso para cerrar el paso y se ampará a su constructor en la reclamación al vecino para que levante de su lado otra igual, de modo que entre ambas eviten la invasión del ganado. *Ordinacions de Sanctacilia*, [29]: "Encara, que tot hom qui plantará tiras pres de son vehí, que sen haja alunyar tres palms de destre e que la tira sie entriada spessa"; [30]: "Encara que son vehí de aquell qui haurá plantadas las tiras ne haja á plantar "semblanment", que aquell huará fet, si per ell ne será request, perço que muls ne altras bestias no li gasten las suas tiras, que plantadas haurá".

[274] *Fuero extenso de Sepúlveda*, [125]: "Del qui cogiere granas en mies aiena: Qui cogiere granas en mies aiena, la mano llienna, non peche nada por una vegada, mas si dos vezes lo falla-

C. 5. Limitaciones de edificación

Los mismos factores, vinculados a la multiplicación y expansión de las ciudades y a la creciente complejidad de las relaciones de vecindad tejidas en su seno, que han sido aducidos como coadyuvantes en el nacimiento de las servidumbres urbanas en el derecho romano pueden ser traslados al período medieval para explicar su aparición y desarrollo en los fueros municipales y en las redacciones de derecho territorial. Así, partiendo de un principio de absoluta libertad de edificación en altura, presente en el fuero extenso de Sepúlveda, en los del grupo de Cuenca-Teruel[275], y en el de Soria, donde incluso se

---

ren y cogiendo, peche V sueldos. Otrossí, qui grannas cogiere con cuchiello, o con foz, o en otra guisa, fuera con una mano, peche I morauedí". *Fuero de Cuenca*: Forma sistemática, [III, XVIII]: "De eo qui spicas in [messe aliena collegerit]: Quicumque in messe aliena cum ungue graneas collegerit, que in manu possint includi, nichil pectet, si semel hoc fecerit, quia si bis in eadem messe repertus fuerit, pectet quinque solidos"; [III, XIX]: "De eo qui spicas in messe aliena [cum falce secauerit]: Qui cum falce, aut cum cultello, aut alio modo graneas collegerit, ungue excepta, pectet unum aureum". Forma primordial, [80]: "De eo qui spicas in messe aliena collegerit: (…)"; [81]: "De eo qui spicas in mese aliena cum falce secauerit (...)". Códice valentino, [I, III, 10] "(...) Quien en mies ajena cogere granos (...)". Fragmento conquense, [29]: "De aquel que espigas en mjes agena cogiere: (…)". También aparece esta regla en *Fuero de Iznatoraf*, [71]: "Del que cogiere grannas en mjes ajenas con la vnna: (…)"; [72]: "Del que con foz cogiere grannas: "(…)". *Fuero de Zorita de los Canes*, [64]: "De aquel que espigas en mies agena cogiere: (…)"; [65] "Tod aquel que con foz espigas cogiere, o con cuchiello: (…)". *Fuero de Plasencia*, [551]: "Del que en mies aiena con unna cogier granas: (…)". *Fuero de Béjar*, [92]: "Qui cogier con cuchiello: (…)"; [93]; "Qui cogier granas: (…)". *Fuero de Alcaraz,* [II, 49]: "Del que espigas en mies agena cogiere o segare con foz: (…)". *Fuero de Alarcón*, [73]: "Del que en mies agena cogiere grannas: (…)"; [74]: "Del que con foz cogiere grannas: (…)". *Fuero de Úbeda*, [X, IV] "(b) Otrossi todo aquel que en mies agena cogiere grannas (…). (c) Mas aquel que con foz, o con cuchiello (…)". *Fuero de Baeza*, [72]: "Del que grannas cogiere en miesse aiena con la unna: (…)"; [73]: "Del que con foce cogiere grannas: (…)". *Fuero de Villaescusa de Haro*, [72]: "Del que cogiere gemas: (…)"; [73]: "Del que granas o mies agena segare: (…)". *Fuero de Huete*, [59]: "(…) e todo aquel que en la mies agena moragas cogiere (…)". *Fuero de Soria*, [181]: "Qval quier que en mjes agena con unnas grannas cogiere, quantas en la mano pudieren seer çerradas, por una uegada non peche calonna; mas si dos uezes lo fiziere en la mies fuere fallado, peche V sueldos. Si con foz o con guchiello o en otra manera grannas cogiere fuera sacado lo de unna, peche I mr".

[275] *Fuero extenso de Sepúlveda*, [164a]: "Otrossí, qui quisiere fazer casa o alguna paret, yerga paredes et casa en alto, quanto quisiere". *Fuero de Cuenca*: Forma sistemática, [VI, XIX]: "De altitudine domorum: Quicumque domum hedificare uoluerit, erigat hedificium in altum quantum sibi placuerit". Forma primordial, [147]: "De altitudine domorum: (…)". Códice Valentino, [I, VI, 14]: "(…) Qual quier que quisiere armar casa, alçela en alto quanto le pluguiere (…)". Fragmento conquense, [89]: "(…) Qual quier que casa hedificare, si quisiere, alçela quanto ael ploggujere (…)". *Fuero latino de Teruel*, [288] "(…) Item sciendum est quod quicumque domum hedificare voluerit, ipsam erigat in altum et hedificium quantum sibi placuerit iuxta votum (…)". *Fuero romance de Teruel*, [299]: "(…) qual quiere que casa querrá hedificar, aquélla alçe en alto et el dificamiento quanto aél plazrá, segunt el fuero". *Fuero de Iznatoraf*, [136]: "Todo aquel que casa quisiere fazer, fagala en alto quanto le plugujere (…)": *Fuero de Zorita de los Canes*, [131]: "Tod aquel que casa quisiere fazer, leuante la casa en alto quanto sele ploguiere". *Fuero de Béjar*, [164]: "Qvi quisier fer casa, yerga pared e casa en alto quanto le ploguier". *Fuero de Alcaraz*, [III, 20]: "Et qual quier que casa fiziere, alce la fechura en alto quanto le ploguiere". *Fuero de Alarcón*, [132]:

ampara la facultad de cortar o deshacer las vigas de madera encastradas desde la casa colindante que impidiesen la elevación deseada de la propia, cuando requerido para ello, su propietario no las hubiese retirado por sí mismo[276], paulatinamente vemos asomar reglas o precauciones que tienden a recortar esa libertad en éste y en otros aspectos. Aunque resulta totalmente excepcional que estas limitaciones comporten la prohibición de cualquier obra o componente arquitectónico que pueda suponer perturbación para los vecinos, como sucede en el privilegio otorgado en 1222 por el rey Sancho el Fuerte y el obispo de Pamplona para restablecer la paz entre los distintos burgos de la ciudad, en el que se fijan como condiciones para la reedificación de las casas el que se ajusten a ciertas medidas de altura y amplitud, que las paredes sean de madera y no de piedra o cemento, que en las mismas no se coloquen ventanas, cloacas, acueductos o lavaderos, y que no se viertan aguas pluviales desde los tejados hacia la calle, sino hacia el interior de las viviendas[277].

De hecho, el propio alzado de ciertas edificaciones halla restricciones en la costumbre tradicional castellana, en virtud de la norma recogida en el *Fuero Viejo de Castilla* y el *Libro de los Fueros de Castiella*, que dirigida a los hermanos que adquiriesen e hiciesen partición de una era, les impide subir una pared o cualquier otra construcción por encima de una altura —la de un hombre y la del braguero, respectivamente— que impidiese circular el vien-

---

"E todo aquel que casa hedificare, leuantela en alto quanto a él ploguiere". *Fuero de Úbeda*, [XVI, I]: "(a) Tod aquel que casa quisiere fazer, fagala en alto quantol plugier". *Fuero de Baeza*, [135]: "(a) Todo aquel que casa quisiere fazer, faga la alta quanto quisiere (…). *Fuero de Villaescusa de Haro*, [130]: "Todo aquel que casa quisiere faser, fagalla en alto quanto quisiere (…)" *Fuero de Huete*, [108]. "Todo aquel que casa hedificare, leuantela quando a el ploguiere (…)".

[276] *Fuero de Soria,* [475]: "Qui quisiere fazer casa en lo ssuyo, fagala et alçela quanto quisiere. Et si queriendo alçar su casa la madera dotra casa estidiere sobre la suya, fagalo saber a aquel cuya es que la taje o la dessaga; et si lo non fiziere, tajela o dessagala el mismo sin calonna ninguna quanto fallare en elasta derecha faza suso; et aquel cuya fuere, non sele pueda deffender por anno et dia".

[277] *Privilegio a los burgos de Pamplona*, 1222-VII-28 (J. M. Lacarra-A. Martín Duque, *Fueros derivados de Jaca,* 2 (n. 43), núm 19, pp. 144-146): "Mandamus etiam ut homines de Populatione reedificent domos suas et eas possideant perpetuo pacifice et quiete, ita tamen ut versus burgum Sancti Saturnini idem homines non erigant a terra parietes de petra et cemento uel terra ultra tres cubitos a nobis constitutos, nec ultra unum dictorum cubitorum in latitudine. Et supra parietem illorum trium cubitorum in altitudine et unius in latitudine erigant parietes de lignis et no de alia materia, in altitudine unius haste militaris. Et quod in illis parietibus lapideis uel terreis siue ligneis non faciant balistarias aliquas uel fenestras uel cloacas uel aqueductum uel lauatorium uel foramen aliquid, nec permittant cadere stillicidia domorum suarum in fossata burgensium; set si uelint ut ibi cadant, retrahant a fossata burgensium domos suas uersus interorem partem per unum cubitum, et in terra illa uacua de retractione domorum cadat tantum aqua pluuialis, et inde in fossatum aliter uero non". No obstante, en otro privilegio de Teobaldo II de 1253-XI-27 (J. M. Lacarra-A. Martín Duque, *Fueros derivados de Jaca*, 2, núm. 24, pp. 149-150), se concede a los pobladores de San Nicolás que "(…) fagan lures casa asi como quisieren et al millor que podieren (…)".

to por la otra[278]. Una prohibición que resulta indispensable para garantizar las condiciones adecuadas para la limpieza del grano, como indirectamente se apunta en el Fuero General de Navarra, donde, con especial referencia a las zonas por donde éste sopla con mayor frecuencia, se fijan como límites tres codos en anchura y el nivel de las rodillas hacia arriba, al tiempo que se establecen otras medidas adicionales contrarias a la instalación de chozas o cabañas que pudiesen causar perjuicios a los vecinos[279]. No obstante, el entronque con el carácter finalista, típico de las servidumbres germánicas, que algún autor ha querido descubrir en esta institución, se concilia mal con la existencia de un claro precedente justinianeo de estos preceptos[280]. En todo caso, no detectamos rastro alguno de la antigua servidumbre romana de *altius non tollendi* hasta su reconocimiento en las Partidas[281].

Otro tipo de limitaciones descansan su justificación en la preservación del buen estado y la función de los espacios y las edificaciones públicas. Capítulo en el que se inscribe la obligación formulada en el fuero de Jaca y en los navarros de Pamplona y de Viguera y Val de Funes[282] a quienes hubiesen car-

---

[278] *Fuero Viejo de Castilla*, [IV, V, VI]: "Cónmo deven los hermanos alçar pared entrellos en manera que non faga el uno al otro perdimiento. Esto es fuero de Castiella. De que hera se ha de partir entre hermanos, que ninguno dellos non ha de alçar pared, por que faga perder viento a la otra hera, mas pueda alçar pared quanto es fasta el e non más. Et, por otras heras que sean de nuevo fechas, non dexará cada uno de fazer lo que quisiere de su era". *Libro de los Fueros de Castiella*, [121]: "Título de la era que se deve partir entre los hermanos: Esto es por fuero de era que se vende et se parte entre hermanos o a qual era non an de toller viento o quanto an de erzer pared que non tuelga viento a la era antigua. Non deue erzer ninguna cosa porque pierda viento; mas puede erzer tanto de parete quanto es fasta el braguero e non mas. Et por otras eras quesean de nueuo fechas non dexara cada uno de fazer lo que quisiere en su era".

[279] *Fuero General de Navarra*, Serie A, [546]: "A era no embargar uiento: Ningun ome non deue embargar uiento a era, nin carrera que aya acostumbrada, que la era sin uiento non ualdría nada; ni non deuen fazer paredes cabo la era de partes de sierço ni de buchorno mas acerca de III cobdos, et aylli no mas alto sobre la tierra sino atal genoyllo del hombre; et aqueyllos qui an las eras de part del sierço o de buchorno no enbarguen los uientos con fassinas nin con otras cosas, mas paren las fazinas en logar que non fagan embargo a sus uezinos. Et si algunas casetas quisieren fazer, o cabaynas, o se defiendan del uiento o de granizo o d'agoa los qui goardans las eras, fagan el logar que non faga dayno alas otras eras, ni embargo en los uientos; et si poder de uiento o d'agoa lieua paia o grano al su era de lo del uezino, no'l deue enbargar lo suyo al dueyno de la paia ni del grano (…)". Serie B, [311]: "En coal manera deue e puede fazer era e coales son las maneras e las cosas porque ombre non deue nin puede fazer embargo a era (...)". Redacción sistemática, [VI, VIII, I]: "De eras vieyllas et nevas, et de no embargar viento con ningunas cosas á ellas, et ata en quoanto (...)".

[280] Se trata de CI. 3.34.14.1. Tal conexión ha sido sostenida por J. M. Pérez Prendes. Véase nota 183 y M. Azcarrága-J. M. Pérez Prendes, *Lecciones de historia del derecho español,* 3ª ed., Madrid, Ramón Areces, 1997, p. 210.

[281] *Partidas,* [III, XXXI, II]: "(…) o auer tal seruidumbre, la vna casa en la otra, que la nunca pudiesse mas alçar de lo que era alçada ala sazon, que fue puesta la seruidumbre, porque le non pueda toller la vista, nin la lumbre, nin descubrirle sus casas (…)".

[282] *Fuero de Jaca*. Redacción C, [95]: "Si ome bilan ten en mur troncx de sa casa, deu adrecar aquel mur e ses menes quant menester era. Et si yfançon ten troncx de sa casa fincatz el mur

gado vigas o arrimado sus casas a los muros del concejo o de la villa, y consistente en el deber de asumir su reparación y devolverlos a su primitiva condición cuando se hubiesen desplomado; al efecto, se añade, además, el descriptivo requerimiento de que entre el muro y la casa adosada al mismo se deje una franja libre de tal anchura que por ella pudiese pasar un caballero con su caballo y con todo su armamento. Espacio —que aquí debe ser suficiente para el paso de un carro con sus bueyes—, que también se ordena respetar a los infanzones de Tudela que aproximasen su casa al muro de la villa[283]. Una disposición de similar orientación la encontramos en el fuero de Sahagún de 1255, en el que se autoriza la colocación de casas al lado del muro a condición de rehacer éste y de ocuparse de su mantenimiento allí donde allí donde hubiesen sido puestas[284]. Menos condescendientes se muestran, sin embargo, los redactores de los *Furs de Valencia*, que prohiben, sin más, construir viviendas u otros edificios junto a la muralla de la ciudad, tanto por dentro como por fuera de ella[285]; al igual que la proyección de casas, pórticos o balcones sobre la calle o la plaza pública, exigiéndose, al respecto, que las paredes asciendan en línea recta desde los cimientos hasta el tejado sin

---

de vila e non voldra adrecar lo mur e encara les menes del mur en son en dreyt quant mester sera, per for toldra totz les troncx del mur e dara carrera entre el mur e la casa que largament et sens enbarc ne puyssca passar I caualler armat e tota altra cargua. Pero les jnfancons, ya sia aquo que no hayen cases aprop del mur de la villa, deuen, per for, ayudar a rrestaurar les murs e les portes de la vila, car tozt se saluen ab lurs coses"; Redacción B, [95]: "Si omne vjllan tien sobre muro de uila (…)". *Fuero de Pamplona*. Redacción S, [97]: "De mur de uilla tenir uiges. Si omne uillan tendra en mur uigues de sa casa, deu dreçar aquel mur et ses menes quant ops sera. Et si infançon ten uigues de sa casa ficades e'l mur de uilla et non uoldra dreçar lo mur, et encara les menes del mur en son endreit quant menester fara, per for toldra totes les uigues, et done carera entre lo mur et sa casa tant que largament et sens embarc en puysca pasar un caualler armat et tota altra carga. Pero les infançons, ia sia ço que no ayen cases prop del mur de la uilla, deuen per for aiudar a restaurar les murs et les portes de la uilla, car toz se'n saluen ab lurs coses". *Fuero de Viguera y Val de Funes*, [419]: "Qui firma vigas en muros: Todo omne que firmare viegas en muro de concejo o de la villa, si el muro cayere, tenjdo es el omne de fazer el muro con sus menas con sus missiones bien assí como era d'ante, e dexe tanto de espacio entre el muro e su casa que el cauayllero armado con su cauayllo e con todas armas pueda passar sin embargo o otra bestia cargada".

[283] *Fuero de Tudela*, [19]: "(…) Et si el ifançon cargare en el muro, auralo de la primera uez a fer e a refer el portiello o dexar entre el muro e su casa tanta plaça quanta el carro con los bueyes puede pasar anplamente e con esto no le auidera el ifançon".

[284] *Fuero de Sahagún,* 1255-IV-25, (J. Rodríguez Fernández, *Los fueros* (n. 42), núm 80, pp. 227-239): [26] "(…) et los omnes de Sant Fagund puedan facer casas iuntadas con el muro, hi aquellos que las ficieren sean tenudos de refacer el muro et de lo mantener en aquel logar o las ficieren"

[285] *Furs de Valencia*. Versión latina, [II, 9]: "Iuxta murum id est, circa barbancanam, intus et extra, nemo faciat stationem, domun vel aliquod aliud hedifficium pretextu alicuius acquisitionis vel acapti facti vel fatiendi, nec in ipsa barbancana possit habere aliquis aliquem porticum sive solum". Versión romance, [II, 10]: "Entorn del mur, ço es a saber, en la barbachana, dins o defora, no faça negun hom estatge ne casa ne edifici, per alcun acapte ne adquisició feyta ne a fer; ne en aquela barbachana negun hom no haye logar nè sol".

encontrar ningún obstáculo intermedio[286]. Unas restricciones que también se imponen a los moradores de Tortosa, al negárseles la posibilidad de edificar o hacer obras en los muros, las torres o las barbacanas de la ciudad, si bien a quienes tuviesen sus casas cercanas a la muralla se les permite formar arcos y soleras y utilizar los muros y las torres para ciertos usos privados, siempre que no supusiesen menoscabo alguno para el sistema defensivo[287]. Por su parte, las Partidas, alegando razones de seguridad defensiva y prevención contra posibles daños o traiciones, fijan una distancia mínima de quince pies entre las casas de nueva construcción y las murallas de las villas, ciudades y castillos[288]. Y medidas de este tipo encontramos asimismo en ordenanzas municipales más tardías, como las otorgadas en 1390 por el rey Carlos III al burgo de San Saturnino y la población de San Nicolás de Pamplona[289].

Motivaciones de urbanidad y de salubridad pública son también, las inspiradoras del precepto del fuero de Soria que castiga a quien hiciese una

---

[286] *Furs de Valencia*. Versión latina, [II, 11]: "Nemini liceat domum, cameram porticum, anvanum vel bescalmum facere super viam publicam vel super plateam publicam, sed quicumque hedifficauerit suos parietes iuxta viam publicam vel iuxta solum publicum vel iuxta plateam publicam, recta linea a fundamentiss supra, usque ad loca per que discurrant stillicidia, hedificet sine ullo obstaculo intermedio". Versión romance, [II, 12]: "Negun hom no pusque fer casa, cambra, portxe anvà, o bescalm sobre carrera pública o sobre plaça pública. Mas aquel qui edificarà les sues parets de prop la carrera pública. Mas aquel qui edificarà les sues parets de prop la carrera pública o de prop le sòl publich o de prop la plaça publica, dreta linya dels fonaments ensús entrò a aquels lochs per los quals l'aygua decorre per les canals, bastesque o edifici sens tot contrast que el mig no sie".

[287] *Costums de Tortosa*, [I, I, I]: "Los murs, les torres, los valls, las barbacanes de la Ciutat son a definiment de la Senyoria e dels ciutadans. E negu no pot aquí edificar, ne portes, ne altra obra fer, por que la fortalea de la Ciutat s'en puxa miruar. Empero aquels qui han las cases qu'es tenen ab los murs, poden en aquels murs metre cabirons e jacenes, et fermar archs, e vsar de les torres e del mur, et fer priuades, en axi que la fortalea de la Ciutat no s'en mirue. En los valls, ne en les barbacanes no pot negu ne deu hedificar, mas poden ne traer fems, sin'i ha".

[288] *Partidas*, [III, XXXII, XXII]: "Como non deuen fazer casa nin edificio cerca los muros de las villas, e castillos: Desembargadas, e libres deuen ser las carreras que son acerca de los muros de las villas e de las ciudades, e de los castillos de manera que non deuen y fazer casa, nin otro edificio que los embargue nin se arrime a ellos. E si por auentura alguno quisiesse y fazer casa de nueuo deue dexar espacio de quinze pies entre el edificio que faze, e el muro dela villa, o del castillo. E esto tuuieron por bien los sabios antiguos por dos razones. La vna porque desembargadamente puedan los omes acorrer, e guardar los muros dela villa en tiempo de guerra. La otra porque dela allegança de las casas non viniesse a la villa o al castillo daño, ni traycion". Esta misma distancia se imponía en una constitución de los emperadores Arcadio, Honorio y Teodosio, C.I. 8.10.9.

[289] Concedidas a través de un privilegio de 20 de diciembre de 1390 (J. M. Lacarra-A. Martín Duque, *Fueros derivados de Jaca*, 2, núm. 85, pp. 266-271), estas ordenanzas -que por su larga extensión no reproduzco- ordenan que el espacio existente entre el muro de la ciudad y las casas sea limpiado de suciedad y de estiércol por aquellos que echaron allí los desperdicios, o por el conjunto de la comunidad, si los autores no pudiesen ser identificados. Además, se manda cortar todos los árboles existentes en este lugar y derribar las paredes y edificios allí levantados, así como el cierre de las puertas que dan al mismo cuya altura sea superior a cuatro codos, que es también la establecida como mínima para permitir que las casas se construyan en piedra.

habitación privada de cara a una calle transitada o emitiese hacia ésta malos olores con una multa de dos maravedíes diarios, que deberá pagar hasta que cubra dicha cámara o evite el hedor, quedando, además, cualquier otra persona legitimada para reclamar la imposición de esta pena una vez pasados tres días desde que el dueño de la casa recibió una amonestación para que pusiese fin a tales situaciones. Idéntica sanción pesa, por último, sobre aquél que arrojase paja u otros desperdicios a las calles y callejas de uso común o a las plazas donde morasen otros vecinos[290].

Metidos ya plenamente en el estudio de las limitaciones asociadas a la tutela de las facultades propietarias que pudiesen verse alteradas o disminuidas por efecto de las relaciones de vecindad, conviene recordar que el edicto pretorio reconocía al titular del predio expuesto a sufrir las consecuencias del derrumbe de un edificio próximo que amenazase ruina el derecho de reclamar a su dueño la promesa, prestada con garantes, de que le sería restituido el coste de la reparación completa de los daños que su previsible desmoronamiento pudiese ocasionarle. Contando además, en el caso de que el propietario del inmueble rechazase prestar la caución, *cautio damni infecti*, con la posibilidad de obtener una *missio in possessionem* que, en principio, le autorizaba para entrar en la finca e inspeccionarla, pero que, si su dueño se ratificase en su negativa, podría acabar reportándole su posesión civil, dando inicio con ello al cómputo del plazo de usucapión.

Pues bien, una medida precautoria que evoca un evidente conexión con este lejano precedente la encontramos en un conjunto de fueros extensos, que incluye los de Sepúlveda, Cuenca, Teruel y Soria, en los que a aquél que temiese la venida abajo de una pared, una casa o una viga, o el incendio de una vivienda próxima, se le faculta para acudir ante su propietario, acompañado -dependiendo de los distintos textos- del juez, o los alcaldes o varios hombres buenos, o abordándole en el concejo, para pedirle que repare, adobe o retire la casa o el elemento arquitectónico que genera su alarma. Con el resultado de que, si después de recibir esta amonestación, terminase produciéndose el desastre presagiado, el propietario que fue avisado del peligro deberá indemnizar los daños originados por el doble de su valor, siendo en Teruel adicionalmente condenado a pagar, mientras persistiese en su incuria, cinco sueldo diarios al querellante que pudiese probar con testigos que ya había sido

[290] *Fuero de Soria*, [478]: "Aquel que camara priuada ffaz a la cal poro andan et passan los omnes touiere descubierta, peche cada dia dos mr. fasta que la cubra; et si ffedor a la cal fficier et non lo vedare, peche cada dia dos mr. fasta que lo uiede. Et desta pena, quela pueda demandar qual quier, despues de terçer dia quel ffuere amonestado. Esta misma pena aya qui echare paia o otras cosas pora ffazer estiercol en las calles o en las calleias poro andan et passan los omnes, o ffiziere o echare lixo alguno en ellas et en las plaças de la villa do moraren los omnes".

advertido[291]; y, además, en la generalidad de estos ordenamientos, cargará de por vida con la enemistad de los parientes cuando el desplome o el fuego ocasionasen alguna víctima mortal. Ahora bien, se precisa, con anterioridad a ser apercibido nadie podrá ser castigado como responsable del fallecimiento o la herida de hombre o de animal provocada por estas causas, o por la caída producida en un pozo o en un hoyo, o por agua, o por cualquier otra clase de accidente[292].

---

[291] *Fuero latino de Teruel*, [279] "De eo qui ruinam alicus rei timuerit: Similiter quicumque ruinam alicuius domus sive trabis vel parietis, aut incendium vicine domus timuerit, moneat dominus illarum rerum cum iudice et alcaldibus, sive in concilio, aut parietem eiciat, aut trabem suffulciat aut illud custodiat, ne dampnum faciat ullo modo. Si forte post ammonicionem paries, vel illud, de quo monitus fuerit, aliquod dampnum fecerit, duplatum, ut forum est, pectet illud. Et si forte hominem occiderit post ammonicionem, dominus illius rei pectet dupplatam calumpniam, et exeat in perpetuum inimicus. Post ammonicionem ideo dicimus quia nullus ante quam sit monitus debet pectare calumpniam pro homine sive pro bestia, quam paries sive lignum seu domus percusserit, sive occiderit, sive in puteo aut in fossa interierit, vel aliud inconveniens evenerit per ista superius iam predicta. Omne vero aliud dampnum, quod una domus alii fecerit per aquam sive per rugitum textorum vel ferraiorum sive per rem aliquam, que dampnum possit facere, si post ammonicionem, ut dictum est, statim prohibitum non fuerit, dominus illius domus pectet illud dupplatum, et si adeo perfidus fuerit quod illud dampnum prohibere noluerit postquam monitus fuerit, pectet cotidie Ve solidos quereloso et damnum dupplatum, ut dictum est superius, si convinci possit testibus cum quibus fuerit amonitus, iuxta forum". Similar en *Fuero romance de Teruel*, [289]: "De caymiento de casa (…)"

[292] *Fuero de Cuenca*. Forma sistemática, [VI, IX]: "De eo qui ruinam [alicuius rei timuerit]: Quicumque ruinam parietis, aut domus, aut trabis, aut incendium uicine domus timuerit, moneat dominum parietis, uel domi, uel trabis, cum iudice et alcaldadibus siue in concilio, ut parietem eiciat, aut trabem, aut suffulciat aut custodiat. Et si post ammonicionem paries uel illud, de quo monitus fuerit, aliquod dampnum fecerit, pectet ilud duplatum. Si hominem occiderit post ammonicionem, pectet calumpniam duplatam, et exeat inimicus in perpetuum. Post ammonicionem ideo dicimus, quia nullus antequam sit monitus, habet calumpniam pectare pro homine, aut bestia, quem paries, aut lignum, aut domus percusserit, aut occiderit, siue in puteo aut in fossa interierit, vel aliud incoueniens quod per ista euenerit. Omne aliud dampnum quodcumque una domus alii fecerit per aquam, uel per aliam rem, si post ammonicionem statim prohibitum non fuerit, pectet illud duplatum sicut dictum est". Forma primordial, [137]: "De eo qui ruinam alicuius rei timuerit (…)". Códice valentino, [I, VI, 7]: "El que temiere de caymiento de casa o de pared de algun su vezino (…)". Fragmento conquense, [80]: "De aquel que quebrantamiento de pared o de alguna cassa temjere (…)". El precepto es repetido en parecidos términos en *Fuero de Iznatoraf*, [126]: "Del que ouiere pauor de pared o de casa ajena: (…)". *Fuero de Zorita de los Canes*, [121]: "De aquel que temiere caya de alguna casa: (…)". *Fuero de Plasencia*, [60]: "Del que temiere caimiento de paret u otro danno qualquier: (…)". *Fuero de Béjar*, [154]: "Qui temiere de paret o dotra casa que cadra: (…)". *Fuero de Alcaraz*, [III, 10]: "De aquel que el derrocamiento de alguna cosa temiere: (…)". *Fuero de Alarcón*, [123]: "(a) E tod aquel que caymiento de casa temiere (…)". *Fuero de Úbeda*, [XV, II]: "Del que pauor ouiere de pared (…)". *Fuero de Baeza*, [125]: "Del que ouiere pauor de paret o de otra cosa de su uezino que caera et que'l fara algun danno: (…)" *Fuero de Villaescusa de Haro*, [121] "Del que se temiere de casa o pared agena: (…)". *Fuero de Huete*, [97]: "Del que temiere caymiento de casa: (…)". [98]: "Del danno que viniere de una casa a otra: (…)".

Fuero de Soria, [501]: "Quien de caymiento de paret o de casa o de viga, o de ençendimiento de casa de alguno se temjere, digagelo al sennor dela casa o de la paret o dela viga con omnes buenos que la adobe et que la guarde porque non uenga ende danno. Et si despues del amonestamiento la paret o la casa o aquella cosa de que fue amonestado algun danno ffiziere, pechelo todo

Aunque de manera mucho menos detallada, la cuestión se aborda también en el *Fuero Viejo de Castilla y* en el *Libro de los Fueros de Castiella*, donde simplemente se insta a quien tuviese su casa *encostada* a repararla, debiendo meter por las casas más cercanas aquellos materiales, canales o maderas que necesitase para realizar esta labor. Sin embargo, no se contempla la posibilidad de amonestarle, ni se alude a que la existencia de este apercibimiento tenga repercusión en la cuantía de la indemnización por los daños que pudiese ocasionar[293]. En contraste, las Partidas se aproximan ya mucho a las viejas soluciones romanas, al amparar la facultad de aquellos vecinos que temiesen verse afectados de dirigirse a la autoridad judicial local para denunciar la precaria situación de la torre o el edificio que anunciase su derrumbamiento. El juez, después de cerciorarse, con el asesoramiento de varios expertos, de su peligroso mal estado, podrá ordenar a su propietario su demolición o enderezamiento, o bien la presentación de fiadores solventes, que garanticen el resarcimiento de los perjuicios que su hundimiento pudiese provocar. E incluso, en el caso de que el dueño desatendiese estas demandas, podrá decidir la toma en posesión provisional del inmueble por parte de los reclamantes, que se convertirá en definitiva si aquél continuase sin deponer su postura

---

doblado; et si por auentura omne matare, qual quier que gelo amonesto, quier otro, peche el omezillo et salga por enemigo. Ca ante del amonestamiento ninguno non ha de pechar calonna por omne ni por bestia que la paret ola casa o el madero ola otra cosa ffiriere o matare, o en pozo o en ffoyo cayere o en otra cosa semeiable. Todo otro damno que una casa a otra fiziere por agua o por otra cosa, si despues del amonestamiento uedado non fuere, pechelo todo doblado asi como dicho est".

No incluye esta última precisión el *Fuero extenso de Sepúlveda*, [158]: "De la casa que cayere et fiziere danno: Si alguno temiere paret de su vezino que cadrá, o casa, o viga, o encendimiento de casa de su vezino, muéstrelo al duenno de la paret, o de la casa, o de la viga, con los alcaldes, o en conceio, que eche la paret, o la viga, o la arrime con algo. Et guarde, si depués que mostrádol fuere, la paret o la casa quel fuere mostrada, algún danno fiziere, péchelo doblado. Et si por aventura omne matare, peche la calonna doblada, et salga por enemigo por siempre. Et por esto dezimos que ninguno non deve pechar calonna ninguna por omne, nin por bestia, que paret, o madero, o casa firiere, o matare, ante que ge lo mostrare. Et si muriere en pozo, o en fuessa, o en foyo, o en otro mal logar, por qualquiere que por estas cosas deviniere, et por todo otro danno qualquier que la una cosa faga a la otra, por agua o por otra cosa, si después del demostramiento non fuer vedada, péchelo doblado assí como sobredicho es".

[293] *Fuero Viejo de Castilla*, [IV, V, II]: "Si algún omne ouiere casa acostada, que la deue adobar, por que las casa otras cerca della non rreçiban danno: Otrosy, si casa oviere un omne e fuere acostada, dévela adobar, por aquellas otras casas de çerca della non rreçiban danno. Et, sy después quel fuere mostrado, non lo quisiere adobar e danno viniere a las otras casas de çerca, deve pechar todo el danno de la casa el duenno de la casa. Otrosí, sy meester oviere de sobir canales o madera para aquellas casas adobar, dévenlas sobir por las casas que fueren mas çerca de aquellas que son de adobar. Et, quando la suya oviere adobado, si algún danno fiziere en la otra casa, dévelo adobar todo". *Libro de los Fueros de Castiella*, [147] "(…) Et otrosí, si casa oviere un omne e fuere encostada, dévela adobar por las otras casas de çerca sil fuere menester et pechar todo el danno que fiziere en las otras casas. Otrosí si oviere menester de sovir canales o maderas para adobar sus casas, dévelas sovir por las casas de çerca la suya. Et si danno fiziere, dévelo pechar al duenno de la casa".

de rebeldía. No obstante, el propietario quedará eximido de responsabilidad por los daños causados si el desplome del edificio viniese provocado por alguna catástrofe natural[294]. La prestación de caución o de fiadores no se contempla, por el contrario, respecto a la pared o el árbol de los que se temiese que puediesen caer sobre la pared propia[295].

La garantía de la *cautio damni infecti* aparece, asimismo, en los *Furs de Valencia*, en donde al propietario del inmueble cuyo ruinoso estado de conservación supusiese un serio peligro para las casas contiguas se le insta a efectuar su reparación o a prestar a sus vecinos una caución, en previsión de los daños que su caída pudiera ocasionarles[296]. Pero es en las *Costums de*

---

[294] *Partidas*, [III, XXX, 15]: "Como deuen fazer ala casa que se quiere caer, e los vezinos se temen della: Casa o torre o otro edificio auiendo algund ome, que se quisiesse derribar, e los vezinos, temiendose de recebir daño de aquel lugar, le fiziessen afruenta, que lo derribase, o lo endereçasse, o que diesse fiadores para endereçar el daño, que de aquel lugar viniesse si este cuyo fuesse non lo quissiese fazer, e por razon de su rebeldia fuessen los vezinos apoderados de aquel edificio por el juzgador por tal apoderamiento como este, pierde la tenencia aquel cuyo era el edificio, si durare en la rebeldía"; [III, XXXII, X]: "Como las lauores nueuas o viejas que se quieren caer, las deuen reparar o derribar: (…) E otrosi los edificios antiguos fallecen e quieren se derribar por vejez, e los vezinos que estan cerca dellos temen se de recebir ende daño. Sobre tal razón como esta dezimos que el iudgador del logar, puede e deue mandar a los Señores de aquellos edificios, que los enderecen, o que los derriben. E por que mejor se pueda esto fazer, deue el mismo tomar buenos maestros, e sabidores deste menester, e yr al logar do estan aquellos edificios de que se temen los vezinos, e si el viere e entendiere por aquello que le dixeren los maestros que están a tan mal parados que no se pueden adobar, o non lo quieren fazer aquellos cuyos son, e que ligeramente pueden caer e fazer daño. Estonce deue mandar los derribar. E si por auentura no estouiessen tan mal parados, deuen los apremiar que los enderecen, e que den buenos fiadores a los vezinos, que no les venga ende daño. E si tal fiadura como esta non quisiesse fazer, o si fuse rebelde non los queriendo reparar, deuen los vezinos que se querellauan, ser metidos en tenencia de aquellos edificios que se quieren caer, e dar gelos por suyos, si el dueño del edificio durare en su rebeldia fasta aquel tiempo, en que ellos lo ayan a adobar, o a derribar por mandado del judgador. Otrosi dezimos que si el dueño del edificio diesse recabdo a los vezinos que se temen del, de les pechar el daño que ende recibiesen, si el edificio se cayesse por flaqueza de si mismo, e non por ocasión, estonce seria tenudo de pechar el daño a que se obligara. Mas si el edificio se derribase por terremoto o por rayo, o por gran viento, o por aguaducho, o por alguna otra ocasión semejante, estonce no seria tenudo de pechar el daño que por el edificio viniesse".

[295] *Partidas*, [III, XXXII, XII]: "Como se pueden fazer derribar las paredes, e los arboles de que algunos se temen de recebir daño si cayessen sobre sus paredes: Paredes flacas, e arboles grandes mal raygados son a las vegadas cerca de heredades, o de casa agenas que se temen los vezinos que si cayeren, que les faran daño. Onde dezimos que si tal querella como esta viniere delante del juzgador que deue tomar algunos omes buenos que sean sabidores destas cosas atales, e ver si estan tan mal paradas que puedan ayna caer, e fazer daño e si lo fallaren assi, deue los fazer cortar e derribar".

[296] *Furs de Valencia*, Versión latina, [XLVII, 22]: "Si domus vicini minentur ruinam, ita quod ex illa ruina possit vicino in domibus suis dampnum contingere, vicinus domus suas ruinosas fulciere teneatur vel vicino cautionem prestare de dampno illi futuro, si forsam ex ruina illa dampnum sibi contingeret". Versión romance, [XLVIII, 22]: "Si les cases del vehí seran roïnoses, ço és, que són aparellades de caer, enaxí que si cahien que feesen mal o que donassen dan a les cases de son vehí, aquell vehí qui haurà les cases roïnoses o aparellades de caer sie tengut de calçar e d'adobar aqueles cases o de donar assegurament a son vehí, si negun dan ni negun mal li'n venie per rahó d'aqueles cases, si cahien".

Tortosa donde esta figura adquiere un perfil todavía más ajustado a las reglas romanas. En principio, cualquiera que percibiese la amenaza de los posibles perjuicios generados por la desastrosa situación de una pared, una casa, un tejado o un muro dispone de acción para presentar su denuncia ante el veguer, que después de evaluar los riesgos denunciados, sea por sí mismo o sea delegando esta tarea en tres o cuatro vecinos, si los estimase elevados podrá ordenar el derribo o el arreglo del inmueble, que su dueño deberá acometer, sin tener opción a la apelación, dentro del término que se le señale, lo que, sin embargo, no le eximirá de su responsabilidad por las consecuencias lesivas que su definitivo derrumbamiento pudiese acarrear. Y con la particularidad de que si tratase de la muralla de la ciudad, aquél que reclama que sea derruida deberá asumir el coste de esta operación, si bien no estará obligado a su reconstrucción[297]. No obstante, además de la facultad de poner en marcha este procedimiento, reconocida, en general, a quien quisiera iniciarlo, al vecino que temiese resultar directamente afectado también se le ofrece la alternativa de exigir al titular del edificio su demolición o su restauración, o bien que preste una fianza suficiente para cubrir el coste de los daños que pudiesen derivarse de su desmoronamiento total o parcial. Ahora bien, si éste se negase a satisfacer su petición, podrá acudir ante el órgano judicial, para que dicte sentencia imponiéndole la caución[298]. Por último, en relación con la pared medianera, si a uno de los propietarios le asaltasen dudas acerca de si

[297] *Costums de Tortosa*, [III, XI. XII]: "(1) Si les parets o cases d'algu o cuberta de cases o murs de la Ciutat volen caure o estan en reec de caure, a coneguda d'uns e d'altres, aquel qui ha temor que caya, deu venir a la Cort, e aqui mostrar com aqueles parets cases o cuberta o murs, *minantur ruinam*, e que seria gran don d'ell e d'altres; e sobr'aquesta mostra, lo Veguer o III o IIII dels Ciutadans o pus deuen anar lá, e veer e gardar aquela cosa; e vista aquela cosa, si conexen que faça a derrocar o a destruyr o a refer o a calçar, aquel de qui la cosa es, ab sa propria messio, deu aquela derrocar, o refer calçar o adobar per juhii, e dins aquell temps que ells li assignaran, que no s'en pot appeylar ni en aquest cas no ve appeylacio; e no perço meyns, pus aquel lo y aura demanat qu'els derroc, si ver es, que facen a derrocar e no o vulla fer, es tengut do tot lo mal que farien si cayen (2) Si es mur de la Ciutat qu'en sia vist al Veguer et als Ciutadans qui seran en la Cort, et ayran aquela cosa veer, quan ells o ajen vist que par que degan caer, per sentencia dels Ciutadans, aquel qui fa la demanda que sien derrocats, deu ne fer derroar aytant com ells li jutjaran qu'en sia derrocat e no pus, e deuelos derrocar ab sa propria messio, mas no es tengut de refer".

[298] *Costums de Tortosa*, [III, XI, XVIII]: "Com sia desus dit que si cases d'algun vey volen caure e que sien en reec decaure, e que sia ver en axi que a les cases de son vey, si aqueles cases cayen, poguessen don donar e a les coses que son láins, es electio d'aquell qui espera aquest don a pendre et a auer, que li deman fermança, que si per caure d'aqueles cases a ell ne venia don, que lo y emenas tot, e si dar no la y volia, que anas al Veguer, e que s'en clam, e per sentencia conue qu'el demanat do fermança, mal son grat, al demanador que si don venia al demanador que lo y emen e lo y refaça o que derroc la paret o cuberta, e aylo que volra caure deu e pot demanar, e aço es electio del demanador qualqu'en vulla demanar, o la fermança o el derrocar o'l adobar, si adobar se pot, e lo demanat ha de que o pusca adobar: que sobr'aco qu'el demanador deman s'a a donar la sentencia de continent la cosa vista e gardada per lo Veguer e'ls Jutges sens alongament e contrast, e la deuen fer seguir sens tota malea que no s'i pusca fer".

la carga o la cubierta que reposan sobre ella ponen en peligro su estabilidad, podrá calzarla, adobarla o destruirla, traspasando al otro la carga de sufragar, con o sin su anuencia, su parte correspondiente de los costes de la obra[299].

C. 6. Pared común y medianera

Señalábamos páginas atrás como, desde la época arcaica regía en Roma la obligación de reservar un espacio libre, *ambitus*, de, al menos, dos pies y medio, alrededor de cada casa, lo que aseguraba entre ellas una separación no inferior a cinco pies, que alejaba el riesgo de la propagación de incendios, preservaba su singularidad y aminoraba las rencillas que siempre es susceptible de alimentar la proximidad de las viviendas. No obstante, también veíamos como, al compás del incremento de la población, la creciente escasez y carestía del suelo había empujado a un paulatino encogimiento de la distancia entre los edificios, dando pie a la aparición de una nueva forma de edificación en altura, la *insula,* cada vez más arrimada a las vecinas, lo que acabó conduciendo a la necesidad de buscar apoyos en paredes comunes y medianeras. Situación, lógicamente, requerida de la introducción de ciertas limitaciones, dirigidas a la protección de los derechos correspondientes a cada uno de los propietarios, ya que, a diferencia de las servidumbres, no existe una relación jurídicamente desigual entre ellos o entre sus respectivos predios.

Sorprende, con todo, la escasa atención merecida en el derecho castellano por los problemas asociados a esta potencialmente conflictiva relación. De hecho, apenas cabe citar otra referencia que la contenida en el fuero de Sepúlveda y en los integrantes de la familia foral de Cuenca y Teruel, cuando se admite la posibilidad de adosar o levantar la casa sobre la pared común, que es definida como aquélla en la que se comparte la titularidad del terreno sobre el que se asienta, a condición de que se abone la mitad de su precio, si bien tampoco se excluye la de hacerlo sobre la pared ajena, cuando se cuente con el permiso de su dueño[300]. El Fuero de Plasen-

---

[299] *Costums de Tortosa*, [III; XI; XI]: "Si les parets que son entre les vnes cases e les altres, son tals quela cuberta et el carrec que desus los esta, be no pusquen sofrir, ans la coneguda dels veyns son reguardoses et estan en paor qu'es cuyg hom que degen caure, e la un volra aqueles calçar e adobar o refer, si mester es, o derrocar e puix refer, e'l altre no u vol o no y vol re metre, pot e deu esser forçat que y meta sa part, vulla o no, si la part ne fa demanda".

[300] *Fuero extenso de Sepúlveda*, [165]: "De arrimamiento de casa: Otrossí, si alguno quisiere arrimar su casa a alguna paret, dé aprimas la meetat del precio que costó la paret, et faga casa sobre aquella paret, si la paret fuere en raíz de común; ca si la raíz de común non fuere, non pueda y fazer casa, el duenno non queriendo". *Fuero de Cuenca*. Forma sistemática, [VI, XX]: "De pariete comuni: Quicumque domum suam parieti aliquo fulcire uoluerit, det prius medietatem precij quod paries constant; deinde hedificet super parietem illum, si paries tamen fuerit in radice communi.

cia se aparta, empero, de esta uniforme regulación, al no contemplar dicha distinción y poner como única condición el que no se cause daño al propietario de la pared que recibe la carga[301], lo que supone distanciarse definitivamente de la concepción romana de la medianería, como una situación jurídica de constitución únicamente admisible como resultado de la confluencia de dos voluntades.

Sí se adopta, por el contrario, idéntico criterio en el fuero de Soria[302], donde, además, se detalla el procedimiento para la erección de una pared divisoria de la cosa común a petición de uno de sus copropietarios, considerándose, a tal efecto, que la pared también es de consuno cuando ambos aportan los cimientos, y exclusiva de quien la construyó cuando el otro se negara a ceder su parte para fundamentarla, lo que, por añadidura, le impedirá cargar sobre la misma, debiendo, si a pesar de todo así lo hiciese, pagar cinco sueldos cada vez que el que quedó como único propietario le reclamase acerca de ello[303]. Por último, asimismo se permite armar la casa sobre la pared

---

Quia si radix communis non fuerit, non potest super parietem quis hedificare domino nolente". Forma primordial, [148]: "De pariete communi: (...)". Códice valentino, [II, VI, XIV]: "Del que quisiere armar casa o pared: (...)". Fragmento conquense, [90]: "De la altesa de las casas: (…)". *Fuero latino de Teruel*, [288]: "(…) Si vero domum suam aliquo parieti fulcire voluerit det prius medietatem precii illius quot paries ille constitit, deinde hedificet super illum parietem sine aliqua calumpnia quando sibi placuerit, dando primitus medietatem precii ut superius est hostensum. Tamen si paries in radice comuni fuerit ut est forum. Quia si radix comunis non fuerit non potest aliquis super illum parietem hedificare, prohibente domino vel nolente. Et propter has lites devitandas, mandamus et statuimus quod cum aliquis parietem hedificare voluerit, illum in radice comuni hedificet sine calumpnia, ixta fórum (...)". *Fuero romance de Teruel*, [300]: "De aquel que su casa querrá acostar ad alguna paret (…)". En el mismo sentido: *Fuero de Iznatoraf*, [126]: "Del que sobre pared agena quisiere su casa cargar: (…)". *Fuero de Zorita de los Canes*, [132]: "Dela paret que es de comun: (…)". *Fuero de Béjar*, [165]: "De pared comunal: (…)". *Fuero de Alcaraz*, [III, 21]: "De la paret de consouna: (…)". *Fuero de Alarcón*, [133]: "De la paret agena: (…)". *Fuero de Úbeda*, [XVI, I]: "(b) ca qualquier que su casa sobre alguna pared otra la quisiere poner (…)". *Fuero de Baeza*, [135]: "Del que sobre otra paret quisiere su casa cargar: (…)". *Fuero de Villaescusa de Haro*, [130]: "Como an de faser la casa en la pared de comun: (…)". *Fuero de Huete*, [108]: "Del que fisiere casa: (…)".

[301] *Fuero de Plasencia*, [637]: "Del que arrimare su casa a paret agena: Todo omne que a paret agena su casa quisiere arrimar, dé la meetat del preçio que costó la paret et después arrime. La raíz todavía sea del señor de la parede, et en tal guisa arrime que non venga ningún danno al señor de la parede".

[302] *Fuero de Soria*, [476]: "Qui su casa quisiere acostar o arrimar a paret de otro o arrimar sobrella, de primero la meytad del preçio que costo la paret; desend arrime et acueste su casa a la paret o armar sobre ella, si la paret fuere en rrayz de comun; ca si de comun non fuere, non puede labrar sobre ella paret ni acostar ni arrimar, si el sennor dela paret non quisiere".

[303] *Fuero de Soria*, [354]: "Si dos omnes ouieren una cosa de consuuno et uno dellos quisiere fazer paret por medio por auer su parte apartada, amos deuen dar el lugar poral çimiento por medio, et ayan la paret de consouno; et si el uno non quisiere dar su parte del lugar poral çimiento nin fazer la paret, el otro faga la paret en lo suyo et ssea suya la paret. Et si aquel que non quiso fazer la paret arrimare alguna cosa a ella, quantas uegadas gelo dixiere aquel cuya es la paret, quel peche cada uegada çinco ss".

propia, cuando ésta se tuviese junto a un corral perteneciente a otro[304]. El procedimiento descrito lo recoge, igualmente, el Fuero Real, con la única diferencia de que no se alude a esa multa por cargar contra la pared a cuya cotitularidad se renunció[305].

El *Fuero Viejo de Castilla* aborda la cuestión desde una doble perspectiva. En primer lugar, disponiendo el reparto equitativo de la tarea de apuntalamiento de la casa que comparte pared con otra contigua, salvo en el que caso de que uno de los implicados quisiera derruir la suya, si bien esto le obliga a advertir de su intención al otro a través de unos hombres buenos y con una antelación de, al menos, tres semanas, para que tome las precauciones oportunas[306]. Segundo, amparando la demanda transmitida por un propietario al otro para que contribuya, en la parte que le toca, al levantamiento de la pared común necesaria para cerrar su casa cuando exista un pronunciamiento judicial favorable a la misma por parte del alcalde, quien, de no ser acatada su decisión, enviará al merino para que haga prenda en todos los bienes muebles del que se niega a cumplirlo o, en su defecto, en su propiedad raíz, o a falta también de ésta, para que le meta en prisión hasta que se avenga a obedecer su fallo[307].

Resulta destacable, en fin, que las Partidas, que sí incluyen las servidumbres romanas de carga sobre una construcción (*ius oneris ferendis*) y de apoyo de viga (*ius tigni inmittendi*) dentro de su catálogo de servidumbres urbanas[308], no prestan, sin embargo atención a los problemas vinculados a la medianería.

---

[304] *Fuero de Soria*, [477]: "Si alguno quisiere armar sobre su paret et ffazer casa, pueda lo fazer, si aquella paret se touiere con corral dalguno (…)".

[305] *Fuero Real*, [III, IV, 5]: "Si dos omnes ouieren una casa de souno e el uno dellos quisiere fazer paret por medio por auer su parte estremada, amos deuen dar el logar poral cimiento por medio e ayan la paret de consouno; et si el uno non quisiere dar su parte del logar del cimiento nin fazer la paret, [el otro faga la paret en lo suyo e sea suya, e si aquel que non fizo la paret arrimare alguna cosa a aquella paret] tómelo todo el duenno que fizo la paret e sea suyo".

[306] *Fuero Viejo de Castilla*, [IV, V, III]: "Que si alguno quisiere derribar su casa, que el otro afirme la suya: Sy algún omne oviere a dar palmiento de casa, que la çerrare por miedo, que ha de dar la meytad de la parte. O, sy dixiere que su casa quiere echar en tierra e ferrar las muelles, sy esto fiziere, non deve dar palmiento nin dar nada por ençerrar, mas dévelo dezir al otro con omes bonos quél afirme su casa, que la suya quiere echar en tierra; debe aver plazo de tres mercados, e cate madera con que afirmen su casa".

[307] *Fuero Viejo de Castilla*, [IV, V, IV]: "Si dos omes an una pared, cónmo deuen fazer amos la pared: Todo omne que demanda a otro quel dé palmiento e que faga en la misión de la pared su parte, para çerrar aquella casa que an amos por medio, e sy es juzgado del alcalle que çierre la media pared con el palmiento e non quiere fazer aquello que es judgado del alcalle, el alcalle deve mandar al merino quel prende quanto mueble le fallaré e, sy non oviere mueble, la rrayz e, sy non oviere rraiz, dével prender el cuerpo, e yaga preso fasta que cunpla aquello que fue judgado".

[308] Partidas, [III, XXXI, 2]: "Vrbana seruidumbre diximos en la ley ante desta, que ha nome en latin aquella que ha vn edificio en otro assi como quando la vna casa ha de sofrir la carga de la

Silencio que contrasta diametralmente con el extenso tratamiento que este delicado aspecto recibe en el derecho valenciano y, sobre todo, en el derecho catalán. Centrándonos primero conjuntamente, dadas las evidentes conexiones trenzadas entre ellos, en los *Furs de Valencia* y las *Costums de Tortosa*, descubrimos que el foco esencial de sus preocupaciones recae sobre la delimitación del propio concepto de pared medianera y sobre la determinación de las obligaciones que a cada uno de los propietarios que la comparten les corresponden, si bien las soluciones ofrecidas por uno y otro cuerpo normativo no siempre son plenamente coincidentes[309]. En este sentido, en el texto valenciano encontramos un claro eco del principio de derecho romano que entendía que hay paredes que son comunes por su misma naturaleza, por lo que ninguno de los medianeros estará facultado para tirarlas o rehacerlas, excepto, introducen los *Furs*, que su restauración sea indispensable y se ajuste a las condiciones que señala en otro de sus preceptos[310]. A saber, cualquiera de ellos puede repararla, reconstruirla o elevarla cuanto desee, incluso contra la voluntad del otro propietario, mientras respete las ventanas antiguas y ya prescritas abiertas en la pared, de manera que el otro todavía pueda meter vigas y cargar sobre la misma, pero solo hasta el nivel de su primitiva altura y asumiendo todos los gastos que este trabajo conllevase; no obstante, a éste tampoco se le niega la posibilidad de realizar estas obras sobre el alzado añadido a la pared, debiendo, en este caso, entregar al que la arregló o la levantó la mitad de los costes que afrontó, desde la cimentación hasta el lugar que cubrió o edificó, y pudiendo, además, cegar aquellas ventanas que no fuesen antiguas ni hubiesen agotado el plazo de prescripción[311]. El contenido

---

otra, poniendo en ella pilar, o coluna, sobre que pusiesse su vezino viga para fazer terminado, o camara o otra lauor semejante della, o de auer derecho de foradar la pared de su vezino para meter y vigas (…)".

[309] Indispensable en este punto, como, en general, en todo el análisis comparativo que hasta aquí se ha hecho entre las regulaciones de ambos textos, F. L. Pacheco Caballero, *Derecho valenciano* (n. 199), pp. 393-401.

[310] Principio afirmado en D. 8.2.8: "Parietem qui naturali ratione communis est, alterutri vicionorum demoliendi eum et reficiendi ius non est, qui non solus dominus est". *Furs de Valencia*. Versión latina, [XLVII, 13]: "(1) Parietem qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi eum et refficiendi ius non est, quia non solus dominus est" El añadido es del rey y remite al precepto citado en la nota siguiente: "(2) Addidit dominus rex in hoc foro ibi, scilicet, ubi dicit quod vicinus non possit demolire parietem commnen, quod intelligatur nisi esset necessarium quod ille paries reficiatur et indigeret melioratione, secundum infrescriptum forum qui incipit "vicinus medium"etcetera". Versión romance, [XLVIII, 13]: "(1) La paret qui per natural rahó es comuna entre alcuns vehíns, la un d'aquels vehins no ha dret de desfer ni de refer aquela paret, per ço car no és tan solamente senyor d'aquela paret. (2) Diu lo senyor rey que là on diu quel vehí no pusque desfer la paret comuna, que s'entena; si doncs no era obs que aquela paret se reparàs, e s'agués amillorar, segons lo fur que davall és, qui comença "lo vehí" et cetera".

[311] *Furs de Valencia*. Versión latina, [XLVII, 29]: "Vicinus medium parietem possit ex toto removere et illum rehedificare, invito vicino, et elevare quantum voluerit, et relinquat lumina et fenestras ibi apertas, si ibi antique et prescripte sint; et alius vicinus possit immitere tignum vel

esencial de los principios así establecidos está asimismo recogido, con bastante distinta literalidad, en una disposición de las *Costums*[312]. Ahora bien, siguen precisando los *Furs*, las paredes que desde siempre han sido tenidas por comunes conservan perpetuamente tal consideración, pero las que están separadas por algún espacio intermedio, *anbrona*, no puede cobrar tal calificación, de manera que si alguien construye un nueva pared en su patio, no habiendo antes ninguna otra, el vecino no podrá pretender apoyar o edificar la suya sobre ella sin contar con su consentimiento[313]. Criterio que también

---

honus vel cooperturam eo loco in altitudinem ubi primitus erat, et non teneatur ponere in expensis circa parietem illum, nisi usque ad illum locum ubi tignum vel cooperturam inmiserit, factis. Si vero in superiori novo pariete vellet cooperire vel aliter edificare, possit hoc facere, dummodo solvat primitus expense et operis medietatem a principio fundamenti facte usque ad locum quo ediffcaverit, cooperuerit vel edificaturus fuerit"; [XLVII, 23]: "Honus si quis habet in pariete ex inferiori parte, libere potest hedificare in superiorem partem sive parietem et obscurare lumina eiusdem, dum tamen donet et reddat meditatem expense quam alius fecerit in pariete, nisi sint antiqua lumina et prescripta". Versión romance, [XLVIII, 29]: "Lo vehí pusque la paret qui serà miyana e comuna de tot en tot remoure e departir, e aquela rehedificar e tornar, contra volentat de son vehí, e levar aytant quant vollrá; e leix le lumneres e les finistres ubertes, si aquí seran antigues e prescriptes. E l'altre vehí pusque metre e posar aquí cabirons o bigues o fer cuberta en aquel loch o en aquela altea, on primerament era car la paret no fo remoguda e departida per son vehí, e no sie tengut de posar ni dar alcuna cosa en les despeses que seran feites en aquela parte, sinó tro a aquel loch on metrà lo cabiró o la biga o la cuberta; emperò, si en la sobirana nova paret volrrà cobrir o en altra manera hedificar o bastir, pusque ó fer, dementre, emperò, que pach la meytat de la despesa qui serà feyta del conmençament del fonament de la obra entró a aquel loch tro al qual hedificarà o cobrirà"; [XLVIII, 23]: "Si alcú ha dret de carregar o de posar en la paret jusana, francamente e liurament pot hedificar en la paret o en la part qui serà sobirana e obscurar les leumpneres d'aquel, dementre emperò, que dó e rede la meytad de la despesa, la qual l'altre haurà feyta en la paret, si doncs les lumpneres no seran antigues ni prescriptes".

[312] *Costums de Tortosa*, [III, XI; IX]: "(1) Tota part que es entre les cases de dos veyns o de pus, per natural rao es comuna; et enaxi que deu seruitut a les vnes cases et a les altres, e cascu pot hi metre ses jacenes e sos cabirons e sos permodols e carregar sens vedament que la vn no por fer al altre; si doncs la vn aqueles parets no auia feytes, el o son ancessor del seu propri, car la doncs ne jacenes metre ne carregar ne cabirons ne permodols metre tro aja pagada la meytat a sa part, no pot. Mas si vol pagar o paga la meytad, o sa part de les despeses o messions que costaran, sens contrast e vedament que'el altre no li'n pot fer ne deu, pot cargar e bastir et edificar, e ses jacenes e cabirons o permodols metre, e altres coses raonables fer. (2) Pero si alguns del veyns de qui sera la part comuna volia afoylar derrocar o destruir, o adobar la dita paret, sens volentat d'aquel vey que y aura part en la paret, no o pot fer ne deu. (3) Mas si ladoba o la vol adobar o reparar, feyta la fadiga en la part si hi vol metre sa parte si diu que no, pot la adobar e reparar sens don de la part. Mas l'altre, si no's vol, no es tengunt que y pac ne y meta ne re, si doncs la paret no era tant avol e tan freuol, que sens aquel adop o reparament no's pogues sofrir, car lá donchs en aquest cas hi deu metre sa part, e'l neu deu hom et pot forçar".

[313] *Furs de Valencia*, Versión latina, [XLVII; 24]: "Parietes qui antiquitus reperti fuerint medii inter vicinos, perpetuo fiant medii et sustineat honera eorundem vicinorum. Illi vero parietes, qui habuerint anbronas intermedias, medii non reputentur. Si vero aliquis de novo construxerit in suo patuo, in quo prius non fuerat paries medius, non dicatur talis paries communis sive medius et, si forte vicinus vellet in tali novo pariete honus suum imponere, non possit facere, invito domino qui de novo parietem construxit". Versión romance, [XLVIII, 24]: "Aquelles parets que antigament seran trobades que sien estades mijanceres e comunes entre vehins, per tots temps sien mijanceres e sostinguen les càrregues d'aquels vehins de qui seran mijanceres e comunes. Emperò

anida en las *Costums*, en referencia a quien levanta paredes o casas en su solar[314], aunque aquí se admite la excepción de que, si éstas se colocan sobre una calle, el vecino puede contribuir en la parte proporcional a los gastos de su erección, adquiriendo con ello tales derechos, por entender los redactores que se trata de un supuesto especial de edificación en lo aéreo[315]. Otra peculiaridad de este ordenamiento reside, por otra parte, en que, en su afán por despejar de dudas lo que comporta la noción de pared medianera, se sujeta la validez de la presunción genérica de su existencia cuando dos vecinos cargan o apoyan sobre una misma pared a que ninguno de ellos impugne este carácter, alegando que la propiedad exclusiva del suelo es suya o que fueron él o sus antecesores quienes la levantaron[316]. Del mismo modo que se presume la presencia de esta relación cuando la pared divisoria muestra signos externos que la avalen, como lo son los de tener atravesados ambos flancos por vigas, jacenes u otros elementos sustentantes, o el de compartir una única cobertura[317]. Y tampoco concuerdan estos dos textos en la forma de incorporar aquel principio romano que sentaba que, si bien el edificio superior en derecho, es decir, el que se beneficia de la servidumbre, puede subirse en altura *ad infinitum*, ello no puede repercutir en un agravamiento de la servidumbre soportada por los inferiores, pues mientras los *Furs* se limitan a reproducirlo con notable fidelidad[318], las *Costums*, aunque recogen, con muy pormenorizado

---

aqueles parets qui hauran alcun espahi miyà entre elles, aqueles parets no sien miyanes ni comunes. Emperò si alcun bastirà de nou paret el seu pati o el seu sòl, en lo qual primerament no havia estat paret, aquela paret que de nou serà feyta no sie miyana ne comuna. E si per aventura lo vehí volie carregar en aquela nova paret, no ó pusque fer contra volentat d'aquell senyor qui de nou bastí e feu aquella paret".

[314] *Costums de Tortosa,* [III, XI, XIX]: "Quan algu fa o basteyx cases, e fa les parets dins lo seu solar, los veyns que lison entorn no poden ne deuen dir que pusquen cargar nuyl temps en aqueles parets, ne re bastir ne en aqueles re no poden usar sens volentatt et sens consentiment d'aquel qui les ha feytes, car aqueles parets no son ne poder dir que sien mijanaes, per ço, car aqueles parets son dites mijanes que mig per mig son aseguedes bastides e construydes el solar d'abdosos los veyns".

[315] *Costums de Tortosa,* [III, XI, XXIII]: "Si algu ha cases sobre carreres o sobre valls, pagan la part en la messio de les parets de sos veyns, ha carrech en aqueles parets, et negu no's pot escusar per la Costums sobirana en aquest titol posada; que si fa en los seu propri parets, que son vey, pagan sa part en la messio que costaran, no y carrec e no y pusca carregar; per ço, car aquest es especial cas de ço que es obrat en l´'aer".

[316] *Costums de Tortosa,* [III, XI, XXIV]: "Tota hora es presumpcio que les parets mijanes que son entre vey et vey sien mijanes, et que cascu que y pot cargar totes hores qu'es vulle, si doncs aquel qui contrarie no prouaua leyalment que fossen el seu sol, o que ell o sos ancessors les aguessen obrades".

[317] *Costums de Tortosa,* [III, XI, XXXI]: "Si en alguna partina de la paret que es mijana entre les mies cases e de mon vey, son meses ne ficades jacenes ni cabirons o files, o alguna cobertura que parega perpetual de la mia part o de la sua, es egual d'aqueles bigues jacene o files o cairons o cuberta o permodols de lonc en lonc de la paret, es presumcio que es mijana, e cascu que y pot carregar:"

[318] Se trata de D. 8.2.24: "Cuius edificium iure superius est, ei ius est in infinito supra suum edificium imponere, dum inferiora aedificia non graviore servitute oneret, quam pati debent", que

y casuístico desarrollo, la misma idea, ponen un mayor énfasis en los menoscabos o deterioros que esta modificación puede provocar en la pared, que en el lesivo incremento del gravamen previamente convenido[319]. En relación con esta materia cabe, finalmente, mencionar que entre los fueros valencianos se incluye uno que autoriza a construir un baño pegado a la pared vecina, pero a reserva de que las humedades que desprenda no causen daños a

---

en la versión latina de los *Furs de Valencia*, [XLVII, 31] se reproduce casi literalmente. Más explicita en su explicación es la versión romance, [XLVIII, 31]: "Si alcú haurà dret de bastir o d'obrar sobre alcun edifici o sobre alcuna paret, pot aquí hedificar o obrar en alt aytant quant se vulla, dementre, emperò que los hedificis qui seran jusans no sien carregats de pus greu servitut que no aguesen ans que aquella obra fos feyta".

[319] Su larga y un tanto farragosa exposición se detiene, fundamentalmente, en la resolución del problema de que, pretendiendo uno de los medianeros alzar la pared o edificar sobre ella, al otro le asalten dudas acerca de si ésta podrá aguantar la sobrecarga. De tal modo que el que quiera acometer la obra deberá tomar todas las precauciones para que no se cumplan estos temores o, en el caso de materializarse, reconstruirla o devolverla a su primitivo estado. Ahora bien, si efectivamente, su estabilidad no ofreciese garantías, le cabe la posibilidad de derribarla por completo, sin que quepa la oposición del vecino, y rehacerla de nuevas a sus propias expensas. Por su parte, si el otro medianero, después de concluida dicha obra, decidiese apoyarse o cargar sobre la pared, podrá hacerlo siempre que antes aporte la parte de los gastos que le corresponda, previéndose, incluso, un procedimiento de consignación de la cantidad debida ante la Taula, para el supuesto de que el otro rechazase aceptarla. *Costums de Tortosa*, [III, XI, X]: "Si algunes parets seran mijanes entre cases d'alguns, e la un volra obrar sobre aqueles parets que volra pus alt pujar o volra fer soler o altra obra, e li sera semblant que si ell obraua sobre aqueles parets que aqui seran et edificaua, que les parets aquela obra que ell vol fer sobre aqueles, no la porien sofrir per lo carrec que seria major; si les parets son tals e tan forts que be e gint poden sofrir lo carrec que tenen desus, si aquel vol obrar o la vn de'ells, e'l altre en aquela obra no volra re metre, ans dira que no vol obrar e no ha de que, guart se aquel qui obrara que, si carrega sobre aqueles parets, que o faça en guisa que les parets no valen meyns, ne al altre ne venga don; car si ell, altre contrastant, aquí obraua sobre aqueles parets, auria a refer et a restituir tot lo dan et el mas al altre. Mas si les parets son tals, que no pusquen sofrir desus obra noueyla ne aquel bastiment que eyl hi faça o y volfer; mas be sofferien aquel que ja tenen e soferen, aquel qui vol obrar pot derrocar et destruir aqueles parets mijanes, sens contrast et embargament del altre. En axi empero que ell sens don e naframent de les altres cases o faça, et encara que ab sa propria messio piyg et estalon les cases de son vey, e la obra feyta, que les cases de son vey torn en aquel cargament e d'aquell alt, e en aquel estament que debans eren, sens tot miruament de seruitut e sens tot afoylament e sens tota messio del altre. Les parets e tot aço que desus es dit, deu fer qu'el altre si no's vol, no li'n es tengut de re a restituir, et encara deuli tornar la cuberta o cubertes ab sa propria messio, que sien fermes e segures, et en aquel estat que d'abans eren, ans que ell les dites parets derrocas ne destruys. E si obra pus alt que dabans no eren, et aquel qui les parets mijanes aura ab ell aenant volra obra o carregar, en aylo que sera pus alt obrat que dabans no era, en aytant com pus alts sera, si obrar ne carregar hi vol, ans que y carrec, deu pagar sa part a aquel qui la obra aura feyta; o aquel de qui seran les cases; et entro que pagada aje sa part no y pot ne y deu carregar. E feyta la paga, si ell la vol pendre, e si no la volia pendre, que la li posas en loc segur Taula o altre on per eyl estigues e la pogues pendre, tota via quell volgues sens tot contrast d'altre, mal grat d'ell pot aquí carregar, bastir jacenes permodels o cabirons metre, que no lo y pot hom ne deu vedar".

[320] *Furs de Valencia*. Versión Latina, [XLVII, 6]: "Balneum iuxta parietem contiguum edificare licet, dummodo ex humore balnai non capiant parietes dampnum". Versión romance, [XLVIII, 6]: "Cascun pot hedificar e fer bayn de prop la paret que li serà vehina, dementre que la paret vehina non valle meyns nen prene dan". F. L. Pacheco Caballero, *Derecho valenciano* (n. 199), p. 393, encuentra relación entre este fuero y D. 8.1.2.13.

ésta[320]. Tampoco conviene ignorar, finalmente, que las *Consuetudines de Gerona* recogen la misma obligación de pagar la mitad de los costes de la pared común sobre la que se edifica, que hemos encontrado vigente en el derecho castellano[321].

En contraste, las referencias a la servidumbre de apoyo de viga se reducen a dos escuetos preceptos de los *Furs*: el uno, señalando que quien disfruta de la posesión en la pared de otro de alguno de los diversos elementos sustentantes que enumera, puede poner en el lugar donde éste reposa todo aquello que sea necesario para el ejercicio de esa posesión[322]; y el otro, aclarando que la servidumbre se entiende constituida no solo en la parte de la pared en la que entra la viga, sino en toda su superficie[323].

Si importante es el tratamiento dispensado a las relaciones de medianería en los dos ordenamientos anteriores, no menos interesante resulta su reflejo en la costumbre jurídica de la ciudad de Barcelona, recogida en el famoso privilegio *Recognoverunt proceres* y, sobre todo, en las ya mencionadas *Ordinaciones de Sanctacilia*, que contienen abundantes y jugosas disposiciones sobre la materia. Para empezar, en ambas colecciones normativas se reconoce la típica figura del *atans*, es decir, el derecho que asiste al dueño de un solar o un edificio para acercar sus construcciones al edificio vecino, ya sea en paralelo o de través[324]. Aclarando el concepto, según J. Pella, este derecho presupone la facultad de arrimar la obra de edificación al edificio

---

[321] J. Rovira Armengol, «Consuetudines de Gerona», en *AHDE*, 5 (1928), 450-485, [13]: "De consuetudine civitatis Gerunde introductum est quod quilibet potest edificare in suo, no obstinente denuntiatione novis operis, facta firma juris, et etiam in pariete comuni, dum ponet medietatem vel exposuerit in expenssis ffactis in dicta pariete".

[322] *Furs de Valencia*. Versión latina [XLVII, 30]: "Si aliquis habet possesionem vel aliquod edificium in alterius pariete bigue, exilicet trabis seu lignaminis, possit in loco parietem vel edificium ponere, quod vel necessarium sibi fuerit pro illa possessione seu ratione illius possessionis (…)". Versión romance, [XLVIII, 30]: "Si alcú ha possesió o alcun bastiment en paret d'altre, de bigua o de fust, pusque en aquela paret o bastiment posar ço que mester li serà, per aquela possessió".

[323] *Furs de Valencia*. Versión latina, [XLVII, 38]: "Si in aliqua parte parietis tui possui vel habui tignum immissum, per totum parietem eadem servitus mihi debetur". Versión romance, [XLVIII, 38]: "Si en alcun part de la paret d'alcú, alcú ha més perdret de sevitut cabiró o bigua, per tota aquela paret ha aquella servitut que pusque metre cabirons o bigues".

[324] *Recognoverunt proceres*, [58]: "Item quod quilibet potest habere arans per lare et per traues in pariete vicino sine impedimento lucernarum vicini que erunt ibi per triginta annos uel quod habeat ipsas lucernas cum instrumento". *Ordinaciones de Sanctacilia,* [1]: "De atans en paret: Primeramente tot hom puxa haver atans en paret propria, o comuna en paret pres de son vehi de lonc, e de través e exceptada lucernera que aquí havia posseida por treinta anys, en sana pau e sens contrast de aquel e dels seus"; [39]: "Atans de paret mitgera: Encara que tot hom pot haber atans de lonc, e de través en paret de son vehi, si be se es sua de aquell qui vehi será, e feta la haurá". Según J. Pella y Forgas, *Tratado* (n. 198), p. 35, nota 2, esta misma institución tuvo acogida, por ejemplo, en la costumbre de Perpiñan y en los estatutos de Urbino.

ajeno ya existente, sin salirse del suelo propio, sin establecer medianería ni apoyar o cargar materiales, y sin que la unión física entre ambos comporte, en ningún caso, la adquisición de dominio o derecho alguno sobre el otro[325]. Su constitución está sometida, además, a una nutrida serie de limitaciones. Algunas están ligadas a determinadas cualidades especiales del edificio al cual se realiza la aproximación: así, buscando preservar la seguridad del sistema de fortificaciones, la nueva construcción no puede situarse a una distancia inferior a doce palmos de las torres almenadas[326], ni a menos de diez palmos, y solamente con pared *burcega*, de la muralla de la ciudad[327], sin que quepa, en estos supuestos, sustentar su disfrute en el cumplimiento del plazo de prescripción[328]. Al igual que se prohibe cuando tuviese como consecuencia el cegamiento de la ventana abierta en la pared, tanto si su dueño la tuviese en virtud de título escrito como por prescripción[329]. Y otras veces, persiguiendo la evitación de molestias o inmisiones al vecino, que demandarían la creación de servidumbres específicas, tales restricciones dependen de la naturaleza de dicha obra: de tal modo que si se tratase de letrinas, debe guardarse un palmo y medio de separación y aplicarle un revestimiento denominado *alambor*[330]; si fuesen telares, se exige dejar un palmo hasta la pared[331] y dos palmos si se

---

[325] J. Pella y Forgas, *Tratado* (n. 198), pp. 36-37. Esta ausencia de cargas o apoyos no es óbice para que en la práctica moderna los intersticios entre ambas paredes se sellen con argamasa o un techado.

[326] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [16]: "Encara, que nengú no pot allegar possesio de torra per rahó del atans que la acostuma ha que va de dotze palms de spay, de no acostar al sostre sobirá, si la torra haurá «merlets», e si no haurá merlets ó murets, e si doncs no era torra del mur nos pot alegrar de la costuma per las altras torras dins la ciutat é defora lo burc, si lo vehi vol pujar pus alt quel sobirá sostre de aquell, se haurá de lunyar deu palms".

[327] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [36]: "Encara, que si ningun hom vol obrar apres del mur de la Ciutat, que sen ha alunyar del mur deu palms de destre e de la torra dotze palms del single amunt"; [37]: "Encara, que ningú no pot haber atans al mur de la Ciutat, si no ab paret burçega entro al single, de aquí avant haurasen á lunyar de las torras dotze palms y del mur deu palms". Trasladando la información que le facilitase G. Mª Brocá, J. Pella y Forgas, *Tratado* (n. 198), p. 39, nota 2, describe la pared *burcega* como "una especie de paret que es ampla de baix y se va estrenyent per amunt, que propriament se diu anjup y serveix de sustento ó pitja á l'altra paret ahont se arrima".

[328] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [60]: "Encara, que ningú no pot allegar atanc de torra alguna, quel vehi sen haja alunyar si la torra no es en carrera pública, que haja merlets e que sie en la ciutat ó en lo burc al sobirá sostre e no als altres sotres, sino en lo sobirá".

[329] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [1] (véase n. 324); [2]: "Item, que si la haurá posseida per trenta anys o la haurá ab carta, e lo vehi, hi vol haver atans obrant, que sen ha alunyar de la dita luerna, o luernas per cuatre pams de destre en cayre".

[330] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [19]: "Encara, que si ningun hom fará bassa pres paret de son vehi, que haja de fer «alambor» de pedra, e de morter de un palm e mig tan alt, com los fems e laygua de la bassa pujaran"; [45]: "Encara, que si algú volrá fer bassa pres paret de son vehi, faça «alambor», de pedra e de morter de un palm e mitg e pus alt que la terra ó fems, no será un palm".

[331] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [21]: "Encara, que ningun hom no pot fermar telers de tixir de nengun drap de lana, ne de li, ne de canam, ne de cotó en paret qui sie mitgera ab son vehi ans sen ha llunyar un palm perque lo colp dels telers no fira en la dita paret".

quisiera abrir un pozo[332]; y, por último, también se pide la elevación de una contrapared de una altura de tres palmos de destre cuando lo que se pretenda sea la instalación de un horno de alfarero[333].

Cosa bien distinta, por tanto, del derecho de *atans* es la relación de medianería, a la que también dedican las *Ordinaciones* un amplio tratamiento, aunque carente de una clara ilación sistemática. El principio general sobre el que pivota su regulación concuerda, en todo caso, en lo esencial, con el que hemos visto consagrado en el derecho castellano, al negarse la posibilidad de cargar tanto contra la pared común[334] como contra la pared del vecino, aun cuando todo el suelo fuese medianero, hasta que se haya entregado la mitad del importe del coste de su realización o del precio convenido con su dueño[335]. El tenor del precepto en el que éste se contiene contradice, por otra parte, que la medianería pueda basarse en la cesión forzosa del terreno, lo que solamente tiene cabida cuando se trata de paredes o vallas de cierre de heredades, como es el caso de que su elevación afectase a dos huertos o jardines contiguos y mediase requerimiento para ello, debiendo ser entonces medianeros tanto la pared como el fundamento sobre el que ésta se asienta[336], lo mismo que cuando en las casas de hasta tres tapias de alto tuviese la función de separar dos patios[337], o cuando sirviese para aislar entre sí dos terrados. Y al aludir expresamente a la pared del vecino ya levantada, se está excluyendo implícitamente cualquier otra forma de separación que no compartiese esta calificación, si bien no se introduce requisito alguno sobre sus características y su grosor. Hay que destacar, asimismo, el hecho de que se subraye que la

---

[332] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [54]: "Encara, que tot hom pot fer pou pres la paret de son vehi luyantse dels fonaments dos palms de destre".

[333] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [55]: "Encara, que tot hom pot fer forn de ollas á coure, e de gerras, pres la paret de son vehi, lunyantse de la paret tres palms de destre e que faça en aquells tres palms altra paret".

[334] *Recognoverunt proceres,* [59]: "Item quod super pariete comunii non debet aliquis carricare in toto uel in parte donec partem suam posuerit in misionibus parietum".

[335] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [3]: "De paret mitgera: Item, que ningun hom no puxa carregar en paret que son vehi haurá feta si be lo sotol es mitger, entro que haja pagat en tota aquella paret, o parets la meytat del preu que haurá costat, o ab ell se sie avengut"; [40]: "Encara, que en paret propria ni comuna, nos deu carregar en tot, ne en partida fins haja pagada meytat, si be lo sotol es mitger".

[336] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [43]: "Encara, que si nengú será request de tancar ab son vehi que ha a metre la meytat del sotol de la terra, e si ell no roman tancat axí com ell mateix qui ho requerrá, que no li es tengut de res á pagar entro que sie tancat, axí com aquell será salvant lo sotol de la terra quey deu metre la meytat, ço es á saber, en hort".

[337] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [22]: "Encara, que tot hom sie tingut de tancarse ab son vehi en lalberg en tres tapies dalt, e lo sotol sie mitger de la terra"; [44]: "Encara, que en casas tro tres tapias dalt e lo sotol sie mitger". También, *Recognoverunt proceres*, [62]: "Item super clausuris quod unusquisque habeat ponere partem suam cum vicino et quod clausura domorum habet fieri de duabus tapiis in altum".

copropiedad del suelo sobre el que descansa la pared contra la que se pretende cargar no exime de la obligación de pagar por hacerlo, en la proporción correspondiente de su valor.

Sentada, pues, esta regla primordial, se completa con otras precisiones. Por ejemplo, introduciendo ciertas limitaciones respecto al uso y disfrute de la pared, una vez concluida su elevación. Así, para evitar su deterioro, se prohibe absolutamente la canalización de aguas por su interior, salvo que los dos vecinos se pusiesen de acuerdo sobre ello[338]. Norma que también rige respecto a los caños empotrados en la pared medianera para la conducción de aguas limpias o residuales, a menos que uno de ellos no los tuviese en ella, cabiendo entender, en este caso, que basta un consentimiento tácito[339]. Lo que, en contraste, sí se permite es colocar un fregadero junto a la pared común o junto a la de propiedad exclusiva del vecino, siempre que entremedias se levante una hilada de piedra mortero, que sirva de separación[340]. Por último, frente al principio de derecho romano que impedía derribar o reformar la pared medianera sin la previa autorización de su otro titular (D. 2.8.8.), como excepción, se admite su demolición y su más sólida reconstrucción cuando la ya existente no se considerase suficientemente resistente para poder recibir la carga o el apoyo que se pretende hacer recaer sobre ella[341].

En el análisis al que, en relación con esta materia, sometemos a estos dos importantes ordenamientos de la ciudad de Barcelona, parece oportuno, finalmente, aludir a su formulación de varias presunciones encaminadas a discernir si la pared divisoria entre dos predios es propia de uno de los vecinos, de pertenencia común o medianera. En este sentido, abordando el

---

[338] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [6]: "Encara que ningun hom no puxa passar ayguas per tramuja, ne per canons, ne per canals de teulas, ne per canals de ollas en paret mitgera menys de voluntat de son vehi".

[339] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [7]: "Encara que ningun hom no pura encastar en paret mitgera canons de nenguna manera per discorrer ayguas bellas ni sutzas sens voluntat de son vehi, si doncs la hu de aquells non hi haja". Así lo interpreta J. Pella y Forgas, *Tratado* (n. 197), pp. 51-52, que halla la justificación de esta prohibición en el hecho de que si no se requiriese este consentimiento, contrariando así el viejo principio consagrado en D. 2.8.26, se estaría estableciendo sobre la cosa común y sin voluntad de su dueño una servidumbre, la conducción de aguas, completamente alejada del destino de la misma, que sería el del apoyo de los edificios o de sus vigas (*oneris ferendi* o *tigni mittendi*).

[340] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [8]: "Encara, que si ningun hom passará aygua de ninguna ayguera pres de paret de son vehi sie mitgera ó propria de aquell que haja de fer una filada de pedra e de morter entre la ayguera, e paret e fonament de aquella".

[341] *Ordinacions de Sanctacilia*, [13]: "Encara, que si nengun vehi del altre, haurá pres lo gruix de la paret que será mitgera é laltre vehi volrá obrar, e aquella paret de rajola no li es fort, que la haurá ha desfer, e fer paret ledesma, la rajola sie de aquell qui feta la haurá". La posibilidad de tirar y rehacer la pared cuando se demostrase necesaria había sido también aceptada por D. 2.39.32.

supuesto de que ambos fundos se encuentren situados a distinto nivel, tanto en el *Recognoverunt Proceres* como en las *Ordinaciones* se afirma que los márgenes pertenecen al dueño del solar superior, por lo que se infiere que también las paredes que los sostienen deberán ser estimadas de su propiedad, salvo que otra prueba o evidencia más fuerte indique lo contrario[342]. Por otro lado, si, según algunos preceptos ya citados de las *Ordinaciones*, el suelo sobre el que se sustenta la valla o tapia de cerramiento de huertos, jardines o patios debe ser medianero, igual condición cabe presumir de la propia pared o elemento de separación[343]. Y, en contraste, resultará automática la exclusión del carácter de medianera de aquella pared respecto a la que no se cumplan los requisitos establecidos para las diversas circunstancias que hemos ido exponiendo (canalizaciones, letrinas, telares, hornos…). Por último, hay que mencionar que al fijarse la obligación de levantar las paredes divisorias de las casas hasta tres tapias de alto, y en los huertos hasta dos tapias, simultáneamente se está imponiendo una servidumbre legal de *altius non tollendi* sobre las mismas[344].

C. 7. Luces y vistas

Ligadas, obviamente, a las mismas tendencias y circunstancias históricas en las que entronca la génesis de los problemas de vecindad generados por la necesidad de levantar paredes comunes o medianeras, deben entenderse aquellas soluciones jurídicas dirigidas a garantizar la luz diurna y la ventilación en los edificios y a facilitar o a impedir las vistas sobre el predio contiguo. Entre las que, como sabemos, se incluye la aparición en el derecho romano de varias servidumbres urbanas: la *servitus ne luminibus officiatur*; la *servitus ne propectui officiatur*; la *servitus altius non tollendi* y la *servitus luminus inmitendi*, que, sin embargo, ya en el período visigodo aparecen fuertemente desnaturalizadas[345].

---

[342] *Recognoverunt Proceres*, [50]: "Item quod in vicinis honoribus margines intelliguntur esse superioris honoris". *Ordinaciones de Sanctacilia*, [52]: "Encara, que en las honors qui son entre dos vehins, que los margens son de la honor sobirana".

[343] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [22], [43] y [44] (véanse notas 336 y 337). También, [23]: "Encara, quis volrá tancar en hort ab son vehi qui li ha ajudar de dues tapies dalr e lo sotol ques seu mitger e no sie tingut de pagar, si doncs no roman tancat".

[344] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [22] y [23]. En igual sentido, *Recognoverunt Proceres*, [62]: "Item super clausuris quod unusquisque habeat ponere partem suam cun vicino, et quod clausura domorum habet fieri de tribus tapiis, et clausura orti habet fieri de duabus tapiis in altum".

[345] Como ya se ha indicado anteriormente, el único cuerpo legislativo que continua recogiendo la institución de las servidumbres prediales es el *Breviario de Alarico*, que según F. L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales* (n. 98), p. 108, contempla cuatro servidumbres referidas a luces y vistas: una consitente en el derecho de abrir ventanas —*ius fenestrae*—, un derecho de elevar más alto —*servitus altius erigendae domus*—, la contraria de no subir más —*servitus altius non erigendae domus*—, y otra de no privar de luces al vecino —*ius luminum*—.

Debido, presumiblemente, a las propias modestas dimensiones de los núcleos de población, a la disponibilidad de suelo y a la sencillez, escaso alzado y relativamente amplia separación existente entre las viviendas y otros edificios, que son característicos de los primeros siglos medievales, solamente en los fueros extensos más desarrollados vemos aflorar la preocupación por sujetar a ciertas reglas la apertura de vanos, con el fin de evitar posibles situaciones conflictivas entre los vecinos. Exceptuando la prohibición absoluta de ubicar ventanas directamente orientadas hacia la casa adyacente impuesta en los fueros navarros de la Novenera[346], la tónica dominante, al respecto, en los pocos ordenamientos municipales que abordan la cuestión, es la de permitir realizar huecos en la pared propia, pero sometiendo esta libertad a ciertas restricciones. Así, en los fueros de Cuenca y Teruel y en otros de su misma familia, se interpone la condición de que las ventanas que dan a un corral ajeno se abran en la parte más alta de la pared y de una anchura nunca superior a la de una mano, condenándose a quien la hiciese más baja o más grande, y hasta que la clausure, al pago diario de una compensación de un sueldo tanto al titular del predio vecino, como al juez y a los alcaldes[347].

Más clara y descriptivamente vinculada al entorpecimiento de las vistas sobre el fundo próximo es la medida fijada en el *Fuero Viejo de Castilla* y el *Libro de los Fueros de Castiella*, en los que se veta la colocación de cualquier ventana cuyo tamaño fuese suficiente como para poder sacar la cabeza, si bien se admite la adquisición del derecho a mantener la que con anterioridad

---

[346] *Fueros de la Novenera*, [183]: "De casas de dos uezinos que se tiengan en semble: Dos uezinos que en semble se tiengan lures casas, cerca una casa d'otra, non deuen auer finiestras en cambra ni en corral ni en casa ninguna, l'uno contra l'otro, por dont enuyno li faga ninguno; et por esto puede'l peynndrar que las sarre todas".

[347] *Fuero de Cuenca*. Forma sistemática, [XIII, XVIII]: "De fenestris prohibitis: Quicumque parietem sue domus in curia habuerit aliena, si in eo facere fenestram uoluerit, aperiat eam in alto a pectoribus et supra dominus parietis. Fenestra habeat in amplo manum tantum, et non plus. Siquis eam inferiorem fecerit, aut laciorem pectet cotidie domino curie unum aureum iudicique et alcaldibus, donec eam claudat". Forma primordial, [358]: "De fenestris prohibitis: (…)". Códice Valentino, [17]: "Del que touiere pared contra corral (…)". *Fuero latino de Teruel*, [288]: "(…) Similiter quicumque fenestram in pariete sue domus super alienam domum aperire voluerit, aperiat eam in alto a pectoribus et supra, fenestra autem habeat in amplo una manum tantum, et non amplius iuxta fórum. Quia si quis fenestram inferiorem vel ampliorem fecerit nisi ut fórum precipit, postquam amonitus fuerit, pectet cotidie V solidos judici et alcaldibus et quereloso, donec ipsa fenestra claudatur, tamen si amonicionem probare potuerit iuxta fórum (…)". *Fuero romance de Teruel*, [301]: "Del que finiestra querrá abrir en su paret (…)". Reproducen, en lo esencial, este precepto: *Fuero de Iznatoraf*, [230]: "De las finiestras et de los judgamientos delas casas: (…)". *Fuero de Zorita de los Canes*, [323]: "De aquel que touiere paret escuantra corral ageno: (…)". *Fuero de Plasencia,* [152]: "De fazer finiestra: (…)". *Fuero de Bejar*, [414]: "De finiestra de parede: (…)". *Fuero de Alcaraz*, [IV, 105]: "De las finiestras vedadas: (…)". *Fuero de Alarcón,* [310]: "Del que en su pret finiestra fiziere: (…)". *Fuero de Úbeda*, [XXXI, II]: "(d) Qualquier que pared o casa oviere en camara agena (…)". *Fuero de Baeza*, [329]: "De las finiestras: (…)". *Fuero de Villaescusa de Haro*, [308]: "De las finiestras: (…)".

se hubiese hecho de mayores dimensiones cuando se demostrase la consciente permisividad del dueño de la casa vecina durante el transcurso de un año y un día, aunque este derecho solamente se tiene en precario, hasta que el otro levante su pared[348].

Esta línea es, sin embargo, abandonada por las Partidas, que, en consonancia con su honda inspiración justinianea, conceden margen a una amplia libertad de edificación del propietario, con dos únicas limitaciones: la de exigirle que deje hasta el camino público un espacio de tierra de una extensión acorde con las costumbres edilicias del lugar[349], y la de que, a pesar de permitirle darle la altura que desee, le pone la condición de que no descubra mucho las casas de sus vecinos[350]. Consecuentemente con estos principios, la facultad de crear vanos en la pared propia hay que entenderla también absoluta, por lo que no requiere la constitución de servidumbre alguna, aunque tampoco comporta, por sí sola, un derecho de luces y vistas, de tal modo que, teniendo por título la mera tolerancia del vecino, éste podría obstruirlos o anularlos, construyendo en su propiedad a su pleno arbitrio[351]. Ahora bien, sí se requiere la constitución de servidumbre para acometer la apertura de ventanas en la pared ajena o en la medianera (*luminis inmitendi*), o cuando, en sentido inverso, se quisiera impedir el alzado de la pared del fundo contiguo, ya sea con el fin de preservar la entrada de luz a través de los huecos o ven-

---

[348] *Fuero Viejo de Castilla*, [IV, IV, VIII]: "Cónmo se puede omne defender por anno e día, si fiziere finiestra en su pared: Sy un omne ha una casa e quiere fazer finiestras en la pared de la casa, e a cabo de aquellas casas ay otras casas e corrales tras las casas o delante, deven fazer tamanna finiestra que non saque la cabesça por ella. Et, sy oviere fecha de ante grant finiestra e, veyéndolo el otro, toviere anno e día, e provándolo asy conmo es fuero, puede la finiestra tener fasta que el otro alçe su pared (…)". *Libro de los Fueros de Castiella*, [147]: "Titulo de cómo deve omne fazer finiestra en su casa aviendo otro omne otras casa o trascorral aladanno: Esto es por fuero: que si un omne a una casa e quiere fazer finiestra en la paret de la casa, et cabo aquellas casas a otras casas e corrales detrás las casas o delante, deven fazer tan grant finiestra que non saque la cabesça por ella. Et si la oviere fecha dantes grant finiestra e la toviere anno e dia e veyendolo el otro e mostrándolo como es fuero, puede la finiestra tener en su casa paret fasta que el otro alçe su casa".

[349] Esta remisión a la vigencia de la costumbre en la materia aparecía ya en sendas constituciones imperiales de Antonino Vero (C.I. 8.10.1) y de Alejandro Severo (C.I. 8.10.3). J. García Sánchez, *Marco legal* (n. 34), p. 402.

[350] *Partidas*, [III, XXXII, XXV]: "(…) Otrosi dezimos que casa, o torre queriendo alguno fazer de nueuo en lo suyo puede lo fazer dexando tanto espacio de tierra: fazia la carrera, quanto acostumbraron los otros sus vezinos de aquel logar, e puede la alçar quanto se quesiere guardandose todavia que non descubra mucho las casas de sus vezinos". G. Villén Salto, *Limitaciones de dominio sobre luces y vistas. Tratamiento legal y convencional*, Granada, Comares, 2004, pp. 21-22, dice localizar en este precepto expresamente afirmado el principio del *ius commune* plasmado en el brocardo *potest quis in suo ad libitum aedificare*; la cual, sostiene, constituye la regla general sobre la que pivota el *ius aedificandi* en la tradición jurídica castellana.

[351] Esta es la interpretación consagrada siglos después por diversas sentencias del Tribunal Supremo, con apoyo, primordialmente, en *Partidas*, [III, XXXI, XV]. Esta jurisprudencia es analizada por C. Rogel Vide, *Limitaciones de luces y vistas en el Código civil español*, Madrid, Reus, 2006, 25-29.

tanas que se tengan, o con el de evitar el dominio visual del que podría disfrutar su dueño sobre la finca propia, a causa de la mayor elevación de su edificio o vivienda (*non altius tollendi*)[352].

También de raigambre romana, aunque no justinianea, es el precepto de los *Furs de Valencia* que concede permiso para levantar cuanto se quiera la edificación sita junto a otra casa cuando entre ambos inmuebles discurra una vía, incluso aunque el dueño de dicha casa se opusiese a ello, aduciendo la pérdida de luz. No obstante, si con la interposición de una pared se privase completamente al vecino de las luces que anteriormente recibía, quien efectuó la obra deberá colocar, a su propia costa, una ventana que le asegure seguir obteniéndolas; si bien esta obligación pesa únicamente respecto a aquellas casas que tuviesen a su favor una servidumbre antigua y ya prescrita[353]. Reglas que, en lo esencial, se repiten en las *Costums de Tortosa*, con la principal variación de que la posibilidad de impugnar el avance de la construcción que tapa las luces de las que se disfrutaba se subordina aquí a que se demuestre la previa existencia de una servidumbre constituida mediante pacto o disposición de última voluntad[354]. En los *Furs*, la libertad de dar mayor elevación a la casa o

---

[352] *Partidas*, [III, XXXI, II]: "Urbana seruidumbre diximos en la ley ante desta (…) o de auer derecho de foradar la pared de su vezino para meter y vigas, o para abrir finiestra por do entre la lumbre a sus casas (…) o auer tal seruidumbre, la vna casa en la otra, que la nunca pudiesse mas alçar de lo que era alçada a la sazón, que fue puesta la seruidumbre, porque le non pueda toller la vista, nin la lumbre, nin descubrirle sus casas (…)".

[353] *Furs de Valencia*, Versión latina, [XLVII, 1]: "Quicumque hedifficaverit domun prope domum alterius, inter quas sit via media, possit hedifficans elevare domum et quecumque opera voluerit facere, non obstante quod dictus vecinus dicat quod sibi lumen domus sue avertit. Verum si fecerit opus in pariete et clauserit vicino suo fenestram per quam intrat lumen in eius domum, vel in alia parte prope propter quod dominus domus amitat lumen domus sue, ille, qui dictum opus fieri fecerit, teneatur suis expensis in domo illius, qui propter dictum opus sic factum lumen suum amiserit, fenestram facere per quam ille, qui per tale opus lumen domus sue amiserat, competens lumen habeat; et si dictum lumen dare ei non poterit, destruat de dicto opere taliter quod non auferat vicino suo lumen domus sue; et hoc locum habeat in omni domo que sit de servitute antiqua et prescripta. Hunc forum melioravit et arromanzavit dominus rex". Versión romance, [XLVIII, 1]: "(1) Tot hom qui façe cases prop l'altre e que y haje carrera enmig, pusque alçar e fer quals obres se vulle, no contrastant si l'altre li diu que li toll la lum; o si farà obra en la paret on la finestra serà, per la qual la lum entra en son alberch, o altre paret tan prop per quà la lum perdés lo senyor de les cases, que aquel qui aquela obra farà sie tengut de fer ab sa messió, en l'alberch d'aquell qui la lum perdrà, finestra on aquel a qui tolrrà la lum de son alberch haje lum covinent. E si aquesta luminera no li pot donar, çes d'aquela obra, en guisa que no tolgue a altre la lum. E aço haje loch en tot alberch que sie de servitut vella o antiga e prescripta. (2) Aquest fur mellorà e romança lo senyor rey".

[354] *Costums de Tortosa*, [III, XI, I]: "(1) Servituts s'establexen en darreres volentats, et per couinences. (2) On si algu edifica prop d'algunes cases, e les puja tan alt que la lum tolga a les altres cases, ço es a saber, d'alguns forats o fenestres que sien en las parets que son entre les vnes cases et les altres, demanda alguna contra aquel qui edifica de noueyl no's deu n'est pot moure per altre, e si o fa no val; si doncs no prouaua leyalment que la seruitut hi fos establida, axi com desus es dit, en darreres volentats o per couinences; per ço, car finestres ne forats no deu nuyl hom fer en prejudici d'altre si doncs no o fa en carreres, perque no y ha lum, o deves lo cel en son terrat".

de dotarla de ventanas se proclama, además, absoluta cuando el suelo o el camino existentes entre ella y la del vecino fuesen de dominio público[355]; en tanto que las *Costums*, a pesar de adscribirse a este mismo principio, introducen la prohibición de hacer agujeros, buscando, seguramente, con ello evitar que sean utilizados para poder observar el predio contiguo[356]. Atendiendo, precisamente, a este propósito, lo que no se autoriza es la realización de ventanas, tejados o miradores que proporcionen vistas que puedan suponer una invasión de la intimidad de quienes habitan otros inmuebles[357]. Hasta el punto de que las *Costums* llegan a ordenar, al margen de cuanto tiempo llevasen abiertos y sin acogimiento posible al plazo de prescripción, el cierre de todos los agujeros y ventanas que estuviesen situados en saledizos volcados hacia la calle y enfrentados a otros saledizos que, a su vez, hubiese proyectado el vecino[358]. Finalmente, ambos ordenamientos se hacen eco de una conocida constitución imperial[359], que encomendaba a la autoridad provincial —sustituida ahora por la judicial— el que empujase a la destrucción de lo edificado en exceso, y a sus propias expensas, a aquél que, ignorando su sujeción a una servidumbre de *altius non tollendi*, hubiese subido un edificio hasta una altura superior a la con-

---

[355] *Furs de Valencia*, Versión latina, [XLVII, 25]: "Nullus vicinorum prohibetur altius edifficare hedificia sua vel fenestras in eis aperire, si inter ipsum et vicinum suum vel via publica intercedat". Versión romance, [XLVIII, 25]: "A negú dels vehins no és vedat bastir o edificar pus alt en les sues cases o obrir finestres en aqueles, si entre aquel e son vehí haurà plaça o carrera pública".

[356] *Costums de Tortosa*, [III, XI, XX]: "Quan algu edifica ses cases e ses parets davant son vey, e passa carrera entre aqueles cases que ell edifica e les cases de son vey, sens vedament e contrast, que negu no l'en deu n'en pot fer, pot bastir edificar e construir ses cases e ses parets aytant alt com se vol, ves lo cel; et en aqueles parets fer finestres pot, aytantes com se vol e quantes vegades se vol que obren deues la carrera, pero no y pot fer forats".

[357] *Furs de Valencia*, Versión latina, [XLVII, 21]: "Qui hedificaverit iuxta domos vicini sui contiguas, non aperiat fenestram vel tectum vel prospectum fatiat, per quem supra domum vel intus aliqua loca domus vicini sui contigui prospiciat". Versión romance, [XLVIII, 21]: "Aquel qui hedificarà de costa les cases de son vehí, no obra finestra ni façe terrat ni mirador per lo cual puscha guardar e mirar sobre la casa de son vehí o dins alcuns lochs d'aquella casa que.s tendrà ab ell". *Costums de Tortosa*, [III, XI, XVII]: "Qui edifica o basteyx o constroeyx cases lats a lats de les cases, o de plaça de son vey d'aquela part ver les cases de son vey, no y deu fer no obrir finestres ne forats per que en les cases de son vey se pusca re veer ne guardar".

[358] *Costums de Tortosa*, [III, XI, II]: "Si forats son feyts o finestres en los enuans que son sobre les carreres, en los costats dels enuans, si los veyns d'aqueles enuans volen atressi obrar et exir ab enuan sobre les carreres, aquel o aquels qui aquels forats o finestres hi auran feyts deuen les tancar et cloure, sens tot contrast et embargament, tantost com lo vey volra obrar: que asi no val nuyl temps per lonc ne per gran que sia que hic do prescripcio, car no es cosa couinent que nuyl hom per aytals forats ne finestres vege les priuades de son vey".

[359] Se trata de una ley de los emperadores Diocleciano y Maximino, recogida en C.I. 3.34. 9: "Si in aedibus vicini tibi debita servitute parietem altius aedificavit Heraclius, novum opus suis sumptibus per praesidem provinciae tollere compellitur. Sed si te servitutem habuisse non probetur, tollendi altius aedificium vicino non est interdictum".

venida; pero admiten la salvedad de que quien reclamase el cumplimiento de esta servidumbre no pudiese probar su vigencia[360].

La constitución de servidumbres de luces y vistas aparece, también, muy presente en el privilegio *Recognoverunt proceres* y en las *Ordinaciones de Sanctacilia*. No tanto las relacionadas con la obtención o el mantenimiento de estos derechos sobre la finca vecina, ya que únicamente se alude al requisito de su disfrute durante treinta años para la consolidación de la consistente en recibir la luz a través de una lucerna, *luerna*[361], es decir, la ventana que según la costumbre se caracteriza por tener entre dos y tres palmos de alto y no más de medio palmo de destre de ancho[362], lo que restringe su utilidad a la simple facilitación de la entrada de luz. Pero sí las de *fenestrarum* o *luminis immitendi*, que otorgan al titular del predio dominante la facultad de situar ventanas en la pared común o en la del fundo sirviente.

Dentro de una orientación primordialmente restrictiva en lo relativo a esta materia, que lleva a que en el *Recognoverunt proceres* se niegue taxativamente la apertura de ventanas o lucernas en la pared propia o en la común[363], ambos ordenamientos sientan un esclarecedor principio general, que afirma que nadie puede tener vista sobre el predio de otro si antes no mira sobre el suyo[364]. Lo

---

[360] *Furs de Valencia*, Versión latina, [XLVII, 3]: "Si in edibus vicini tui, debita tibi servitute, parietem altius edificavit, novum opus suis sumptibus per iudicem tollere compellitur; sed, si te servitutem non habuisse probetur, tollendi alcius vicino hedificanti non est interdictum". Versión romance, [XLVIII, 3]: "Si alcú haurà aytal servitut en les cases de son vehí, ço és, que aquel vehí no y pusque obrar pus alt, e puys hi obrarà pus alt, lo jutge lo deu destrèyer que desfaçe ab ses pròpries despeses aquela obra nova que haurà feyta pus alta. Mas si aquel que diu que ha aquela servitut en aqueles cases no o porà provar, no es vedat a aquel vehí seu que no pusque obrar e levar pus alt en ses cases". Las *Costums de Tortosa* prescinden de la referencia a la intervención de la autoridad, [III, XI, IV]: "(1) Si algunes cases deuen seruitut a altres o plaça, en axi que pus alt no deuen pujar, sino aytant com aqueles que primeres hi son feytes, la noueyla obra, ço es aytant com pus alt aura obrat e bastit contra la seruitut, aquel qui la obra noveyla aura feyta, ab ses propries messions la deu desfer et destruyr: e ayli no pot aturar aquela obra que contra la seruitut aquí establida sera feyta. (2) Mas a nuyl hom no es vedat que les sues cases o plaça no puyg si's vol tro al cel, sens contrast de nuyl hom, si doncs servitut no deuien, axi com desus es dit".

[361] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [14]: "Vista en so de altre: Encara, que ningun hom no pot allegar possesió de nenguna vista que reba de part del cel ó part de son vehi, si doncs empero luerna no es, que haja posseida per trenta anys". En realidad, también afecta a la preservación de la captación de la luz solar lo dispuesto en [27]: "Encara, que nengun de aquests arbres no sien plantats spessos ans haja de la un al altre de dos destres en sus, perço que no puxan tolre lo sol á la honor de son vehí".

[362] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [50]: "Luerna: Encara, es costuma, que luerna deu haber de lonc de dos palms tro en tres e deu haber de ample de la paret hont reb la lum mitg palm de destre, sino no es dita luerna".

[363] *Recognoverunt proceres,* [60]: "Item quod in pariete proprio uel comuni nemo debet facere fenestram uel lucernam".

[364] *Recognoverunt proceres,* [63]: "Item quod nemo potest habere uistam super alterum nisi primo aspiciat super tenedonem suam". *Ordinaciones de Sanctacilia*, [11]: "Encara, que ningun hom no pot haber vista sobre altri, si avans no guarda en so del seu".

que equivale a decir que la ventana o el mirador desde el que se disfruta de estas servidumbres debe tener siempre delante una franja de terreno perteneciente al fundo dominante; este espacio es lo que se conoce como androna[365]. A partir de esta premisa, la norma fundamental dicta que ni en la pared propia ni en la común deben abrirse ventanas o lucernas dirigidas hacia la pared del vecino, a menos que antes se hubiese acordado con éste por escrito[366]. Y a continuación se precisan las formas de constitución y extinción de servidumbres sobre estas aberturas, en función de sus diversas modalidades[367]. Así, siendo la más pequeña la lucerna, apenas válida para otra cosa, como hemos señalado, que para absorber la claridad, se comprende que su habilitación como medio para el ejercicio de la servidumbre se admita sin grandes trabas, tanto por convenio documentado como por posesión continuada y pacífica durante treinta años[368], siendo aceptadas, además, como pruebas de su existencia la presentación de testigos, la confesión de parte y hasta las simples suposiciones[369]. No obstante, de tan benigno régimen queda excluida la efectuada en una tapia mediante el ensanche de sus resquicios, de la cual no se reconoce la posesión, por lo que aquella que estuviese sustentada en el transcurso del tiempo será considerada fraudulenta[370]. En todo caso, la levedad de los obstáculos a su creación tiene su contrapartida en la facilidad con la que esta servidumbre puede decaer, bastando cualquier interrupción voluntaria de su posesión, incluso cuando ésta fuese inmemorial, para perder la adquirida por tan larga prescrip-

---

[365] Sobre esta institución, J. Pella y Forgas, *Tratado* (n. 198), apéndice I: "Androna", pp. 133-134.

[366] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [41]: "Encara, que en paret propria ni comuna nos deu fer finiestra, ni luerna, envers la paret de son vehi, si doncs ab ell no ere avengut ab carta".

[367] Sigo en este punto el mismo itinerario expositivo que J. Pella y Forgas, *Tratado* (n. 198), pp. 67-74.

[368] *Recognoverunt proceres*, [45]: "Item est consuetudo in lucernis positis in pariete priuato uel communis illius qui lucem accipit per ipsas lucernas si ipse lucerne extiterint per triginta annos in pace et continue quod ipse lucerne non possint claudi a parte aduersa". *Ordinaciones de Sanctacilia,* [1]: "Primerament tot hom puxa haver atans en paret propria, o comuna en paret pres de son vehi de lonc, e de través e exceptada luernera que aquí havia posseida por treinta anys, en sana pau e sens contrast de aquel e dels seus"; [2]: "Item, que si la haurá posseida per trenta anys o la haurá ab carta, e lo vehi, hi vol haver atans obrant, que sen ha alunyar de la dita luerna, o luernas per cuatre pams de destre en cayre". [14]: "Encara, que ningun hom no pot allegar possesió de nenguna vista que reba de part del cel ó part de son vehi, si doncs empero luerna no es, que haja posseida per treinta anys".

[369] Así lo entendió la jurisprudencia posterior a partir de lo establecido en *Recognoverunt proceres*, [46]: "Item est consuetudo quod si ille qui habet lucernas non habet instrumentum de lucernis ibi habendis nec aliquam tuitionem nisi tantum prescriptionem triginta annorum quod si clauserit eas operando ibi uel alio modo quod iterum non potest ibi habere lucernas."

[370] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [20]: "Encara, que ningú no puxa guanyar possesió de luerna que haurá feta en buyals de tapias per vista que non reba de apart de son vehi"; [63]: "Encara, declaram que luerna que sie feta en bujal de tapias no sie presa ni obtinguda per luerna, ans sera feta en frau de son vehi, perque nos deu alegrar de la costuma".

ción[371]. También exclusivamente destinada a la captación de luz es la denominada ventana *croera*, de la que se niega la posibilidad de ganar por la mera posesión un derecho de vista sobre el predio vecino, cualquiera que sea su ubicación, aunque se sitúe bajo el voladizo del tejado, que es el lugar más habitual[372]. Las mayores dimensiones de la ventana prospectiva, *rajolera*, identificada por permitir el paso de un cuerpo humano, justifican las restricciones a las que se somete el nacimiento a su través de una servidumbre de luces y vistas, no teniendo, por ello, cabida la alegación de su posesión, y exigiéndose que su fundamento radique en un previo pacto por escrito[373]. Diferente tratamiento merece asimismo la que en las *Ordinaciones* es calificada como *finestra a cantó*, pudiendo entenderse por tal —a tenor de como se describe—, la abierta en una pared que se arrimase a una distancia menor que seis destres a la del vecino, cuando ésta ya albergase una ventana[374]; lo que, en definitiva, hace pensar que su prohibición persigue impedir la obtención de vistas al interior del edificio ajeno, al asomarse a la ventana propia. Finalmente, en relación con los terrados y tejados, se establece que cuando estuviesen a una misma altura deben cerrarse a las expensas comunes, de modo que no haya paso ni vista del uno hacia el otro[375], correspondiendo realizar la clausura al que primero iniciase la edificación[376]. Ahora bien, si ambas casas se hallasen a distintos niveles, serán el propietario de la más alta quien debe-

---

[371] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [51]: "Encara que si algun haurá posseida luerna ó luernas, e aquell de qui son las tancará, ó las fará tancar, e puix las volrá obrir, que ha parduda tota la servitut, e possesió que ja més no la pot obrir"; [64]: "Encara, que si ningun hom haurá luerna sobre son vehi posseida per trenta anys e per mes, e per sa voluntat la haurá tancada e puys per temps la volia obrir, que no pot fer, que ans per tota la servitut que ha haguda, ne ha per tots temps, sols que laltra puxa probar que la haja tancada".

[372] También de reducidas dimensiones, esta clase de ventana se caracteriza por estar cruzada por dos hileras de ladrillo en aspa, que impiden asomarse al exterior. *Ordinaciones de Sanctacilia*, [15]: "Encara, que vista de "croeras" de nengun raleix de tancament de teulada, ne de croeras fetas en rajla nos pot allegar possesió".

[373] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [61]: "Item, que ningú no pot allegar possesió en paret propria ó comuna de finestra gran, ne poca, e semblant troc hon puxa passar null hom e no altras si no es rajolera"; [62]: "Item, que algú qui finiestra haurá, no la pot obtenir per prescripció, si doncs no la ha ab carta de son vehi, ans es feta en frau de la altra part". Aunque la interpretación de estos dos preceptos no ha estado libre de controversia, sigo la opinión de J. Pella y Forgas, *Tratado* (n. 198), pp. 69-71.

[374] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [46]: "Encara, que ningú no pot fer finestra en paret pres de son vehi "a cantó" si laltre ni haurá, e si laltre ni haurá, ques haja alunyar de aquella e del cantó sis palms de destre".

[375] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [12]: "Cloenda de terrat: Encara, que si dos vehins son eguals en terrat, que abdosos ses hajan tancar mitgers ab tal manera que passatge, ne vista no sie del hu al altre"; [65]: "Encara dehim, que tot hom qui sie egual ab tarrat ab dos vehins se han á tancar á comunas messions".

[376] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [58]: "Encara, que com dos vehins, e mes serán, en la ciutat de Barcelona eguals en tarrats ó en tauladas que aquell qui primer pujará obrant, se haja á tancar que balador sobre aquell ó aquells no haja".

rá cerrarlos, en el caso de que le ofreciesen una perspectiva inmediata sobre la inferior[377].

Para concluir este apartado, parece oportuna una referencia a la destacada y discutida peculiaridad contenida en la conocida observancia aragonesa, *De aqua pluviali arcenda*, que alejándose diametralmente de las pautas marcadas en los ordenamiento teñidos de derecho romano, pero también del derecho consuetudinario catalán, consiente la libre apertura de ventanas para luces y vistas, incluso en la pared medianera, si bien el dueño de la casa vecina se le permite anularlas construyendo a mayor altura, con excepción de que el otro no dispusiese de otra entrada de luz propia, quedando su casa, entonces, sumida en la oscuridad, pues en este caso, estará obligado a facilitársela, por ese mismo vano o por otro determinado por el juez, la costumbre del reino o la equidad, con el fin de que esa ventana que ha abierto no se convierta en inútil[378].

C. 8. Desagüe de aguas pluviales y residuales

La relación de servidumbres tipificadas en el derecho romano incluía, si recordamos, varias destinadas a proporcionar salida a las aguas procedentes de la lluvia desde el tejado propio, bien de modo natural, *servitus stillicidii*, o bien utilizando conductos o canalizaciones, *servitus fluminis*, así como la evacuación mediante tuberías de las residuales a través del fundo sirviente, *servitus cloacae*.

Pues bien, el derecho a obtener para el agua pluvial caída sobre su casa o su tejado una vía de desagüe hasta el camino público a través de la propiedad ajena es ya reconocido a sus pobladores en el fuero navarro de Viguera y Val

---

[377] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [66]: "Encara, que tot hom qui sie pus alt en terrat, que son vehi, ques haja á tancar, e tant alt, que vista non haja sobre ell, si doncs abans no guarda ço del seu".

[378] *Fueros, observancias y actos de corte del reino de Aragón*, Libro VII, *De aqua pluviali arcenda*, [6]: "Item observatur, quod quilibet pro libito voluntatis in pariete communi facit fieri fenestras, non solum ad lucem, sed etiam ad prospectum, quamvis dominus domorum vicinarum, si aedificium construxerit, quod emineat super talem fenestram claudere eam possit: quod habet locum ubi vicina domus de se, vel aliunde, lumen habere potest: quia alias si propter dictae fenestra, clausuram vicina domus luminibus privaretur, et aliunde lumen habere non posset; tunc per ipsam fenestram, vel per alia lumen competens arbitrio. Iudicis domui convicinae praefatae dare, aut dimittere tenetur, ne in totum luminibus obscurata domus, inutilis ipsi domino reddatur, secumdum usum Regui, et bonam aequitatem". Un extenso comentario sobre la vigencia de esta observancia en el derecho aragonés en M. A. del Arco Torres y M. Pons González, *Régimen jurídico de las servidumbres (Doctrina científica y jurisprudencial. Legislación. Formularios)*, Granada, Comares, 1994, pp. 481-482.

de Funes cuando no fuese posible conducirlo por la heredad propia[379]. A su vez, en los fueros de la Novenera se atiende a la circunstancia de que, con la gran intensidad de las lluvias, el vertido de las aguas provoque daños al vecino, encomendándose, entonces, al arbitrio de los hombres buenos de la localidad la determinación del paso menos lesivo por donde hacerlas discurrir[380]. E igualmente, los fueros de Jaca y de Pamplona ordenan al dueño de la casa cuya gotera perturbase al vecino que provea, a sus expensas, la forma de evitarlo, llevando el agua de lluvia o las de desecho por otro cauce o dirigiéndolas hasta el albañal colectivo que transcurra por delante de las casas, encargándole, además, que se haga cargo de su reparación, en el caso de que éste estuviese obturado en el tramo correspondiente a su vivienda[381].

Estos mismos derechos de desagüe y de cloaca son también amparados con el carácter de forzosos en el fuero de Cuenca y en otros con éste relacionados, en los que se atribuye al juez y los alcaldes la tarea de señalar el lugar por donde cada casa deberá recibir el albollón de la contigua hasta que las aguas salgan a la calle, al tiempo que se prohibe el vertido de estiércol en la raíz ajena[382]. No sigue, sin embargo, esta pauta el fuero de Teruel, que se

---

[379] *Fuero de Viguera y Val de Funes*, [441]: "De dar salyllida d'agoa: Otrosí, todo omne tenjdo es de dar sayllida a la agua de la pluuja de sus casas e de sus techos por sus propias heredades troa la carrera pública, fueras si debiere haber lumbre a su casa por heredat agena o sayllida a la agoa".

[380] *Fueros de la Novenera*, [69]: "De diluuio d'agoa que faze daynno: Por diluuio de agoa que uienga et faga daynno un uezino a otro, uayan lo ueer bonos hombres el logar et saquen carrera por dont uaya el agoa que menos enoio li faga".

[381] *Fuero de Jaca*. Redacción A, [300]: "D'aygua pluuial que cat en casa d'algun e nol dara exida: Qvan aygua pluuial cat en casa d'algun hom, aquel com en sa propria heredat deu dar ad aquel agua segur e ubert eximent que ysca de so casa sens dan d'el e de sos uezins; e si sera albello uezinal denant so casa per lo que corra ayga de so casa e d'altras casas, el ab sos despesas deu menar l'agua de la pluuia de so casa entro ad aquel albello et encara ab so despesa deu fer pasar l'ayga sens embarg quan durara l'albello en frontera de so casa, e altresi deuen fer tozt los altres uezins en fronteras de sos casas per on passa l'ayga de la pluuia". Con algunas variaciones, también en redacción B: [203]: "De gotera de casa: (…)"; redacción C, [97]: "De aygua pluujal: (…)"; redacción D, [96]: "De agoa plujal: (…)"; y redacción E, [101]: "De ayga pluuial: (…)". *Fuero de Pamplona*, [99]: "De ayga pluuial: Si l'ayga de la gotera cat en la casa del uezin, lo seynor de la casa ne deu far bon pasage sens dam del uezin. Et si per auentura [deuant] sa casa era albuyllon comunal de toz, per ont corrient les aygues de toz les uezins, ab sa mesion faga pasage a l'ayga que uaya al albuyllon. Et si l'albuyllon es embargat deuant o endreit de sa casa, escobria-lo asi que l'ayga non faga domage a el ni a ses uezins"; redacción B, [203]: "De guotera de casa (…)".

[382] *Fuero de Cuenca*. Forma sistemática, [XIII, XVIII]: "De alluujonibus domorum: Unaqueque domus recipiat alluuionem alterius, sicut uisum fuerit iudici et alcaldibus, donec aqua exeat ad callem, uel ad locum precipicii. Sterquilinium nullus faciat in radice aliena, nisi in exitu tantum (...)". Forma primordial, [358]: "De alluuionibus domorum: (…)". Códice valentino, [II, III, 18]: "De commo la vna casa rreçiba el agua dela otra: (…)"; [II, III, 19]: "Delos estercoleros: …". En el mismo sentido: *Fuero de Iznatoraf*, [331]: "De los albollones de las casas: (…)"; [332]: "Del muladar: (…)". *Fuero de Zorita de los Canes*, [323]: "De la casa que reçiba el albollon dela otra: (…)". *Fuero de Bejar*, [415]: "De las goteras: (…)"; [416]: "De los muradales: (…)". *Fuero de Alcaraz*, [IV, 106]: "De los aluollones de las casas: (…)". *Fuero de Alarcón*, [331]: "De los albollo-

limita a disponer que cada uno recoja el agua de su propia casa evitando perjuicios al vecino, siendo castigado a indemnizarlos si continuase ocasionándolos después de haber sido amonestado[383]. Pero sí adoptan la misma línea los fueros de Coria, Cáceres y Usagre, en los que, no obstante, la competencia para el señalamiento del itinerario de salida de las aguas de goteras, corrales y calles se asigna conjuntamente a los alcaldes y un número indefinido de hombres buenos[384]. Un supuesto mucho más concreto es el previsto en el fuero de Soria, donde a quien quisiera armar una casa sobre la pared de su pertenencia que estuviese ubicada junto a un corral ajeno se le permite levantarla y se le ofrecen las alternativas de recoger sus propias aguas o de verterlas hacia el corral vecino, con la condición de guardar una distancia mínima de un pie y medio de separación respecto a la pared de éste, obteniendo, en contrapartida, el derecho a entrar y salir del corral cuantas veces lo necesitase para efectuar la limpieza de sus goteras. Y análoga obligación de dejar una calleja libre entre ambas paredes para facilitar esta labor de mantenimiento recae sobre el dueño del corral en el caso de que, a su vez, decidiese construir en el mismo[385].

De la evacuación de las aguas se ocupan también las principales redacciones de derecho territorial castellano. Tanto el *Fuero Viejo de Castilla*

---

nes: (…)"; [312]: "E estercolar non faga ninguno (…)". *Fuero de Úbeda*, [XXXI, II]: "(e) Otrosy, mando que la una casa rresçiba el albollon de la otra (…)". *Fuero de Baeza*, [330]: "De los albollones de las casas: (…)". *Fuero de Villascusa de Haro*, [309]: "Titulo de los albollones: (…)".

No reproduce este precepto el *Fuero de Plasencia*, que únicamente de forma tangencial alude a los daños causados por las goteras, para negar la posibilidad de la redención del deber de responder por ellos como medida de gracia en festividades señaladas, [686]: "De responder todo tiempo por danno de casas: Mandamos otrossí por fuero et sea establescido que de goteras et de parede et de las canale de la cibdat todo tiempo respondan et non pare tras ferias ni por venida de rey; otrossí de exidos de conçeio et por carreras de conçeio et por la defesa respondan".

[383] *Fuero latino de Teruel*, [288]: "(…) Similiter quicumque domum habuerit ipse suam aquam colligat, ne aliis vicinis dampnum faciat ullo modo. Quia si quis post ammonicionem aliquod dampnum fecerit, pectet illud ut superius est ostenssum". *Fuero romance de Teruel*, [303]: "Que cada uno coia su agua en su casa (…)".

[384] *Fuero de Coria*, [212]: "De las aguas de las goteras: Todas las aguas de las goteras, e de los corrales e de las calles, por o mandaren los alcaldes e los omes bonos, por y vayan derechas". La misma regla en: *Fuero de Cáceres*: [210]: "Aguas de goteras: (…)". *Fuero de Usagre*, [219]: "Aguas de las goteras: (…)". *Fuero de Alfaiates*, [223]: "De las aguas de las goteras: (…)". *Fuero de Castel-Rodrigo*, [V, 46]: "De las aguas das goteyras (…)". *Fuero de Castel Melhor*, [202]: "De las aguas: (…)". *Fuero de Castello-Bon*, [214]: "Las aguas de las goteras: (…)".

[385] *Fuero de Soria*, [477]: "Si alguno quisiere armar sobre su paret et ffazer casa, pueda lo fazer, si aquella paret se touiere con corral dalguno. Et si ffazal corral quisiere echar la gotera, aya pie y medio de la paret fazal corral dela gotera, del un cabo de su paret fasta el otro; et aquel cuyo fuere el corral, del entrada et sallida en el corral, quantas uegadas ouiere menester alimpiar su gotera. Et si el otro heredero quisiere ffazer casa en su corral en essa derecha, dexe en que ayan amos calleja pora alimpiar sus goteras. Pero si aquel que non ouier derecho quisier fazer la casa arrimada o acostada aquella paret, rrecibiendo el agua, pueda lo fazzer".

como el *Libro de los Fueros de Castiella* afirman observar la costumbre tradicional, al consagrar el principio general de que cada uno está obligado a llevar o canalizar sus aguas por su propiedad, prohibiendo, al efecto, el Fuero Viejo, amén de sancionarla con el resarcimiento de los daños, la excavación de agujeros o fosas en terrenos no cultivados y cercanos a casas propias o ajenas hecha con la maliciosa intención de desviar el flujo de las aguas pluviales hacia el fundo vecino[386]. Por otra parte, tanto en una como en otra recopilación se contempla la aplicación del plazo prescriptivo de un año y un día; en el primero de ellos, en relación con el tendido de conductos de desagüe sobre solares yermos, cuando hayan sido tenidos durante todo este tiempo sin contradicción, y mientras dichas fincas sigan sin edificar[387]; y en el Libro de los Fueros, con el vertido realizado sobre el tejado próximo como consecuencia del deterioro de los canales, cuando asimismo haya sido soportado a lo largo de este período sin la presentación de querella alguna y existiendo pronunciamiento favorable a su transcurso de los hombres buenos del lugar[388].

Escaso juego ofrecen, por el contrario, sobre esta materia las Partidas, que únicamente se detienen en ella al incluir en su elenco de servidumbres urbanas la consistente en la obligación de recibir el agua, canalizada o no, procedente de los tejados de otra casa[389].

Por ello, hay que acudir, una vez más, a las regulaciones a menudo coincidentes de los *Furs de Valencia* y las *Costums de Tortosa*, para encontrar un tratamiento ya claramente vinculado a los dictados del derecho justinia-

---

[386] *Fuero Viejo de Castilla*, [IV, V, I]: "Esto es fuero de Castiella. Que, sy alguno o algunos omes en solares yermos çerca algunas casas fechas, syquier sean suyas, siquier de otro, ninguno de aquéstos que an solares yermos non deven fazer cavas nin foyas ningunas, por que el agua que lloviere en el un solar enbíe al otro solar a sabiendas; mas cada uno debe guardar su solar, en tal guysa que el agua que lloviere que cada uno lo rreçiba en sçy e non lo enbíe a sabiendas al otro solar nin a otra casa agena. Et, sy alguno lo fiziere, contra esto puédagelo demandar aquél a qui lo fiziere por fuero, e dével pechar los dannos e los menoscabos que por tal rrazón fiziere".

[387] *Fuero Viejo de Castilla*, [IV, IV, VIII]: "(…) Et otrosy, si canal oviere anno e día sobre solar yermo sin querella, mostrándolo conmo es fuero, puédela tener por fuero fasta que el solar fagan casa; et otrosy el solar yermo non pierde sus derechos, sy cayere gotera de casa sobre el solar yermo; quando el otro fiziere su casa, debe el otro coger sua agua. Et, sy en solar yermo echare otro omne estiércol o lo sacare, veyéndolo su duenno, teniéndolo el otro su querella anno e día, puédel enbargar el solar".

[388] *Libro de los Fueros de Castiella*, [154]: "Titulo de los que moran unos çerca de otros cómo deve vedar cada uno el agua de su tejado por su canal. Esto es por fuero: que si un omne a casa cabo de otra casa de otro omne o de otra muger, cada uno dellos deve levar su agua por su canal; et si viene a tiempo que falleçe alguna de las canales e cahe el agua sobre el otro tejado e tiene anno e día e sin querella, mostrándolo con omnes buenos como es derecho, puédelo levar por tenimiento (…)".

[389] *Partidas*, [III, XXXI, II]: "Urbana servidumbre diximos (…) o auer la una casa a recebir el agua de los tejados de la otra, que vengan por canal, o por caño, o de otra guisa (…)".

neo. En este sentido, la vieja norma romana que, permeabilizando el principio que establecía que nada debe interponerse entre el suelo o el camino público y el cielo, impedía la constitución de servidumbres basadas en la proyección de saledizos o en la conducción o el vertido de aguas sobre la calzada pública[390], es en esencia rescatada en los *Furs*, cuando —como ya antes se señaló— se prohibe levantar o avanzar casas, pórticos o balcones sobre la vía o la plaza públicas, exigiéndose, al respecto, que las paredes asciendan en línea recta desde los cimientos hasta el tejado, sin topar con ningún obstáculo intermedio[391]. No obstante, lo que sí se admite es que los canales superiores de recogida de las aguas pluviales invadan hasta un tercio de la calle, y en las *Costums* hasta la mitad, con el fin expreso de no causar daño a los inmuebles próximos, de donde se infiere que, en ausencia de servidumbre, no está permitido dar salida a las aguas por el fundo vecino[392]. Conclusión que viene corroborada por otra constitución tortosina, que dispone que las aguas de lluvia retenidas en el tejado pueden tener libre salida hacia la *carrera* a través del edificio propio, pues, dado que son del dominio colectivo, todos pueden beneficiarse de ellas a su voluntad, siempre que lo hagan sin perjuicio de terceros[393]. Unas reglas que también resultan válidas para la solución del problema de la eliminación de las aguas residuales, a juzgar por sendos preceptos de las *Costums*, de los que el primero concede a cada propietario la facultad de acometer a su propia costa el acondicionamiento de cloacas, alcantarillas o atarjeas que desde su finca y por debajo de la vía pública enlacen con el colector general, pero supeditado a que con ello no se perturbe a las viviendas u otros edificios próximos[394], mientras que en el otro se reconoce el derecho a conectar el

---

[390] D. 8.2.2.1pr.: "Si intercedat solum publicum vel via publica, neque itineris actusve neque altius tollendi servitutes impedit: sed inmittendi prottegendi prohibendi, item fluminum et stillicidiorum servitutem impedit, quia caelum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet".

[391] *Furs de Valencia*. Versión latina, [II, 11]. Versión romance, [II, 12]. Véase nota 286.

[392] *Furs de Valencia*. Versión latina, [XLVII, 27]: "Hadificans possit pretendere subprema stillicidia usque ad terciam partem carrerie".Versión romance, [XLVIII, 27]: "Aquel qui hedificarà o bastirà cases pusque estendre e alargar tro a la tercera part de la carrera los sobirans degotaments de les aygües de les pluges". *Costums de Tortosa*, [III, XI, XXII]: "Les canals dels terrats per que l'aygua de les pluges ve a les carreres, pot cascu fer tan grans si's vol, que l'aygua de les pluges que per elles vendra o caura, fira el mig de la carrera, e no pus aenant, et en guisa que no faça mal ne don als veyns d'aquela carrera".

[393] *Costums de Tortosa*, [III, X, IV]: "Les aygues dels terrats que del cel hi venen, pot cascu a sa propria volentat girar que vinguen a caure en la carrera, ab que per lo seu o faça, e no per re de negu; per ço, car cascu pot fer a sa propria volentat, ço qu'es vol en les carreres, ab qu'es guart que no faça prejudici a negu, ne atressi que les carreres non vaylen meyns."

[394] *Costums de Tortosa*, [III, X, I]: "Tot hom pot fer claueguera o estremera en son albec, en qualque loc se vuyla, a sa propria volentat; et encara fer albeylo ab sa propria messio, per la carrera publica de sots terra, tro al Rech o a la Barbacana o al Vayl, qualque li placia, ab que prejudici no faça en albercs ne en cases de sos veyns, a d'aquels a qui pertanyen los albercs, o les cases".

sumidero propio a una cloaca ya previamente construida, con la sola condición de abonar la parte correspondiente de su coste a quien la realizó[395]; lo que se completa con la recomendación de que todas estas canalizaciones y albañales se mantengan limpias, ya que su descuido es origen habitual de pestilencias y graves males[396]. Conviene mencionar, finalmente, la peculiaridad de un fuero valenciano que, partiendo de la existencia de una pared medianera en la que un propietario recibiese las aguas del vecino, autoriza a aquél para que traslade el lugar por donde el otro viene desaguando cuando así lo justificase la necesidad de hacer reparaciones o de edificar en la pared, aunque con los requisitos de que se haga cargo de los gastos y de que dirija, si ello fuese posible, las aguas hacia la calle, o bien que proporcione otra ruta para su evacuación[397].

Menos generosas en el tratamiento de estas servidumbres que en el de algunas de las anteriores, los problemas asociados al vertido de aguas, *degotis*, sobre el predio ajeno son abordados en las dos importantes redacciones del derecho consuetudinario de Barcelona desde la perspectiva de las posibles consecuencias negativas que para el fundo sirviente pudiese tener la alteración de la situación, anchura u orientación de los canales por los que se hacen discurrir. Y en este punto, ambos textos se alejan de la postura relativamente tolerante del derecho romano, que graduaba la severidad de la limitación de estas modificaciones en función de su traducción, o no, en perjuicios para el afectado, al prohibirlas tajantemente y en cualquier caso, declarando como efecto de las mismas la extinción automática de la servi-

---

[395] *Costums de Tortosa*, [III, X, III]: "Si per auentura algu volra girar sa estremera o son albeylo, o sa claueguera, a aquel albeylo o claueguera que sera feyta en la carrera, francament e deliura que o pot fer sens tot embargament, en axi empero que pac la part de la messio a quel qui la dita claueguera aura feyta fer et anans que res s'i faça, ne la y gir e pusca meylorar e no pejorar".

[396] *Costums de Tortosa*, [III, X, II]: "Mondar se deuen les estremeres et los albeylones e les claueguere; car per les legees solen venir moltes vegades pestilencies et molts mals".

[397] *Furs de Valencia*. Versión latina, [XLVII, 28]: "Vicinus in pariete medio, qui vicini sui stillicidia recepit, in domum sive locum suum possit stillicidia removere quando parietem vel edificium fecerit vel reparaverit, vel supra ipsum parietem edificare et quantum voluerit elevare, dummodo ad expensas suas vicinus operans vel hedificans faciat aquam stillicidi discurrere in viam, si in via aqua exire poterit; alioquin, donet locum aque stillicidii per quem sine incomodo vicini domini stillicidii exire poterit". Versión romance, [XLVIII, 28]: "Lo vehí que reebrà los degotaments de son vehí en la paret miyana pusque remover e departir los degotaments de las aygües de les pluges de la paret miyana en la casa o el loch seu, can volrà adobar o reparar la paret o fer alcun hedifici e sobre aquela paret hedificar e levar aytant quant volrrà, solament quel vehí qui obrarà o hedificara, ab les sues despeses, face l'aygua d'aquell degotament córrer e caer en la carrera, si aquela aygua porà exir ni caer en la carrera, e si no hi porà exir, dó loch a l'aygua per lo qual pusque exir e decórrer sens dans del vehí qui serà senyor del corriment de l'aygua de la pluya". Carente de vinculación directa con norma romana alguna, el origen de este fuero lo sitúa F. L. Pacheco Caballero, *Derecho valenciano* (n. 199), p. 392, en un privilegio real de 19 de junio de 1251.

dumbre[398]. Pero, por otra parte, las *Ordinaciones de Sanctacilia* perfilan un régimen muy permisivo, comparado también con el de *Furs* y *Costums*, respecto a la liberación de las aguas pluviales, al autorizar sin trabas que se echen a la calle, como asimismo las procedentes de bodegas particulares, con la excepción de las provenientes de las tabernas públicas[399].

C. 9. Constitución y extinción de las servidumbres

La escasa conceptualización que transpira la generalidad de los fueros municipales que dedican algunos de sus preceptos a la regulación de las servidumbres complica de forma extraordinaria la verificación de la permanencia de algunos de los requisitos y caracteres que definieron a las servidumbres prediales en su configuración jurídica romana, y que sólo volvemos a encontrar claramente implícitos o expresamente enunciados en las Partidas y en aquellos otros cuerpos normativos coetáneos o posteriores sensiblemente traspasados ya de los postulados del derecho de la Recepción.

La vocación decididamente práctica de estos ordenamientos locales, destinados a disciplinar aquellas relaciones, actividades y comportamientos que entretejen la cotidianeidad de la vida de estas localidades, y el propio tenor de las disposiciones que inciden sobre ellas permite presumir la permanencia como indispensable del criterio de utilidad, si bien hay que esperar a redacciones relativamente tardías y romanizadas como las de los *Furs de Valencia* y las *Costums de Tortosa*[400] para hallarla plasmada en su versión actualizada de la antigua regla romana que distinguía entre los pactos que reportan utilidad y los que, por no hacerlo, podrían ser vulnerados cuando ello no ocasionase daños[401]. Y lo

---

[398] *Recognoverunt proceres*, [61]: "Item quod si aliquis habuerit focanyale super tenedonem alterius super quam aque discurrant quod si uoluerit eleuare focanyale in altum quod non potest ipsum focanyale ibi tornare". *Ordinaciones de Sanctacilia*, [42]: "Degotis: Encara, que si algu haurá socanyal ne degotis sobre honor del altre, e aquell remourá obrant, que haja perduda tota aquella servitut, que james no li pot tornar".

[399] *Ordinaciones de Sanctacilia*, [4]: "De aygua pluvial: Item, que tot hom puxa gitar aygua pluvial en la carrera"; [5]: "De ayguas de celler: Item, dehim que tothom puxa gitar en la carrera ayguas de celler mas que no sien en celler que sie taberna pública sino tan solament aquells qui han celler de lur vinyas".

[400] En el análisis de la presencia de estos criterios generales en ambos ordenamientos es indispensable F. L. Pacheco Caballero, *Derecho valenciano* (n. 199), pp. 375-381.

[401] Principio consagrado en D. 8.1.15 pr.: "Quotiens nec hominum nec praedium servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet, veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistat: ideo si mihi concedas ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur: aliter atque si concedas mihi ius tibi non esse in fundo tuo aqueam quarere minuendae aque mea gratia", y que adaptado y justificado respecto a los mismo ejemplos del tránsito por el fundo propio y la entrada a por agua en el predio vecino, descubrimos en los *Furs de Valencia*. Versión latina, [LXVII, 12]: "Si vicinus fecerit mihi pactum ne in fundo suo consistat vel per fundum suum non eat vel ne, me invito, predium alie-

mismo cabe decir respecto a la exigencia de que ese provecho o rendimiento vaya en beneficio del fundo, y no de los intereses personales de su dueño[402].

En cuanto a la titularidad de las servidumbres, nada indica que en otros ordenamientos se obvie la condición que se formula en las Partidas de que sobre los fundos implicados exista un derecho de propiedad, o de que, al menos, quienes las constituyan los tengan como suyos, lo que equivale a aceptar, también, que se trate de la mera tenencia disfrutada por otras figuras como la del feudatario o el enfiteuta[403]. Pero lo que no se admite, además de que recaiga sobre las cosas sagradas o las religiosas y las de uso comunal, como plazas, mercados o ejidos, es establecer la servidumbre sobre la cosa propia[404];

---

net, non valeat pactum, quia mea non interest supradicta non fieri, id est, nullum dampnum patior si contra pactum supradictum fuerit factum, cum quilibet facere potest in suo quicquid voluerit, dummodo illud non sit iure prohibitum. Aliud est si vicinus mihi promiserit ne liceat ei in fundo suo aquam querere vel puteum aperire ne aqua illa, que in meo fundo est, vel puteus exarescat". Versión romance, [XLVIII, 12]: "Si el vehi meu farà ab mi covinença que ell no estie ni entre en lo seu camp, o que ell no vaje per lo seu camp, o que no.l vena ni l'alien sens ma volentat, no val aytal covinença, per ço car negun interésse meu no és que les damunt dites coses no sien feites, co és que negun dan no y he si contra la covinença damunt dita serà feit, per ço car cascun pot fer e.l seu ço que.s volrrà, sol que no sie vedat en dret ço que ell hi fará. Mas altra cosa és si.l vehi meu prometrà a mi que no pusque el camp seu aygua cercar ni pou fer, per ço que aquella aygua que naix e.l meu camp, ni.l pou que serà en aquell meu camp, no se nº'exech ni se'n dessech". Menos fieles a ese precedente, las *Costums de Tortosa* solamente recogen la parte de la norma que confirma la validez de la servidumbre consistente en abstenerse de hacer pozos en el terreno propio, para no secar los veneros del pozo situado en la finca vecina, [III, XI, 29]: "Si yo faç couinença a mom vey que no faça pou en les mies cases o en les mies honors, per ço que el meu po que faria no sec les venes del pou de mon vey, val aquesta couinença e aquesta paccio e aquesta servitut axi feyta e posada".

[402] Esta regla, contenida en D. 8.1.8 pr., es reproducida con una gran cercanía literal, en *Furs de Valencia*. Versión latina, [LXVII, 5]: "Ut pomum decerpere liceat et ut spatiari et ut cenare in alieno vel trilare in aliena area possimus, servitus imponi non potest". Versión romance, [XLVIII, 5]: "Negú no pot possar aytal servitut en altruy camp o loch, ço es que culla fruyta, o s'i vage deportar, o hi vage menyar, o en altruy era batre son blat per rahó de servitut". De nuevo, aunque respetando su espíritu, aparece bastante más alterado en las *Costums de Tortosa*, [III, XI, V]: "(3) Ja sia ço que molts homens meten lur blats e lurs fruyts ab altre et a secar en estranyes eres e en estranyes honors, e portar aqui, entren ne isquen e que y estien e que y facen lur volentat e lurs delits, jens per tot aylo servitut no y ha, ne y guaanya".

[403] *Partidas*, [III, XXXI, XI]: "Heredamientos, e casas, e otros edificios han algunos omes, que son de tal natura, que como quier que ayan la tenencia dellos, e los esquilmen no son verdaderos Señores dellos en todo, assi como las heredades que tienen en feudo, e las que tienen algunos para en su vida: e de sus herederos dando por ellas algund censo cierto, o auiendo a fazer algund seruicio señalado. E porende dezimos, que qualquier que touiesse alguna destas heredades sobredichas, e otorgasse seruidumbre en ella a otro; o otro alguno la otorgase a el, en la su heredad propia para vso de aquella heredad, que touiese assi, que tambien la vna seruidumbre como la otra vale para siempre, bien assi como sila fiziessen en las heredades, que han suyas quitamente (…)".

[404] *Partidas*, [III, XXXI, XIII]: "En quales cosas deue ser puesta seruidumbre: En las cosas que son suyas o como suyas pueden los omes poner seruidumbres assi como de suso diximos. Pero esto se entiende de aquella seruidumbre que ome pone en su cosa que sea prouechosa al heredamiento o casa de otri e non a la suya. Ca los omes han de seruir de sus cosas non como en manera de seruidumbre: mas vsando dellas como de lo suyo. Otrosi dezimos, que non deue ser puesta seruidumbre en cosas sagradas: o santas, o religiosas, nin en aquellas que son a vso, e a pro comunal de alguna cibdad, o villa, assi como los mercados, e las plaças, e los exidos: e las otras cosas semejantes dellos".

o lo que es lo mismo, resulta indispensable que la relación vincule a predios pertenecientes a distintos propietarios[405], quedando, por tanto, asimismo excluida la cosa común, tal como así lo señalan tanto los *Furs de Valencia* como las *Costums de Tortosa*[406]. Ello no impide que el fundo dominante o el sirviente se hallen bajo un régimen de copropiedad, si bien el intrínseco e inexcusable carácter solidario e indivisible de las servidumbres invalida aquella impuesta o asumida por uno solo de los condominos, requiriéndose, como claramente se advierte en las Partidas, el otorgamiento de su conformidad por todos ellos, que de consentirla la tendrán como propia, pero bastando la oposición de uno solo de ellos para desactivarla[407]. Una regla que también recogen los *Furs* y las *Costums*[408], en donde a los copropietarios también les está veda-

---

[405] Algunas consideraciones históricas sobre la ausencia de la llamada «servidumbre de propietario» en las legislaciones de raíz romanista, con alusiones a las fuentes del derecho catalán que estamos manejando, en I. Mateo Borge, *La servidumbre de propietario*, Barcelona, Marcial Pons, 2000, pp. 51-59 y 87-91.

[406] Este principio básico, repetido en diversos pasajes en el derecho romano, es asimismo recordado en los *Furs de Valencia*, con redacción casi idéntica a la de D. 8.2.26, en su versión latina, [LXVII, 33]: "In re communi [nemo] dominorum iure servitus neque facere quicquam, invito altero, potest neque prohibere, quo minus alter fatiat, nulli enim res sua servit", y bastante reelaborada en su versión romance, [XLVIII, 33]: "En la cosa comuna que entre dos hòmens és, negun dels senyors per dret de servitut, ço és que digue que ell haje aytal servitut en aquela cosa, que pusque atorgar a altre servitut sobre aquela cosa que és comuna, contra volentat de son companyó per dret no ó pot fer; ni algú dels companyons no pot vedar a altre, per rahó que digue que ell ha servitut en aquela cosa, que ell no façe res en aquela cosa comuna sens volentat sua, per ço car en la sua cosa negú per dret no pot haver servitut". Las *Costums de Tortosa*, por su parte, se limitan a enunciar dicho principio sin incorporar su justificación, [III, XI, XXVI]: "En cosa comuna que sia de dos o de pus, a força de sos companyons negun dels altres no pot ne deu metre ne posar alguna servitut".

[407] *Partidas*, [III, XXXI, X]: "Como todos los Señores de los edificios, e de las heredades deuen otorgar la seruidumbre: Los señores de los edificios, o delas heredades pueden poner cada vno de ellos seruidumbre a su edificio, o a su heredad. Pero si muchos fueren señores de vn edificio, o de vna heredad, a que quieran poner seruidumbre, todos la deuen otorgar quando la ponen. E si por auentura la otorgasen algunos e non todos, aquellos que la pusiessen non la pueden despues contrastar, que la non aya aquel aquien la otorgaron. Mas los otros, que la non quisieron otorgar, bien la pueden contradezir cada uno de ellos, tambien por la su parte, como por la de los otros que la non otorgaron. Ca ninguno de los otros non es obligado a la seruidumbre por el otorgamiento de los otros, nin les empesce. Pero si despues desso la quisiessen otorgar, e consentir aquellos que la contradizen valdría, también como si la ouiessen de primero otorgado todos de sovno". A pesar de esta prohibición, la doctrina mayoritaria del *ius commune* entenderá que el compromiso realizado por un único copropietario no transmite el derecho real, pero sí que da lugar al nacimiento de un lazo de naturaleza personal entre el concedente y el adquirente, por lo que no carece de eficacia y validez, aunque éstas se hallen en una especie de situación de pendencia. Del mismo modo que, amparándose en su admisión excepcional en D. 8.3.11 y D. 8.4.18, frente a la exigencia general de la simultaneidad del acto constitutivo, se aceptaba la consolidación definitiva de la servidumbre por acumulación de actos sucesivos favorables de los copropietarios. Acerca de los planteamientos legales y doctrinales sobre esta cuestión, véase: M. L. Zahino Ruiz, *La constitución de servidumbre voluntaria sobre fundo indiviso en el Código civil español*, Madrid, ER, 2002, pp. 25-39 y 54-58.

[408] En la versión latina de los *Furs de Valencia*, [XLVII, 11]: "Unus ex dominis communium aedium servitutem imponere non potest", se rescata con total exactitud el escueto pero contundente enunciado de D. 8.1.2., que también sirve de inspiración, con redacción todavía más didác-

do edificar en el suelo común, con independencia de que cuenten con la aquiescencia del vecino, la cual, en todo caso, será ineficaz frente a la falta de consentimiento del otro o los otros condueños[409]. Se antoja coherente, además, que si la servidumbre no se concibe en favor o a cargo de una cuota de propiedad del predio, tampoco se admita su extinción parcial, como así se confirma en estos dos textos normativos que estamos manejando, cuando niegan el agotamiento por confusión de este gravamen por el hecho de que uno de los propietarios implicados adquiriese una porción del fundo sirviente o del dominante, aunque, lógicamente, únicamente subsistirá respecto a la parte que permaneciese fuera de su señorío[410].

Entrando ya en la parcela de sus modos de constitución, hemos visto como, a menudo, tanto en los fueros municipales como en otros textos ya romanizados como los *Furs de Valencia* y las *Costums de Tortosa*, algunas servidumbres y limitaciones de dominio son impuestas con carácter forzoso a los titulares de los fundos afectados. No obstante, también hemos encontrado en fueros como los de Jaca, la Novenera, Viguera y Val de Funes, Coria,

---

tica, a su versión romance, [XLVIII, 11]: "Si seran dos senyors de unes cases comunes, la un d'aquels no pot posar servitut sens volentat de l'altre en aqueles cases qui seran comunes". Igualmente, se recoge en *Costums de Tortosa*, [III, XI, VI]: "(2) Item, ne seruitut la vn contra volentat del altre no y pot posar ne deu, e si o fa, ya no val re, ne mou al altre".

[409] También en este caso la redacción de D. 8.2.27.1 pasa íntegra a la versión latina de los *Furs de Valencia*, [XLVII, 7]: "Si in area communi hedificare velis, socius prohibendi ius habeat, quamvis tu hedifficans ius habeas a vicino concessum; quia invito socio, in re communi non habes ius edificandi", a la que también se aproximan las *Costums de Tortosa*, [III, XI, 6]: "(1) Plaça que sia de dos o de pus, si la vn dels companyons hi vol edificar cases e láltre li veda que no o faça, edificar no y pot ne deu fer re; car en cosa comuna a força del companyo l'altre edificar no y pot, ne deu fer neguna cosa". Más explícita es, sin embargo, la versión romance de los *Furs*, que acercando más la cuestión al ámbito de las servidumbres, alude al derecho que asiste al tercero que accede a la construcción de prohibir que ésta se realice, [XLVIII, 7]: "Si dos companyons hauran una era o un pati ensemps cominalmente e un altre qui serà vehí d'aquela era o d'aquell pati, lo qual havie servitut en aquela era o en aquel pati, ço és, que negú no y pogués hedificar ni obrar, e aquel vehí atorgarà a un d'aquels companyons que pogués en aquela era o en aquel pati hedificar, l'altre companyó, vedan a aquel a qui és atorgat que y hedificàs, no y pot hedificar ni obrar".

[410] Esta imposibilidad se predicaba ya en D. 8.1.8.1 y en D. 8.2.30.1, que es el texto que, con pocas variaciones, pasa a la versión latina de los *Furs de Valencia*, [XLVII, 35]: "Si partem predii nactus sim, quod mihi aut cui ego serviam, non confundi servitutem placet, quia per parte servitus retinetur. Itaque, si predia mea prediis tuis serviant et tuorum partem mihi et ego partem meorum tibi tradidero, manebit servitus quoad partem alii remanentem". Análoga orientación presentan su versión romance, [XLVIII, 35]: "Si alcú ha servitut en heredat d'altre, e d'aquela heretat comprarà o per altra rahó guanyara una partida, que no perde aquell qui haurà guanyada o comprada aquela part la servitut que havie en aquela heretat, ans li romanga la servitut en aytant quan és la part qui roman a aquel de qui la haurà haüda. [.] Aquest fur declarà e romançà lo senyor rey", y las *Costums de Tortosa*, [III, XI, XXVIII]: "Si les mies cases o les mies honors deuen seruitut a les cases o honors de mon vey, et yo, d'ell d'aqueles cases o honors compre vna partida, gran o poca, o ell compre de mi, mas no toc la seruitut que dabans hi era, roman entrega e sancera, e's deu axi como dabans se deuia".

Cáceres y Usagre, como en algunos supuestos, especialmente vinculados al reconocimiento de derechos de paso, se alude expresamente a la posibilidad de un nacimiento pactado entre los implicados, que podemos presumir previamente viable en la totalidad de los casos en los que, intentando salvar, precisamente, la eventual concurrencia de situaciones de falta de acuerdo, se anticipa su previsión legal. De igual modo que, en relación con este mismo y con otros tipos de servidumbre, hemos descubierto en repetidas ocasiones, y tanto en el derecho castellano como en el catalán o el valenciano, la intervención de jueces, alcaldes o vegueres o, incluso, de otros vecinos de la localidad en la determinación del establecimiento de la servidumbre o bien de la forma o del lugar concreto de su ejercicio.

Al margen de estas constataciones empíricas, la única formulación teórica con la que contamos acerca de las formas admitidas de adquisición de las servidumbres es la contenida en las Partidas, que enumera tres modalidades: mediante pacto *inter vivos*, oneroso o gratuito, por testamento, o por el transcurso del tiempo[411]. Una relación claramente inspirada en las concepciones jurídicas romanas, pero que todavía no aparece teñida de las influencias de los glosadores y comentaristas, como lo prueba el que se ignore la variante conocida como servidumbre tácita, de signo aparente o por destinación del padre de familia, según algunos autores ya apuntada en la legislación justinianea, y a la que los doctores del *ius commune*, sus verdaderos artífices, dedicarán un muy amplio tratamiento[412].

No habiendo detectado en las fuentes manejadas alusión otra alguna a la configuración de servidumbres mediante una disposición de última voluntad,

---

[411] *Partidas*, [III, XXXI, XIV]: "En quantas maneras puede ser puesta la seruidumbre en las cosas: Todas las seruidumbres de que fablamos en las leyes deste titulo, que deuen las vnas cosas a las otras, e los vnos edificios a los otros pueden ser puestas en alguna destas tres maneras. La primera es, por otorgamiento, que fazen aquellos cuyas son las cosas otorgando de su voluntad seruidumbre en ellas a otros por fazer les amor, o por precio, que reciben dellos. La segunda es, la que fazen los omes en sus testamentos, assi como quando dize: quiero que la casa de fulan aya tal servidumbre en esta mi casa, que nunca sea mas alçada de lo que es agora, o que pueda meter vigas en las paredes della, o otorgandole otra seruidumbre semejante desta que y oviesse, assi como si otorgasse a alguno, que oviesse carrera en su heredad para entrar e salir, o traer agua por ella, para regar la suya, o en otra manera semejante destas. Las tercera es: quando ganan los omes seruidumbres en casas, o en heredamientos, por vso de su tiempo, assi como adelante diremos".

[412] Acerca de esta forma peculiar de servidumbre, que sí encuentra acomodo en el derecho consuetudinario de ciertas regiones francesas, y por contagio suyo, ya en la época moderna, tambien en Cataluña, interesa: J. Bonet Correa, "La constitución tácita de las servidumbres en el derecho común", en *AHDE*, 37 (1967), 531-551. También pueden consultarse, C. Cuadrado Pérez, *Constitución de servidumbre por signo aparente*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil, 2007, pp. 27-45, y A. López Pedrera, «Constitución de servidumbres por destinación del padre de familia: antecedentes del artículo 541 del Código civil español», en *Estudios de derecho romano en memoria de Benito Mª Reimundo Yanes,* Burgos, Universidad de Burgos, 2000, 517-531.

las propias Partidas contienen otra mención indirecta a la primera de tales vías de constitución, al amparar la posibilidad de acompañar la compraventa de una casa, un edificio o una heredad con un acuerdo de creación de una servidumbre en favor de otro predio perteneciente al vendedor o a cualquier otra persona[413]. Esta suerte de *deductio servitutis* adscrita a la enajenación bajo precio de un fundo encuentra también hueco en los *Furs de Valencia*, a través de un fuero que se para a resolver el concreto supuesto de que, teniendo alguien dos casas, vendiese una de ellas con reserva de servidumbre, sin que esta circunstancia se vuelva a mencionar después en el momento de la entrega, aclarándose, al respecto, que, en este caso, se entenderá que el gravamen sigue recayendo sobre aquella casa en la que se materializó el objeto de la operación[414]. Los pactos y estipulaciones los hemos visto presentes, también, en diversos pasajes de las *Ordinaciones de Sanctacilia*, cuando se requiere la existencia de un previo convenio escrito para la adquisición de algunas particulares servidumbres de luces y vistas.

Por lo que se refiere a la constitución de servidumbres por el transcurso del tiempo, sabemos que en el derecho clásico, y hasta que la *Lex Scribonia* lo prohibió, se admitía la usucapión de las cuatro rústicas primitivas por su ejercicio continuado durante dos años. Asimismo, que, posteriormente, se aceptará su consolidación por su disfrute desde una fecha inmemorial, *vetustas*, posiblemente sin sometimiento a los requisitos de una causa justa o de un plazo determinado. Y que, finalmente, con Justiniano se había reconocido la validez de la prescripción adquisitiva ajustada a los plazos vigentes en materia de inmuebles, es decir, por la posesión de diez años entre presentes y de veinte años entre ausentes[415]. Hemos subrayado también como la prescrip-

---

[413] *Partidas*, [III, XXXI, XI]: "(…) Otrosi dezimos, que comprando vn ome de otro casa, o otro edificio, o alguna heredad, si el comprador o el vendedor se auinieren, que aquella cosa que compra, que sirva en alguna manera a otra casa, o edificio, o heredad, que sea de aquel que la vende, o de otro qualquier, sital seruidumbre como esta otorga el comprador, maguer la cosa que compra non sea aun passada a su poder, vale tambien, como si la otorgasse en otra cosa, qualquier suya, de que fuesse ya señor e tenedor". Señala F. L. Pacheco Caballero, *Fueros y Partidas* (n. 173), p. 303, que la finalidad de este párrafo estriba en subrayar la validez de esta forma de constitución, a pesar de que todavía no se haya producido el traspaso efectivo del dominio, lo que anula la posible objeción de que se está constituyendo una servidumbre sobre la cosa propia.

[414] *Furs de Valencia*. Versión latina, [XLVII, 36]: "Si binarum edium dominus dixisset eas, quas vendet, servas fore, sed in traditione non fecisset mentionem servitutis, intelligatur illam domum vendidisse cum illa servitute quam imposuit tempore venditionis. Hunc forum declaravir dominus rex". Esta precisión recibe un más nítido enunciado en la versión romance, [XLVIII, 36]: "(1) Si alcun senyor de dos alberchs vendrà la un d'aquels e la venda dirà: "Aquel alberch te ven que y haja servitut"; e puys en lo liurament de l'alberch no fa menció d'aquela servitut, sia entés que aquel alberch sia venut ab la servitut la qual li posà el començament". Es evidente la conexión de este fuero con D. 8.2.35.

[415] Sobre la adquisición de servidumbres por efecto del tiempo en el derecho romano, véase, C. Lázaro Guillamón, *La adquisición de las servidumbres por el transcurso del tiempo. Derecho romano, derecho germánico, tradición romanística y Furs de Valencia*, Castellón, Universitat Jaume I, 2002, pp. 29-123.

ción corta de un año y un día está presente en un amplísimo número de fueros municipales, aunque directamente ligada a este ámbito solamente la hemos visto tangencialmente mencionada, para negar, además, su vigencia, en el Fuero de Soria[416], y, eso sí, repetidamente invocada en las redacciones castellanas de derecho territorial, en relación con la obtención tanto de derechos de paso de aguas para el riego, como de apertura de vanos de un tamaño superior al permitido, y de tendido de canales de desagüe o de vertido de aguas pluviales sobre el tejado vecino. A pesar de que la farragosa redacción del capítulo en el que se establece genera dudas, este mismo plazo de un año y un día parece regir en el Fuero Viejo de Vizcaya a efectos tanto adquisitivos como extintivos[417]. Aunque mucho más dudosa es, todavía, la supuesta aplicabilidad a las servidumbres de la *longi temporis prescriptio* de cuarenta años "sin mala voz", incorporada en el fuero navarro de Viguera y Val de Funes y en el propio Fuero General de Navarra[418].

La usucapibilidad de las servidumbres es, igualmente, contemplada en la legislación alfonsina: en el Espéculo, por el transcurso de treinta años de uso, con alusión expresa a las de paso, de saca de agua y de desagüe[419], y en las Partidas bajo reglas ya muy precisas, que alcanzarán una gran perdurabilidad en el derecho castellano. Así, la adquisición por prescripción se somete a una

---

[416] *Fuero de Soria*, [475]. Véase nota 276.

[417] Se trata del extenso capítulo 178, que no reproduciré. Sobre esta cuestión, G. Celaya Ibarra, «Ley sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXVI, Madrid, 1977, pp. 555-556.

[418] *Fuero de Viguera y Val de Funes*, [241]: "Clamo sobre tenencia: Todo omne que's clamare d'otro sobre fiança fecha de tenencia d'aynno e dia sobre alguna heredat, et despues por juyzio le probasse su tenencia e de sus anteccessores de XL aynos sin mala voz, non respondrá al querelloso de la heredat con carta o sin carta e haber l'a pora siempre". *Fuero General de Navarra*, [II, IV, I]: "Todo hombre que tiene XL aynos heredat sen mala voz, et el demandador entrando et sayllendo en el regno de Navarra, el que la tiene non sea tenido de responder á ninguno por ninguna razón". Sostiene esta vigencia en tema de servidumbres F. J. Fernández Urzainqui, «Las servidumbres en Derecho navarro», en A. L. Rebolledo Varela (Coord.), *Tratado de servidumbres*, 2ª ed. Pamplona, Thompson, 2007, 1413-1565, pp. 1500 y 1506.

[419] *Leyes de Alfonso X*, I, *Especulo*. Edición y análisis crítico por G. Martínez Díez con la colaboración de J. M. Ruiz Asensio, C. Hernández Alonso, Ávila, Fundación Sánchez Albornoz, 1985, [V, V, IV]: "Vso de luengo tiempo ffaze a los omnes ganar algunos derechos en las cosas agenas ayudando e sseruiéndose dellas assí commo aquí mostraremos. Esto sse entiende en esta manera, commo ssi algunos ffeziesen carreras por heredades aienas por o ffuesen a las ssuyas e en las ssazones que las heredades labran o cogen los ffructos andudiessen por ellas, e esto vsassen de ffazer por XXX annos e los ssennores de aquellas heredades quisssiesen demandar o deffender que non pasasen después por aquellos logares sobredichos, dezimos que non lo puede ffazer ca este tiempo que dixiemos gelo tuelle. Otrossí dezimos que ssi algunos se ssiruen de algunas aguas para molinos o para rregar huertas o miesses o linares o otras heredades de qual manera quier que ssean vsando esto por tanto tiempo commo de ssuso dixiemos, que gana derecho en ello por que dally adelante non gelo pueden toller. Esso missmo dezimos de las luuias que caen de vnos teiados en otros e pasan de vnas casas en otras, que sse gana por tanto tiempo commo de ssuso dixiemos para non poder despues sser contrallados.

diversidad de plazos, dependiendo de la clase de servidumbre de la que se trate, dentro de la novedosa tipología que este cuerpo normativo incorpora[420]. Para las continuas, es decir, aquellas de las que su titular se beneficia cotidianamente sin necesidad de efectuar obra o tarea alguna, se exige la posesión decenal en los casos en los que el dueño del fundo sirviente estuviese presente en el lugar y la aceptase conscientemente sin plantear contradicción, y la de veinte años cuando se hallase ausente, exigiéndose, además, en ambas situaciones que exista buena fe y que el disfrute de este derecho no se hubiese obtenido por la fuerza o mediante ruegos. Mientras que para las discontinuas, esto es, aquellas que son ejercidas ocasionalmente o por intervalos de tiempo, y demandantes de una actuación directa de aquél a quien favorecen, se requiere la prescripción inmemorial[421], determinada porque «las ovieron tanto tiempo de que non se puedan acordar los omes quanto ha que lo començaron a usar»[422]. Categorías a las que las diversas servidumbres no se adscriben de forma automática, como lo prueba, por ejemplo, el que la de acueducto se considere de uno u otro tipo en función de que el agua dis-

[420] El nacimiento de la exitosa distinción entre servidumbres continuas y discontinuas es obra de los glosadores y los comentaristas, con particular protagonismo de Bartolo, posiblemente a partir de algunos textos procedentes del período clásico romano, como D. 8.6.7, referido a la extinción de las servidumbres, D. 8.1.14, centrado ya en el tema de su usucapión, y D. 8.2.28, relativo a la necesidad de causa perpetua y natural para la existencia de ciertas servidumbres rústicas, especialmente la de acueducto. Véase, G. Cerdeira Bravo de Mansilla, *Usucapión de servidumbres* (n. 198), pp. 34-41.

[421] Con ello, las Partidas se adscriben a la concepción romana del tiempo inmemorial como modo legítimo de adquisición, frente a la idea germánica de que solamente actúa como mera presunción de justo título. J. M. Busto Lago, *La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso*, Madrid, Edersa, 2000, pp. 162-169.

[422] *Partidas*, [III, XXXI, XV]: "Por quanto tiempo puede ome ganar la seruidumbre que ha en las cosas agenas: De tal natura seyendo la seruidumbre que fiziesse seruicio a otri cotidianamente sin obra de aquel que la recibe, assi como si fuesse aguaducho que corriesse de fuente que nasciesse en campo de alguno o otra semejante della: si el vezino se sirve desta agua regando su heredad diez años estando su dueño en la tierra e non lo contradiziendo o veynte seyendo fuera della: e esto fiziese a buena fe cuydando que auia derecho de lo fazer e non por fuerça nin por ruego que ouiesse fecho al dueño de la fuente o del campo por do passaua, ganaria por este tiempo tal servidumbre. Esto mismo sería si alguno ouiesse viga metida en pared de su vezino o abriesse finiestra en ella por do entrasse lumbre a sus casas, o le contrallasse que non alçase su casa porque non le tollesse la lumbre, o si touiesse las a las de sus casas sobre el techo de su vezino: demanera que cayesse y el agua de la lluuia, ca en qualquier destas servidumbres, o otras semejantes dellas, de que ome se aprouechasse sin obra de cada dia se podria ganar por tanto tiempo, e en aquella manera que de suso diximos del aguaducho. Mas las otras seruidumbres de que se ayudan los omes para aprouechar, e labrar sus heredades, e sus edificios, que non vsan dellas cada dia; mas a las vezes, e con fecho, assi como senda, o carrera, o via que ouiesse en heredad de su vezino: o en agua que viniesse una vez en la semana, o en el mes, o en el año, e non cada dia tales seruidumbres como estas, e las otras semejane dellas non se podrian ganar por el tiempo sobre dicho, ante dezimos, que quien las quisiere auer por esta razon ha menester que aya vsado dellas, ellos, o aquellos de quien las ouieron tanto tiempo de que non se puedan acordar los omes quanto ha que lo començaron a vsar".

curra cada día, o una vez a la semana, al mes o al año. Esta importante ley será objeto de una intensa atención por parte de la doctrina posterior, que vendrá a coincidir en interpretar que tanto en una como en otra modalidad es precisa la concurrencia de una posesión pacífica, pública, ininterrumpida y de buena fe por parte del prescribiente, y conocimiento y paciencia, a falta de otro título, por parte del perjudicado[423].

De la distinción entre servidumbres continuas y discontinuas consagrada en las Partidas no encontramos reflejo alguno en los *Furs de Valencia*. Y, aunque es cierto que se sanciona la consolidación del derecho a sacar o conducir agua por el fundo vecino por el uso persistente durante diez años con la *scientia*, la *patientia*[424] y la ausencia de oposición de su propietario[425] —lo que tomado en sentido inverso, ha hecho pensar en la presencia de una suerte de acción negatoria[426]—, falta toda alusión a la duplicación de ese plazo entre los ausentes, debiendo tenerse en cuenta, además, que el plazo ordinario que rige para los inmuebles es el trienal. La adquisición y retención por la posesión mantenida durante un decenio de ciertas servidumbres caracterizadas por su localización en las edificaciones es también reconocida respecto a las de goteo, apoyo de viga, luces y vistas y otras similares[427],

---

[423] G. Cerdeira Bravo de Mansilla, *Usucapión de servidumbres* (n. 198), p. 14. Una síntesis sobre la usucapión de servidumbres en la doctrina del *ius commune* en H. Coing, *Derecho privado europeo* (n. 87), p. 400-401.

[424] Según, C. Lázaro Guillamón, *La adquisición* (n. 415), p. 191, la inclusión de la necesidad de la concurrencia de estas dos cualidades en el dueño del predio sirviente no debe entenderse como la introducción de dos nuevos requisitos, sino que, probablemente, se presentan como sustitutivas de la falta de un título suficiente.

[425] *Furs de Valencia*. Versión latina, [XLVII, 20]: "Per fundum vicini sui si quis ad fundum suum iverit vel aquam duxerit continue per X annos, vicino sciente vel partiente et non contradicente, non possit a vicino postea prohiberi uti servitutibus supradictis". Versión romance, [XLVIII, 20]: "Si alcú irà per lo camp de son vehì al seu camp o menarà aygua contínuament per X ayns, sabén e soffrén aquell vehí e no contradién, no li pusque ésser vedat per son vehí d'aqui enant que no ús d'aquella servitut de la qual haurà usat per X anys".

[426] Así lo ha sugerido C. Lázaro Gillamón, *La acción negatoria* (n. 160), pp. 135-153, a partir de la posibilidad de prohibir el ejercicio de hecho de una servidumbre, a los efectos de impedir su prescripción adquisitiva, que parece enunciarse en [XLVII, 20].

[427] Aunque no ofrece correspodencia exacta con ningún pasaje concreto del derecho justinianeo, como señala F. L. Pacheco Caballero, *Derecho valenciano* (n. 199), p. 413, este fuero responde claramente a la regla recogida en D. 2.2.20 pr., acerca de la retención por la posesión de las servidumbres radicadas a lo edificado. *Furs de Valencia*, versión latina, [XLVII, 10]: "Si vicinus utendo per decennium consecutus fuerit aliquam servitutem stillicidii vel tigni inmittendi vel per fenestras vel foramina lumina, recipiendi vel cuiuslibet alterius servitutis, et postea stillicidium averterit a donno vicini sui vel tignum exemerit vel lumina clauserit, non poterit postea reintegrare sibi servitutem, cum domus vicini semel adempta fuerit a possesione preterite servitutis. Sed si antequam spatio X annorum acquisivisset dictam servitutem, eandem servitutem a vicino emisset vel ei donationis titulo concessa fuisset vel in testamento legata, posset servitutem preteritam in statum pristinum restaurare". Más explicita sobre el contenido de estas servidumbres es la versión romance, [XLVIII, 10]: "Si alcun vehí, usan per X anys, haurà conseguida e guanyada alcuna ser

siendo la que afecta a las eras la única en la que expresamente se deniega su aplicabilidad[428]. Es también reseñable, por otro lado, que abandonando la frecuente coincidencia entre estos dos ordenamientos, las *Costums de Tortosa*, que solo admiten las disposiciones de última voluntad y el convenio entre la partes, son contrarias a la inclusión de la prescripción entre las formas constitutivas[429], aunque acaban admitiendo, bajo similares requisitos de uso pacífico y tolerado, el plazo de treinta años para la servidumbre de acueducto[430].

En el régimen general vigente en el resto de Cataluña, con origen en el *Usatge Omnes Causae* y pleno desarrollo en las *Ordinaciones de Sanctacilia* y, en menor medida, en el privilegio *Recognoverunt Proceres*, tal como hemos ido viendo a través del análisis de las diversas clases de servidumbres, rige como regla fundamental ese mismo plazo prescriptivo de treinta años, para el que no se requiere título o buena fe, pero cuya invocación se suprime respecto a las servidumbres de paso, las de plantaciones, con la excepción del olivo, y las de luces y vistas, salvo la de lucerna. Cuestión discutida es, sin embargo, la de si estas exclusiones implican la inviabilidad de la prescripción inmemorial[431].

---

vitut en les cases de son vehí, axi como es servitut d'estel.licidi, ço és a saber que les aygües sues degoten e cajen en les cases de son vehí, o servitut de metre cabirons o bigues en la paret de son vehí, o de reebre lum per les finestres que seran envés les cases de son vehí, o d'altra servitut, e puys de la casa d'aquel vehí serà gitat aquel stel.licidi, ço és haje mudat o gitat en altre loch lo decorriment o degotament d'aqueles aygues que cajen en altre loch, o haurà treytes o departides aqueles bigues o aquells cabirons de la paret o de les cases de son vehí, o haurà tancades les finestres on reebia lum, pus que açò haurà feyt no porà pus reentregrar ni recobrar la servitut sobredita e que havie en les cases de son vehí, per ço car aqueles cases de son vehí seran treytes e deliurades una vegada de la possesió de la passada servitut. Mas si primerament que les hagués tengudes per teneó de X anys, compre aquela servitut sobredita de son vehí, o li fo atorgada per rahó de donatió o lexada en testamente, ladonchs pot la passada servitut en l'estament primer en què era recobrar e restaurar".

[428] *Furs de Valencia*. Versión latina, [XLVII, 8]: "Si aliquis in area tua ius non habet, per quantumcumque temporis ea usus sit, non preiudicet domino aree". Versión romance, [XLVIII, 8]: "Si alcú en la tua era no ha dret, per quant que temps aquel usarà o emprarà aquela era, no nou a tu qui és senyor d'aquela era".

[429] *Costums de Tortosa*, [III, XI, V]: "(4) Aylo meteyx s'es algu fa versar aygues de son alberc o de son terrat en plaça d'altre, o y obra portal e y faça portes, ja sia ço que per lonc temps aço vs ne faça, no y ha ne y pot auer possessio, ne l'an guaayna, ne ulla servitut. Car seruitut en null loc no es, si doncs establida no y es, axí como desus es dit".

[430] *Costums de Tortosa*, [III, XI, XVI]: "Ja sia ço seruitut nuyl homm no pusca auer ne dege esser, si doncs establides no son, es a saber, que si algu passa per XXX ans per camp o per honor d'algu o'n men sa aygua per regar son camp o sa honor, ell o sa companya pacificament e sens contrast d'altre, lo senyor d'aquel camp o honor, saben consistent e no contrastant ne embargant, apres de XXX ans passats, no li pot vedar ne contrastar que no y aja seruitut, e d'aquí enant que sens contrast que non pusca vsar". El plazo de treinta años lo vincula F. L. Pacheco Caballero, *Derecho valenciano* (n. 199), p. 412, al cómputo teodosiano, lo que choca con la vinculación de este plazo por J. Pella y Forgas, *Tratado* (n. 198), p. 124, a la tradición goda, después generalizada en Cataluña.

[431] La vigencia de esta forma de prescripción ha sida negada por M. Casals Colldecárrera, *El derecho real de servidumbres según los principios del Derecho foral de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 1941, pp. 30 y 37. A pesar de recoger las dudas manifestadas al respecto por otros autores, J. Pella y Forgas, *Tratado* (n. 198), pp. 123-124, no se pronuncia claramente sobre este extremo.

En Aragón, las reglas contenidas en las Observancias, bajo la rúbrica rotulada «De prescriptionibus», concuerdan, en líneas generales, con las adoptadas en las Partidas, al admitirse la usucapión de todas las clases de servidumbre y establecerse distinciones en los plazos en relación con su carácter continuo o discontinuo. Así, las primeras, entre las que se incluyen la servidumbre de paso y la de acueducto, se adquieren por la posesión durante diez años entre los presentes o de veinte años entre los ausentes, contándose este tiempo desde el día en el que empiezan a ejercerse, y añadiéndose como requisitos el conocimiento y la paciencia del dueño del predio sirviente, pero sin exigencia de justo título, ni alusión, en contraste con las Partidas, a la buena fe[432]. E iguales criterios rigen para las discontinuas, entre las que se incluyen expresamente las de leñas, pastos y abrevadero, siempre que se apoyen en la existencia de un título, pues en su defecto únicamente las será de aplicación la prescripción inmemorial[433].

La orfandad de noticias acerca de las causas de extinción de las servidumbres que nos deparan los fueros municipales nos conduce a presumir la eficacia general de las admitidas en las Partidas. En primer lugar, se agotan por el no uso, que en el caso de las servidumbres urbanas, las que pertenecen a los edificios, entre las que se mencionan la de apoyo de viga y la de luces, se consuma a los diez años entre los presentes y a los veinte años entre los ausentes, si bien para su pérdida también se precisa la realización de buena fe por parte del dueño del fundo sirviente de actos contrarios a su permanencia, que no sean contestados por su titular. Mientras que en las servidumbres rústicas se distingue entre las continuas, que se disfrutan permanentemente sin necesidad de una actuación específica por parte de quien las utiliza, y que mueren por prescripción inmemorial, y las discontinuas, que lo hacen por el transcurso de veinte años, tanto entre los presentes como entre los ausentes[434]. Respecto a la

---

[432] *Fueros, observancias y actos de corte del reino de Aragón*, Libro II, *De praescriptionibus*, [7]: "Praescriptio in servitutibus in praediis alienis: ut in riguo vel carreria habet locum inter praesentes per decem annos, si possiderint pacificè, vidente et sciente petitore; inter absentes per viginti annos."

[433] *Fueros, observancias y actos de corte del reino de Aragón*, Libro II, *De praescriptionibus*, [9]: "Item ius lignandi, pascendi ey adaquandi potest praescribi sine titolo, à tanto tempore citrà quod memoria hominum in contrarium non existat".

[434] *Partidas*, [III, XXXI, XVI]: "Por quanto tiempo pierde ome la seruidumbre non vsando della el o otri por el: Pereza auiendo los omes en no querer ellos vsar, nin otri en nome dellos delas seruidumbres que ouiessen ganadas pueden las perder por ende. Pero departimiento ha enesto entre aquellas que pertenescen a los edificios, e las otras que pertenescen a las heredades. Ca si alguno ouiere seruidumbre en casa de otro, que pueda tener viga metida en su pared: o auer finiestra en ella, por do entre la lumbre a su casa tal seruidumbre como esta, o otra semejante della, se puede perder por diez años, non vsando della aquel a quien pertenesce estando en la tierra, o veynte seyendo defuera. E esto se entiende si aquel que deuia la seruidumbre tirasse la viga desu pared o cerrasse la finiestra por do entraua la lumbre, o embargasse la seruidumbre en otra manera abue-

propiedad común, en tanto que ésta pertenezca indivisa basta el ejercicio de uno solo de los copropietarios para la subsistencia de la servidumbre, pero una vez dividida, su no aprovechamiento por cada uno da pie a la aplicación a su porción de los plazos señalados[435]. También se pierde por la renuncia del titular del fundo dominante, o la de todos los comuneros, cuando se trate de un predio indiviso, y ya sea hecha de forma expresa o mediante el consentimiento de actos vulneradores de su contenido a cargo del dueño del predio sirviente[436]. Por último, asimismo tiene efectos extintivos la confusión o convergencia en la misma persona de la propiedad de ambos fundos implicados, en virtud, por ejemplo, de un negocio jurídico, no renaciendo aunque alguno de ellos sea luego enajenado, a menos que la servidumbre vuelva a constituirse[437].

De las tres formas extintivas previstas en las Partidas, ni en los *Furs de Valencia* ni en las *Costums de Tortosa* aparece referencia alguna a la renuncia voluntaria, pero sí a la desaparición de las servidumbres provocada por la confusión de la titularidad de los dos fundos en su virtud vinculados[438]. Los

---

na fe creyendo que auia derecho de lo fazer. Ca si el non embargasse assi la seruidumbre, maguer el otro non vsasse della, en este tiempo sobredicho non la perderia por ende. Mas las seruidumbres, que han los omes en los heredamientos, o en los otros lugares, si son de tal manera que fiziessen seruicio sin obra de aquel que las recibe, estas atales non se pueden perder: sino desque estuuieren tanto tiempo, que non vsen dellas, que los omes non se puedan ende acordar. E si fuessen de tal natura que vsassen dellas a las vezes, e non cada dia segund diximos en la ley ante desta, pierden se non vsando dellas por tiempo de veynte años quier sea en la tierra quier non aquel aquien pertenescen".

[435] *Partidas*, [III, XXXI, XVIII]: "Como el vno de los compañeros puede ganar la seruidumbre para si vsando della sin su compañero: Comunalmente auiendo algunos omes casa, o heredamiento a quien deuiesse otro edificio, o heredad seruidumbre, si partiessen entresi aquella cosa que ouieren de consuno: e despues el vno dellos vsasse de aquella seruidumbre que auian ante amos, e el otro non vsasse della, por tanto tiempo como diximos en las leyes ante desta, porque pierden los omes las seruidumbres perder la ya porende. E non se podria aprouechar del tiempo que el otro vsara: por que non era su personero: nin vsaua de aquella seruidumbre por el: mas si non partiesen la cosa que era comunal entre ellos en que auian la seruidumbre, bien ternia pro el vso delvno al otro. E esto es porque ante que sea partida la cosa es la seruidumbre vna. E vsando el vn compañero dellas ensaluo fincaua al otro su derecho: mas despues que la cosa parten: no es assi. E porende el que non vsa desu parte, asi como dicho es de suso pierde la".

[436] *Partidas*, [III, XXXI, XVII]: "Como se desata la seruidumbre quando ayunta con aquella cosa a que sirue comprándola alguno dellos: Perder se podrian avn las seruidumbres en dos maneras sin aquellas que de suso diximos. La vna es quitandola el señor de aquella cosa, a quien deuian la seruidumbre si fuere toda suya: mas si a casa, o heredad de muchos deuiessen la seruidumbre, non la puede el vno quitar tan solamente sin otorgamiento de los otros (…)".

[437] *Partidas*, [III, XXXI, XVII]: "(…) La otra manera porque se pierde es esta, asi como quando aquel cuya es la cosa que deue la seruidumbre compra la otra en que la auia ganada. Ca por razon dela compra que se ayunta la vna cosa con la otra en su señorio pierde la seruidumbre. E maguer la enagene despues, o la tenga para si de alli adelante nunca deue ser demandada nin es obligada la cosa que asi es comprada a aquella seruidumbre. Fueras ende, si despues desso fuesse puesta nueuamente".

[438] La versión latina de los *Furs de Valencia*, [XLVII, 34]: "Si quis sedes, que suis edibus servirent, cum emisset traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus, et si rursus vendere vult,

Furs determinan, además, la pérdida de algunas servidumbres urbanas para las que se admite la adquisición por la posesión durante diez años, como resultado de alteraciones sustanciales en su contenido, como pueden ser el cambio de la ubicación del canal de desagüe, el arranque de la viga o el cegamiento de las ventanas, a no ser que antes de expirar el plazo decenal el poseedor comprase al vecino la servidumbre o la recibiese de éste por donación o en testamento[439]. Por otra parte, este ordenamiento permite la sustitución, por acuerdo entre los afectados, del antiguo plazo bienal vigente para la extinción por el no uso de la servidumbre de paso o de cualquier otra, por el más largo de diez años[440]; si bien, cuando esta inactividad fuese debida a causas naturales, como la desecación de una fuente en la servidumbre de acueducto, el derecho, que normalmente hubiese caducado por el transcurso del citado período, cobrará de nuevo vitalidad si desapareciese ese impedimento físico ajeno a la voluntad de quien lo disfrutaba, como, por ejemplo, si el agua volviese a manar[441]. Pero, a pesar de que esta misma regla es recogida

---

nominatim imponenda servitus est, et si rursus vendere vult, nominatim imponenda, servitus est; alioquin libere veneunt", reproduce literalmente la regla general sobre esta figura contenida en D. 8.2.30 pr. Mucho más libre es su redacción romance, [XLVIII, 34]: "Si alcú comprarà alcunes cases en les quals les sues cases hajen servitut, depuys que les haurà comprades, aquela servitut puys no és deguda a aquel qui haurà comprades les cases. E si puys volrrà vendre aqueles cases en les quals les sues cases primerament havient servitut, mester és que nomenadament digue que les sues cases primeres hajen servitut en aqueles cases que ven, axí com de primer la y havien. D'altra manera, si espressament no ó diu, les cases qui seran venudes sien franques d'aquela servitut". *Costums de Tortosa*, [III, XI, XXVII]: "(1) Si les cases de mon vehy deuen servitut a les mies, et yo compre aqueles cases que deuen aquela servitut, axi de continent son franques d'aquela servitut, com si anc no deguessen ne aguessen servitut deguda tantos com a mi son liurades. (2) E si per auentura yo aqueles cases dauant dites, que dabans aquela servitut deuen, a atre ven ne alien, no feyta mencio d'aquela seruitut, que yo aquí la'm retem, es entes et es ver que yo aqueles ven franques e quitis e sens tota servitut que d'aquí enant yo en aqueles no he ne puyx demanar. (3) Aylo meteyx s'est et es ents de totes altres honors et possessions".

[439] Véase nota 427.

[440] La inspiración romana de esta norma la halla F. L. Pacheco Caballero, *Derecho valenciano* (n. 199), p. 414, en C.T. 3.34.14 pr. *Furs de Valencia*. Versión latina, [XLVII, 14]: "Qui pactus est cum vicino suo ut liceat ei per se vel per suos homines per agrum vicini transitum facere iterque habere vel aliquam alienam servitutem habere, non utendo biennio illa servitute non tollitur ideo servitus, nisi X annis cessaverit". Versión romance, [XLVIII, 14]: "Aquel qui féu covinença ab son vehí que ell e sos hómens pusquen pasar e haver carrera per lo camp de son vehí, o que hi haje altra servitut, jasia ço que non pas ne ús d'aquela servitut per II anys, gens per açò no és tolta ni.s pert aquela servitut, si doncs no cessave o no estave per X anys que no usàs d'aquella servitut".

[441] También de raigambre romana (D. 8.3.34.1 y D. 8.3.35): *Furs de Valencia*: Versión latina, [XLVII, 32]: "In fundo vicini alicuius oriebatur fons, de quo fonte accipiebat quis aquam ad rigandum, contigit quod ille fons est desicatus et stetit desicatus per X annos et plus, et sic infra dictum tempus non potuit aquam accipere ad rigandum, et sic ius accipiende aquae videbatur amissum. Tempore procedente, aqua ex fonte fluere cepit et dictus fons est in statum pristinum restitutus; in hoc casu, non amisit ius aque ducende ad rigandum fundum suum, nec amisit servitutem non utendo per tempus supradictum, quia nec, si voluisset, aquam accipere potuisset, que tunc non erat. Idem est qualibet alia servitute sic amissa et postea restaurata". Versión romance,

en las *Costums*[442], este texto se aparta radicalmente del valenciano, y también del derecho justinianeo, al no aceptar nada más que de modo excepcional, para la servidumbre de acueducto, la prescripción adquisitiva de treinta años, y negar categóricamente toda posibilidad de una prescripción extintiva[443].

Particularidad destacable de las *Ordinaciones de Sanctacilia*, subrayada por J. Pella, es, finalmente, que al igual que cuanto mayor gravamen supone soportar una determinada servidumbre más exigentes obstáculos o requisitos se ponen para su constitución, aquellas para las que rigen unos medios relativamente sencillos de adquisición se pierden también con una notable facilidad[444]. Recordemos, al respecto, como la lucerna ganada por posesión de treinta años no puede volver a ser abierta después de haber sido cegada, y como el disfrute de la servidumbre de vertido de aguas pluviales se interrumpe definitivamente si se cambian la estructura o la ubicación de los canales para su transporte[445].

[XLVIII, 32]: "El camp d'alcun vehí naxie font, de la qual font I altre son vehí prenie aygua a rregar, e esdevench-se axí que aquella font s'execà e estec execha per X ayns e més, e axí aquel vehí enfre aquel temps no poch pendre aygua a rregar, e axí ere semblant que agués perdut lo dret que havie de pendre aquella aygua a rregar; puys, a enant de temps l'aygua començà a exir d'aquela font e la dita font tornà en l'estat en què solie ésser de primer. En aquest cas aquell vehí no pert lo dret que havie de menar la aygua al seu camp, no pogre, per ço car no hi ere. Aquela matexa cosa és en tota altra servitut que axí sie perduda e puys sia restaurada".

[442] *Costums de Tortosa*, [III, XI, XXV]: "(1) Si font o pou es en honor d'algu, et aquela font o pou camps o honors d'altres s'es reguen, e s'esdeue per auentura que la font o'l pou seca et esta axi sec por XXX ans o pus, si d'aquí enant, aquel temps passat, lo pou o la font torna en aquel estament que dabans era, que y nasca aygua, aquel qui aquesta seruitut auia de regar son camp o sa honor torna et es en aquel primer estament, com era quan l'aygua torna a secar, que non pert possessio ne en re no's mirua son dret per lo temps d'aquel sacament d'aquela aygua,; car ja fons ço que ell pendre ne regar volgues d'aquela aygua, et dins son cor tingues qu'en prenguera, si n'i agues, no o podia fer, per ço, car gens non exia e no era colpa sua. (2) Aylo meteyx s'es en totes altres servituts que axi son perdudes, e depuyx son restaurades et tomades".

[443] *Costums de Tortosa*, [III, XI, VIII]: "Quam seruitut es establida en aquela cosa, e aquel no la vsara o la volra usar o no pora, tota via qualque temps ell ne vulla vsar o pot fer, sens tot contrast, que nuyl temps per lonc que sia ne vulla prescripcio no li nou ne li pot noure".

[444] J. Pella y Forgas, *Tratado* (n. 198), p. 124.

[445] Véanse notas 371 y 398.

DOCTRINA JURÍDICA CASTELLANA SOBRE EL RÉGIMEN DE SERVIDUMBRES (1480-1640)

Salustiano de Dios
Universidad de Salamanca

1. INTRODUCCIÓN: UNA OJEADA A LA JURISPRUDENCIA CASTELLANA

Lo que pretendo inicialmente en esta ponencia, antes de entrar en alguna hondura doctrinal en el siguiente epígrafe, es dar cuenta somera de los principales escritos de los juristas del pasado castellano acerca de las servidumbres, entendidas como supuestos de derechos en cosa ajena que limitan el dominio directo o propiedad. Eso sí, con una perspectiva temporal amplia, dentro de un largo periodo de tiempo, como es el de 1480 a 1640, o un poco más, que coincide con el mejor momento de la jurisprudencia de la antigua Corona de Castilla, su época clásica, cabría decir, de numerosos y valiosos juristas, civilistas y canonistas, de corrientes y tendencias distintas, que no desmerecía del saber de sus colegas europeos, unos y otros en la senda de lo que conocemos como *Ius Commune*.

Pero debo de confesar de inmediato que es mi primera aproximación sobre el tema propuesto, que además, por cuanto he indagado, apenas dispone de bibliografía, si es que existe algún estudio específico sobre el particular. En los últimos años, Francisco Luis Pacheco Caballero ha publicado un artículo donde analiza la regulación de las servidumbres prediales en las Partidas[1] y María Paz Alonso Romero nos ha dejado unas notas en torno al tra-

[1] En "Fueros y Partidas: algunas páginas más sobre servidumbres", *Initium*, 6 (2001), pp. 296-305, en concreto, para Partidas. Hay que añadir, porque así es de justicia reconocerlo, que el mencionado autor es un especialista en la materia, pues con anterioridad había publicado un libro titulado *Las servidumbres prediales en el derecho histórico español anterior a la recepción del derecho común*, Lleida, 1991, en el cual dedica su parte primera a las servidumbres prediales en el derecho romano, etapa de la que emanan y derivan las futuras construcciones legales y doctrinales surgidas en el ámbito del *Ius Commune*. Que no es su última aportación, según se constatará en este mismo volumen de nuestro VI Encuentro sobre servidumbres y limitaciones de dominio, donde centra su mirada en el territorio de Aragón, tanto en la legislación como en la doctrina de los juristas.

tado de servidumbres de Francisco Ramos del Manzano[2], que es casi todo lo que podemos referir[3]. Un acicate más para el investigador; tarea, desde luego, no le va a faltar[4].

Si de la bibliografía pasamos a las fuentes normativas, otra búsqueda necesaria en los preliminares de cualquier reflexión que se intente sobre institutos jurídicos, quizá también tengamos que mostrar extrañezas, pues la única regulación legal pero completa sobre servidumbres existente en la Corona de Castilla es la de las Partidas, un texto que procede de la segunda mitad del siglo XIII y estuvo en vigor hasta el siglo XIX. Exactamente, por lo que a nosotros toca, tiene lugar en el título 31 de la Partida Tercera, a lo largo de sus veintisiete leyes, si bien el asunto de las servidumbres está presente en otros títulos, sin ir más lejos en el título 32 de la misma Partida Tercera, que versa sobre la obra nueva[5]. Puede sorprender, frente a lo que ocurre con otras numerosas instituciones de derecho, mas lo cierto es que no se incluye un título expreso sobre las servidumbres ni en las Ordenanzas de Montalvo, de 1484, ni en la Nueva Recopilación, de 1567, ni tampoco en la Novísima, de 1805, y hasta en las Leyes de Toro, de 1505, tan trascendentales en materia de dominio, posesión, prescripción, filiación, sucesiones, mayorazgos y régimen matrimonial de bienes, en esta ocasión tan sólo encontramos algunos preceptos que inciden en el usufructo[6].

Desconocemos con exactitud el porqué de esta soledad legislativa, pero quizá quepa explicarla porque si de suyo las Partidas son un compendio del saber jurídico de su tiempo, cimentado sobre la compilación justinianea, el derecho canónico de la iglesia y el ya extenso y valiosísimo entramado jurisprudencial que estaban proporcionando las primeras corrientes del *Ius Com-*

---

[2] "*Ius Commune* y Derecho patrio en la Universidad de Salamanca durante los siglos modernos. Trayectoria docente y métodos de enseñanza de Antonio Pichardo Vinuesa, Juan de Solórzano Pereira, Francisco Ramos del Manzano y José Fernández de Retes", en S. DE DIOS, J. INFANTE, E. TORIJANO (coords.), *El derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX). En memoria de Francisco Tomás y Valiente*, Salamanca, 2004, pp. 125-127 para el punto de las servidumbres en Ramos.

[3] Aunque sea de muy última hora, tampoco dejaré de aludir al trabajo de E. TORIJANO, "El agua como bien privativo (de las Partidas al Código Civil)", en A. MARCOS (coord.), *Agua y sociedad en la época Moderna*, Valladolid, 2009, pp. 73-85, donde la autora hace diversas consideraciones sobre las servidumbres relativas al agua, deteniéndose en la ordenación de Partidas.

[4] Ni modelos tampoco, como los que propone P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992.

[5] Sigo el texto de la Tercera Partida, con la glosa de Gregorio López, por la edición de *Los Códigos Españoles anotados y concordados*, Tomo Tercero, Madrid, 1848. No obstante también tengo a la vista la versión de Montalvo, con su glosa, en edición de Lyón, 1550.

[6] Se trata de las leyes 14 y 48, para ser precisos, que luego pasarían a la Nueva Recopilación. La compilación de las Leyes de Toro aquí contemplada es la que se recoge en *Los Códigos Españoles anotados y concordados*, Tomo Sexto, Madrid, 1849.

mune, en el caso concreto que nos ocupa, el de las servidumbres, a los futuros legisladores les debió parecer suficiente con esta regulación romanista que de su régimen se hacía, por completa sobre todo, y no exenta de cierta sistemática y claridad, lo cual no impidió, por supuesto, estaba en la esencia de la jurisprudencia, los comentarios e interpretaciones doctrinales de los juristas castellanos, que no fallaron a la cita, hasta en forma de tratados. Mas por insistir en las Partidas, para simplemente introducirnos en el tratamiento que dan a la materia de servidumbres, no estará de más apuntar que las leyes al respecto vienen precedidas de un preámbulo justificativo del título en que se encuadran, donde, con arcaísmo romanizante, que afecta a la denominación, se parte de una similitud, o equiparación, entre las servidumbres prediales, que tienen unos edificios sobre otros y una heredades en otras, con las que tienen los señores en sus siervos. Aparte de esto, se justifica en la explicación del título su ubicación sistemática, tras haber hablado con anterioridad, se dice, de cómo las personas podían adquirir y perder la propiedad y posesión en las cosas. Que no era todo, pues los autores de las Partidas avanzan el índice de las cuestiones de que van a tratar a continuación: qué se entiende por servidumbre; cuántas especies hay de ellas; quién las puede establecer, en qué cosas y de qué maneras y, finalmente, cómo se pueden perder una vez puestas[7]. A fe que cumplieron sobradamente con sus propuestas en el transcurso de las sucesivas leyes, lo que no evitaría las precisiones conceptuales y las actualizaciones doctrinales por parte de los jurisperitos, según nos corresponde insistir, que es el objeto de nuestra intervención.

Por lo que hace ya a los jurisconsultos castellanos, lo primero que debemos señalar es que existen multitud de libros suyos donde nos topamos por vías más o menos indirectas con alusiones al mundo de las servidumbres, de sus diversas especies, reales y personales. Así, resultaba casi obligado para los juristas que deliberan sobre la noción de dominio y propiedad, o de posesión, hacerse preguntas en torno a sus relaciones con el usufructo, si éste formaba o no parte del dominio, y fueron legión en la Corona de Castilla, a partir de Montalvo, en el último tercio del siglo XV[8]. Del mismo modo, sin abandonar el ámbito de la noción de dominio, también resultaba exigido el tema en el estudio del significado de los bienes de mayorazgo y otras vinculaciones y amortizaciones, como los bienes de uso común de las ciudades o

[7] El título llevaba este rótulo: *De las servidumbres, que han unas cosas en otras, e como se pueden poner*.

[8] Algunos ejemplos puse de manifiesto en "Representación doctrinal de la propiedad en los juristas de la Corona de Castilla (1480-1640)", en S. DE DIOS, J. INFANTE, R. ROBLEDO, E. TORIJANO, *Historia de la propiedad en España. Siglos XV-XX*, Madrid, 1999, pp. 290-226, en especial.

las cosas de la iglesia, que por su propia naturaleza eran inalienables, y hay que tener en cuenta, según señalaban los jurisprudentes, que al lado de una acepción estricta o rigurosa de enajenación, para los casos que llevaban consigo transmisión de dominio, había otra más amplia, que implicaba cualquier carga o gravamen sobre los bienes, tales como los censos, las hipotecas, las prendas, las servidumbres reales y el usufructo, sin desdeñar la prescripción. Es más, a la hora de deliberar los jurisprudentes castellanos en torno a la naturaleza del mayorazgo, era habitual que se interrogaran acerca de si el mayorazguista, el titular del mayorazgo, se consideraba verdaderamente *dominus* o tan sólo usufructuario o fructuario, dado que no podía disponer libremente de sus bienes, vinculados por el fundador[9]. Claro, que no ocurría cosa distinta en el estricto ámbito de la prescripción, sobre lo que mucho se escribió por parte de los juristas castellanos, y entre sus páginas no faltaron sus precisiones relativas a la prescripción de las servidumbres, algunas muy novedosas en el panorama español y europeo[10]. Aunque sus disquisiciones sobre las servidumbres, con especial repercusión en el usufructo, aparecían en otros temas monográficos, como podían ser los testamentos, o casi monográficos, como los gastos y mejoras que se efectuaban en los bienes[11], o sobre la relevante materia de los censos[12], que podíamos extender a los comentarios y tratados sobre derecho de pastos, por ejemplo, ahora primordialmente, como es obvio, por referencia a las servidumbres prediales o reales[13].

---

[9] De nuevo me referiré a trabajos propios, en concreto del anteriormente citado, "Representación doctrinal", pp. 226-242 y de otro posterior, "Doctrina jurídica castellana sobre adquisición y enajenación de los bienes de las ciudades (1480-1640)", en S. DE DIOS, J. INFANTE, R. ROBLEDO, E. TORIJANO, *Historia de la propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*, Madrid, 2002, pp. 52-79, en particular. Por fortuna, para la institución de mayorazgo disponemos de una espléndida monografía, debida a B. CLAVERO, *Mayorazgo, propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, Madrid, 1974, reeditada en 1989.

[10] Los autores más originales en Castilla en relación con la usucapión y la prescripción fueron Diego de Covarrubias y Juan Yáñez Parladorio, el primero de influencias humanistas, mientras Parladorio, posterior, se movía dentro de corrientes abiertamente neoteóricas. De estos y otros juristas traté en otra ponencia de esta serie de Encuentros sobre la propiedad, "Doctrina jurídica castellana sobre costumbre y prescripción (1480-1640)", en S. DE DIOS, J. INFANTE, R. ROBLEDO, E. TORIJANO, *Historia de la propiedad. Costumbre y prescripción*, Madrid, 2006, pp. 211-281.

[11] Dos autores al respecto fueron muy citados por los juristas que en el siglo XVII discurrieron sobre las servidumbres, me refiero a D. ESPINO DE CÁCERES, *Speculum testamentorum, sive thesaurus universae iurisprudentiae*, Salmanticae, 1587 y J. GARCÍA DE SAAVEDRA (o GALLEGO), *De expensis et meliorationibus Commentarii*. Compluti, 1578.

[12] Acerca de los censos la jurisprudencia castellana produjo varios tratados, pero los dos más famosos fueron el de F. DE SOLÍS, *Commentarii de censibus quatuor libris fere ommem materiam, de censibus complectentes*, Matriti, 1606, así como el de L. VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, *Tractatus de censibus Hispaniae:continens librum unum et centum & undecim quaestiones, in quibus materia census per docte explicatur*, Compluti, 1614.

[13] Aunque fueran pequeñas digresiones, o trataditos, en el conjunto de su obra, fueron elogiadas repetidamente las que hiciese sobre servidumbres de pastos D. DE COVARRUBIAS. En

Que fueron numerosos los jurisconsultos castellanos que deliberaron sobre las servidumbres, más indirecta que directamente, nos cerciora la lectura del amplio y reconocido tratado sobre el usufructo de un graduado en cánones en Salamanca, Juan del Castillo Sotomayor, publicado en 1603, siendo a la sazón catedrático de vísperas de cánones en Alcalá de Henares y ya consumado maestro en el arte de la jurisprudencia, gracias a su dominio de los jurisperitos, foráneos e hispanos, de todas las tendencias, de que hace gala de continuo. Pues bien, de un simple repaso de sus citas de autoridad, que no será exhaustivo, ni va seguir criterios temporales, obtenemos un elenco notable de nombres castellanos, como son los siguientes: Rodrigo Suárez, Juan López de Palacios Rubios, Diego del Castillo, Antonio Gómez, Fernando Gómez Arias, Miguel de Cifuentes, Tello Fernández, Luis Velázquez de Avendaño, Gregorio López, Juan de Orozco, Feliciano de Solís, Diego de Simancas, Luis de Molina, Melchor Peláez de Mieres, Francisco de Avilés, Diego Pérez de Salamanca, Juan de Matienzo, Juan Gutiérrez, Alfonso de Azevedo, Bernardo Díaz de Lugo, Pedro de Dueñas, Diego de Covarrubias, Pedro de Peralta, Antonio de Padilla y Meneses, Marcos (o Burgos) Salón de Paz, Gaspar de Baeza, Pedro Vélez de Guevara, Juan Bautista de Villalobos, Pedro de Tapia Aldana, Manuel Suárez, Diego Espino de Cáceres, Fernando Vázquez de Menchaca, Francisco Sarmiento, Fernando de Mendoza, Antonio de León Coronel, Gonzalo Suárez de Paz, Pedro Cenedo, Antonio de Quesada Pilo, Juan Yáñez Parladorio, Antonio Pichardo Vinuesa, García de Gironda, Juan García de Saavedra (o Gallego), Jerónimo de Cevallos, Diego Rodríguez Alvarado, Alfonso Pérez de Lara, Andrés Angulo, Gonzalo de Ayora, Pedro Salazar o Pedro Plaza de Moraza.

Un listado que es menor en el caso de otra obra *ad hoc*, no tan extensa, el tratado de servidumbres de Francisco Ramos del Manzano, donde con un talante preferentemente humanista y neoteórico se comenta por el autor lo establecido en el Digesto en materia de servidumbres, que había sido objeto de recitación pública por él en 1631 cuando era catedrático de Digesto Viejo en la Universidad de Salamanca. Si no me equivoco, porque puedo haber dejado en el tintero alguna cita, esta es la selección de intérpretes castellanos del derecho que contemplamos en el trabajo de Ramos: Alfonso de Guzmán,

---

concreto, dentro de su *Omnia Opera*, Salmanticae, 1576-1578, interesa *De pascuis, & de iure pascendi, tam lege iuris communis quam ratione servitutis constitutae,* que se encuentra en *Practicarum Quaestionum*, cap. XXXVII, cuyas páginas de disputas jurisprudenciales deben completarse con el capítulo XVII del libro I de sus *Variarum Resolutionum*, dedicado a las décimas eclesiásticas, en especial para las servidumbres los números 10-17 de sumario. A estas fuentes doctrinales del toledano aludí en otro trabajo anterior: "Disputas de Diego de Covarrubias en torno al derecho de pastos", en E. LLAMAS POMBO (Coord.), *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Madrid, 2006, tomo I, pp. 469-500.

Antonio Pichardo Vinuesa, Diego del Castillo, Juan Yáñez Parladorio, Luis de Molina, Juan García de Saavedra, Antonio de Quesada Pilo, Luis Velázquez de Avendaño, Francisco Sarmiento, Juan Gutiérrez, Manuel Suárez de Ribeiro, Juan de Solórzano Pereira, Antonio de Padilla y Meneses, Antonio Gómez, Juan del Castillo Sotomayor, Antonio de León Coronel, Gregorio López, Francisco de Amaya, Diego de Covarrubias, Juan Balboa Mogrevejo, Feliciano de Solís y Melchor de Valencia. De todos ellos, y a larga distancia, es Juan del Castillo Sotomayor el jurista castellano al que más acude Ramos del Manzano en este tratado, lo que no es accidental a la hora de valorar las contribuciones de los autores castellanos en orden a las servidumbres.

Ciertamente, no son pocos los jurisprudentes de la Corona de Castilla aludidos por Castillo de Sotomayor y Ramos del Manzano, y no eran todos los que habían escrito de algún modo acerca de las servidumbres reales y personales, al margen de los que publicaron después de aparecer sus respectivos tratados, en número apreciable todavía. Todo un mundo para la investigación, que excede con mucho de los límites razonables de una ponencia, por lo que he de limitarme aquí a utilizar a las autoridades castellanas que trataron de forma monográfica de las servidumbres, o al menos dedicaron a éstas algún capítulo específico dentro de sus obras, o prestaron mayor atención doctrinal a tales cuestiones, lo que alivia considerablemente la labor, que siempre será deficiente e insatisfactoria, pese al esfuerzo.

Dentro de este memorial más restringido de los autores que se van a manejar, no podemos olvidar la mención de aquellos jurisperitos que se mueven en el entorno de las Partidas, como fue el caso de Alfonso Díaz de Montalvo, de longeva vida y estudios en diversas Universidades, entre ellas la de Salamanca, que proporcionó en el último tercio del siglo XV una nueva versión del texto alfonsino y lo hizo objeto de su glosa, aunque se debe añadir a continuación que sus comentarios en este caso no son demasiado importantes, mermada previsiblemente por la edad su capacidad de trabajo. Grandes diferencias existen entre sus glosas al Fuero Real, de un valor extraordinario en bastantes supuestos, y estas otras a Partidas, más pobres, y en concreto las que hace al título 31 de la Partida Tercera, relativo a las servidumbres, donde prácticamente se reduce el autor a ofrecernos un resumen latino del título y de las sucesivas leyes, las concordancias de éstas con los textos romanos y alguna pequeña glosita de su propia cosecha, con muy pocas citas de autores, itálicos fundamentalmente, procedentes de la glosa y del comentario, sin presencia todavía de ningún jurista castellano[14].

[14] Cito por *Las Siete Partidas del sabio rey D. Alonso el Nono*, Lyon, 1550.

Otro jurista que pulula alrededor de las Partidas fue Hugo de Celso, que no fue castellano más que oportunamente, pero lo suficiente como elaborar un repertorio de leyes castellanas, editado varias veces, una de cuyas voces es la de *servidumbre y servicio*, que no es sino un extracto de lo dispuesto en Partidas, eso sí, muy útil para los juristas de aquel entonces y aun para los de ahora[15].

Asimismo gira en el ámbito de las Partidas Gregorio López, licenciado en leyes por Salamanca, que a mediados del siglo XVI, y edición salmantina, ofreció un nuevo texto de la obra de Alfonso X y elaboró un valioso aparato de glosas, aunque, tal vez, a la luz del conjunto de su obra, cabía esperar más de él en sus glosas a las diferentes leyes del título 31 de la Partida Tercera, el consagrado a las servidumbres. Desde luego, son superiores a las de Montalvo, ya que no se limita a resumir en latín el título y las leyes, sino que se atreve a ir más allá y expresa diversas aclaraciones a pasajes de estas leyes, aumentando también el número de referencias a los autores de la glosa y el comentario, por más que tampoco mencione a ningún jurista castellano en este apartado de las servidumbres, lo cual pudiera resultar ilustrativo de la atención que entre sus colegas había recibido hasta el momento la materia, sobre todo si convenimos en que estamos ante un reconocido jurista del *mos italicus*, como era Gregorio López[16].

Contemporáneo de Gregorio López fue otro consumado jurisconsulto, de gran talla, me refiero a Antonio Gómez, catedrático de Vísperas de Leyes en la Universidad salmantina, uno de los mejores representantes del *mos italicus* en Castilla, quien en su obra *Commentariorum variarumque resolutionum*, publicada en Salamanca en 1555, y en el tomo II, dedica un capítulo, el X, a una materia que llama sutilísima, muy debatida por los juristas antiguos y modernos, a su decir, como era la de la divisibilidad e indivisibilidad de las cosas, que le lleva a hacer unas breves consideraciones sobre la indivisibilidad de las servidumbres, una de las notas que se recalcaban por el común de los autores como propia de las servidumbres, al menos de las reales, la discusión venía dada ante todo por el usufructo, como pone de relieve. Si bien, dentro del mismo tomo II resulta más específico el capítulo XV, dedicado por entero a las servidumbres, de usual manejo por los juristas castellanos posteriores y no menos criticado por los de corte humanista y neoteórico, debido sobre todo a la triple especie de servidumbres que admitía el talaverano:

---

[15] *Repertorio universal de todas las leyes destos Reynos de Castilla*, Medina del Campo, 1553, del que existe una edición reciente con introducción de J. ALVARADO PLANAS, Madrid, 2000.

[16] Sus glosas se mencionarán aquí por la ya referida edición de *Las Siete Partidas del Rey D. Alfonso El Sabio*, en *Códigos españoles anotados y concordados*, Tomo Tercero.

meramente personales, mixtas y meramente reales. En estos capítulos ya comienzan a aparecer nombres de juristas castellanos, como Rodrigo Suárez y Juan de Palacios Rubios[17].

Relevante también cabe considerar a otro catedrático salmantino de Leyes que dedica cierta atención a las servidumbres, Antonio de Padilla y Meneses, discípulo de un buen conocedor del romanismo jurídico y de sus fuentes, Juan de Orozco, y maestro a su vez de Juan Gutiérrez, de vasta obra, pero de carácter más tradicional. Padilla y Meneses, o Meneses, como se le conocía habitualmente, publicó en Salamanca en 1563 un libro que le proporcionó reputación, denominado *In quaedam imperatorum rescripta et nonnulla Iurisconsultorum responsa commentaria*, en el que demostró su dominio del derecho romano y de la jurisprudencia, dentro del cual dedica un apartado a las servidumbres, tomando como punto de partida un título del *Codex* de Justiniano[18].

Condición más monográfica para las servidumbres, al menos en su primera mitad, tiene una publicación de Antonio de León Coronel, graduado en Cánones por Salamanca, quien en 1581 vio editados en esta ciudad unos *Commentaria in titulis de servitutibus, et in titulos de pactis*. Se trata de una obra que pertenece netamente a una corriente jurisprudencial que hacía furor en Europa, la de los neoteóricos, o jurisprudencia culta y elegante, o sutil. Hasta tal punto llega el canónigo de Segovia en su metodología, que en todo su comentario sobre las servidumbres no cita una sola vez a las Partidas, ya que todo su discurso consiste en recrearse con la interpretación doctrinal de diecisiete leyes del Digesto relativas a servidumbres, en las que él algo tenía que decir, al rechazar por ejemplo la distinción entre servidumbres continuas y discontinuas. Son también indicativos de su orientación jurisprudencial diversos sumarios de sus comentarios, titulados por él de forma expresa como elegantes, sutiles o nuevos, mientras sus puntos de referencia como autoridades con las que debate son los Alciato, Connano, Duareno, Corasio o Zasio, amén de los jurisconsultos de la época romana, aunque no deje de mencionar a Bártolo, Baldo, Coepola, o Paolo di Castro, quizá como justificación, tal vez forzada, o interesada, de las preliminares palabras del libro dirigidas al lector, donde dice que va a permanecer en el medio, manifestándose comprensivo con la tarea de Justiniano y Triboniano, por el grado de incultura de su época, postura que sería seguida por otros autores, los de Sa-

[17] Estos son los datos de la obra: *Commentariorum variarumque resolutionum Iuris civilis, communis et regii*, Salmanticae, 1555. Dentro del tomo II, el capítulo X lo titula *De individuis*, ocupándose de las servidumbre en sus números 15 a 19 de sumario, pp. 56v-59r. A su vez, el capítulo XV, monográfico, llevaba este rótulo: *De Servitutibus*, pp. 109r.122r.

[18] Lleva este encabezamiento el mencionado apartado sobre las servidumbres: *In titulum de servitutibus et aqua C. Commentaria* y abarca las páginas 128 a 189 de los referidos comentarios.

lamanca, precisamente, por muy novedosos que se sintieran, ya que nunca llegaron a mantener las posiciones de Hotman al respecto, por lo menos eso decían. Pero en la primera parte de su libro, otro dato de relieve para nosotros, de los juristas castellanos únicamente cita a Antonio Gómez, Diego de Covarrubias y Antonio de Padilla y Meneses[19].

Unos años después comienza a publicar otro jurisprudente, Antonio Pichardo Vinuesa, reiterado opositor a cátedras de derecho civil en Salamanca, de cuya Universidad llegó a ser catedrático de prima de Leyes y cabeza de una fecunda escuela de talante humanista y neoteórico, pero que no llegó a despreciar ni la práctica ni los derechos propios del reino. Entre sus discípulos se encontraron juristas tan prestigiosos como Melchor de Valencia, Juan de Solórzano Pereira y Francisco Ramos del Manzano. Por lo que respecta a la materia de servidumbres, y dentro de la obra principal del segoviano, unos comentarios a los cuatro libros de la *Instituta* de Justiniano, que él prefiere denominar *Institutiones,* se dedica con ahínco y afán de brevedad y orden a tratar de todos los problemas que se planteaban a la luz de los títulos correspondientes del libro II de las Instituciones, del segundo al quinto, exactamente, que reproduce en su literalidad como cabecera antes de proceder a las pertinentes explicaciones. En sus comentarios a la institución de las servidumbres, reales y personales, a todas y cada una de ellas, cita con frecuencia a las Partidas y se sirve de unos cuantos juristas castellanos, al lado de otros foráneos: Pedro de Dueñas, Antonio Gómez, Gregorio López, Diego de Covarrubias, Francisco Sarmiento, Antonio de Padilla y Meneses, Pedro Vélez de Guevara, Juan García de Saavedra, Gonzalo Suárez de Paz, Fernando Hurtado de Mendoza y Juan Yáñez Parladorio[20].

El siguiente autor, al que hemos de acudir por necesidad, es el madrileño Juan del Castillo Sotomayor, de gran renombre, por una obra voluminosa, que en forma de *opera omnia* se edita varias veces en los siglos XVII y XVIII, principalmente en Lyón, cuyo último tomo consiste en un índice elaborado por Nicolás Antonio, estudiante de Salamanca y Alcalá, los rastros académicos de Castillo de Sotomayor. El primer volumen, publicado inicialmente de forma exenta en Alcalá de Henares en 1603, y prontamente reeditado en

---

[19] Esta era la obra: *Commentaria in Titulos ff. de servitutib. & si cert. peta. & in* titul. *C. de pact. & in leges difficiles, C. de Transact.*, Salmanticae, 1581. Los comentarios referentes a las servidumbres se desarrollan desde la página 1 a la 52.

[20] Sigo esta edición de la Obra: *In quatuor institutionum imperatoris Iustiniani libros commentaria*, Vallisoleti, 1630 que es la cuarta edición, aunque se debe precisar, que la primera versión, publicada en Salamanca en 1600, sólo abarcaba los comentarios a los tres primeros libros de la *Instituta*. Una y otra versión, la parcial y la completa, gozaron de varias ediciones, también fuera de España.

varias prensas de fuera de España, es un extenso y valiosísimo tratado sobre el usufructo, la figura más importante de las servidumbres personales, si bien Castillo de Sotomayor, aunque sólo fuera por los contrastes, juega de continuo con las servidumbres reales y las otras personales. Probablemente, como ya se indicó en otro momento, por lo que más sobresale Castillo de Sotomayor es por el dominio de la jurisprudencia del *ius commune*, desde la glosa hasta los más novedosos y neoteóricos, incluidos los originarios de la Corona de Castilla. Él, desde luego, en el ámbito del usufructo y las servidumbres en general, por centrarnos en nuestro campo, no rehuye enfrentarse con ninguna cuestión disputada por los juristas, pero sin temor a la cita de Partidas, Leyes de Toro y Nueva Recopilación, porque no quiere abandonar la práctica cotidiana, hasta el punto que su propia obra la calificaba de cotidianas controversias[21].

Ya el antepenúltimo de la lista es otro jurisperito de altura, Francisco Ramos del Manzano, consumado opositor a cátedras en Salamanca, faceta dada a conocer recientemente y al por menor por Paz Alonso[22]. El salmantino, según se ha dicho líneas arriba, elaboró un tratado sobre servidumbres, un comentario al Digesto, fruto de una lectura pública académica en 1631, aun cuando no conociera la suerte de la imprenta hasta pasado más de un siglo, en 1753, cuando Meerman, junto a otras obras suyas, más inéditas que impresas, lo editó a influjos del valenciano Gregorio Mayans y Siscar. Y aunque cita a Partidas en varias ocasiones, como derecho regio, y apela al valor para la práctica forense del asunto que debate, el tratado de Ramos tiene neto sabor romanista y hasta de cariz neoteórico, porque sus ocupaciones principales son las disputas doctrinales con juristas de estas tendencias y la interpretación de las leyes y jurisprudencia de la época romana, sin despreciar a toda una maraña de autores foráneos e hispanos. Este comentario a las leyes del Digesto sobre las servidumbres es un verdadero tratado, breve y ordenado, al gusto de los dictados de su maestro Pichardo, a la par que acabado o completo, pues reflexiona con notoria brillantez sobre la denominación de las servidumbres, sus diversas especies, definición, cualidades y requisitos de las mismas y los modos de constitución, adquisición y extinción. Una obra que no desmerece de su mejor libro, el que mayor fama le aportó, sus comentarios a las leyes Iulia et Papia[23].

---

[21] Esta es la edición manejada: *Opera omnia, sive quotidianarum controversiarum iuris. Tomi Octo. Quorum I. Utilissimam subtilissimamque Usufructus materiam Magistrali doctrina explanat*, Lugduni, 1677.

[22] "Francisco Ramos del Manzano, opositor a cátedras en Salamanca (1623-1641)", en *Derecho, historia y universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset*, Valencia, 2007, I, pp. 103-109.

[23] La obra que nos ocupa se denomina *Ad titulum D. de servitutibus commentarius* y se encuentra en G. MEERMAN, *Novus thesaurus juris civilis et canonici: continens varia et rarissima optimorum interpretum, in primis hispanorum et gallorum, opera, tan edita ante hac, quam inedita*, t. VII, Hagae-Comitum, 1753, pp. 44-69.

Del antepenúltimo, al penúltimo de los juristas castellanos que se he seleccionado por su dedicación a nuestro tema, Antonio Fernández de Otero, quien en 1631 publica un tratado sobre pastos y derecho de pacer, donde dedica un pequeño capítulo a las servidumbres de pastos, centrando su esfuerzo en debatir acerca del carácter real y no personal de las servidumbres de pastos en campo ajeno, que llevaba aparejadas consecuencias para la delimitación del tiempo requerido para la prescripción, si ordinaria, si de cuarenta años para los pastos comunales, o tal vez si se exigía la inmemorial para los pastos públicos. El autor muestra familiaridad con la jurisprudencia europea y el derecho romano y no olvida a las Partidas y a un puñado de juristas castellanos, como fueron Antonio Gómez, Gregorio López, Diego de Covarrubias, Juan de Orozco, Antonio de Padilla y Meneses, Antonio de León Coronel, Luis Velázquez de Avendaño, Juan García de Saavedra, Juan Yáñez Parladorio y Juan del Castillo Sotomayor[24].

En fin, ya el último jurisprudente al que he recurrido es un autor de la segunda mitad del siglo XVII, Gil de Castejón, estudiante y profesor de Salamanca, de cánones, que elaboró un interesante alfabeto jurídico, donde en la voz correspondiente a las servidumbres se fue planteando los principales problemas que éstas venían suscitando, desde su denominación y especies hasta sus modos de constitución y extinción, pero sin expresa resolución de los mismos, sino que limita en un par de páginas a remitirse para el conocimiento de los asuntos a la regulación de las Partidas y a los escritos de un número considerable de intérpretes del derecho que sobre ellos habían escrito, foráneos e hispanos. De los juristas castellanos menciona a Antonio Gómez y su adicionador Ayllón, Diego de Covarrubias, Luis de Molina, Juan de Pareja, José Vela de Oreña, Juan García de Saavedra, Juan Yáñez Parladorio, Juan Bautista de Larrea, Juan del Castillo Sotomayor, Diego de Narbona y Alfonso de Olea[25].

Con este autor acabamos la relación de los juristas castellanos que escribieron de forma más detenida sobre las servidumbres, efectuada gracias a las citas que unos autores hacen de otros en sus libros, que quizás no nos parezca excesiva habida cuenta de la frondosa jurisprudencia que tuvo lugar en la Corona de Castilla en los momentos de su mayor apogeo, como también pudiera sorprendernos, por comparación con otras materias de derecho, y

---

[24] La edición que aquí se utiliza no es la primera, como podrá observarse: *De pascuis et jure pascendi*, Lugduni, 1700, en la cual, así reza el capítulo 18: *Servitus juris pascendi, an realis, an vero personalis sit, & quo tempore praescribatur*, pp. 74-80.

[25] Este es el libro, de ampuloso título: *Alphabetum iuridicum, canonicum, civile, theoricum, practicum, morale, atque politicum*, Lugduni, 1678, y de él, particularmente su voz: *Servitus realis. Personalis*, pp. 496-497.

según ya advertimos con anterioridad, la sola regulación legal de las Partidas, muy romanizada, desde luego. Porque, y esto me interesa también ponerlo de manifiesto en los preámbulos, pocos problemas castellanos específicos aparecen en estos jurisconsultos al hablar de las servidumbres, a diferencia de otras cuestiones, como los mayorazgos, el régimen matrimonial de bienes o los bienes comunales, que, sin dejar de estar regidos por el bagaje cultural del *ius commune*, de siglos, sí atendieron más a los derechos propios, porque en estos supuestos existieron determinadas peculiaridades en los territorios de la Corona de Castilla.

En adelante toca ya ocuparnos de las representaciones doctrinales de los referidos juristas castellanos en torno al régimen de las servidumbres, aunque tampoco se va a atender a todo él, porque resultaría imposible de satisfacer en unas cuantas páginas, de modo que mi exposición la ceñiré a los epígrafes de la denominación, definición, naturaleza y especies de servidumbres, por mucho que en su desarrollo tengamos necesariamente que hacer algunas referencias a los requisitos y cualidades que acompañaban a las mismas o a cómo se establecen, adquieren y extinguen, e incluso a las acciones de que disponían a su favor los titulares de estos usos y derechos, llamados servidumbres reales y personales, que limitaban el dominio de la cosa ajena.

2. DENOMINACIÓN, DEFINICIÓN Y ESPECIES DE SERVIDUMBRES

2. 1. Del nombre de las servidumbres

El nombre de las servidumbres no era unívoco para los juristas, según ya tenemos ocasión de constatar en el preámbulo del título 31 de la tercera partida, donde de inicio se ponen en parangón las de carácter predial, urbanas y rústicas, de unos edificios sobre otros y de unas heredades sobre otras, con las de sujeción estrictamente personal, de persona a persona, como eran las de los señores sobre sus siervos[26]. Comparación que no le merece ningún comentario a Montalvo, mientras Gregorio López se limita a remitirla al glosador Azo, como una autoridad que la empleó en su suma[27]. A su vez, Hugo de Celso, resumidor de las Partidas, dentro de su repertorio jurídico, y en la

[26] Así comienza el texto del preámbulo del referido título en la edición que hiciera Montalvo de las Partidas: *Servidumbre han los unos edificios ssobres los otros: et las unas eredades en las otras: bien assi como los Señores en ssus ssiervos*, Texto que no alteró Gregorio López, salvo en la grafía de ciertas palabras.

[27] En glosa *Bien assi*, López recoge estas escuetas palabras: *Ista aequiparatione utitur Azo in summa, Instit. de servit.*

voz servidumbre y servicio, junto a otras acepciones alude a la servidumbre de los hombres, pero no por relación a esta tercera Partida, ciertamente, sino a la cuarta, en su título 21, ley primera, donde se cifraba la constitución de la servidumbre de los hombres en la voluntad de las gentes, o derecho de gentes, ya que no en la razón natural[28]. Por más que las servidumbres reales también tendrían su origen en el derecho de gentes, al decir de Antonio Padilla y Meneses, y no sólo la servidumbre que llamamos cautividad, según apostilla este autor[29].

No es gran cosa lo que de momento nos dicen las Partidas y sus intérpretes, o algún jurista más, aunque nos vale para contemplar cómo con la denominación de servidumbres se atendía a situaciones bien distintas, conforme ya pondría más esmero en aclarar Ramos del Manzano, unos cuantos años después, en el capítulo primero de la parte primera de su tratado de servidumbres, donde como era de esperar en un jurista de corte humanista y neoteórico ha de comenzar preguntándose por la significación de las palabras, que en este caso reflejaban la ambigüedad de la noción de servidumbre[30]. El nombre de servidumbre, advertirá en el primer parágrafo del capítulo, se emplea variadamente, de modo que a menudo se toma propiamente como estado y condición de aquellos hombres que se someten a dominio ajeno, cuya sujeción se dice servidumbre, y ellos mismos siervos, apoyando sus afirmaciones en leyes civiles de los romanos. Ya menos propiamente, continuará, se emplea por cualquier otra sujeción del alma o del cuerpo, tal y como se apuntaba en textos de las Decretales, o en las epístolas de san Pablo, o en las corrientes estoicas, que a modo de paradoja señalaban que sólo el sabio era libre, mientras los malos o los imbéciles eran siervos, identificando esta dicción en un famoso filosofo y político de tiempos cercanos, el neerlandés Justo Lipsio, en sus debates sobre la filosofía estoica. Si bien, en otras muchas ocasiones, estima el salmantino, en el contexto de numerosas leyes romanas, servidumbre se denomina el derecho en cosa ajena, o la cualidad y

---

[28] *Servidumbre es postura y establecimiento que hizieron antiguamente las gentes: por la qual los hombres que eran naturalmente libres se hazen siervos e se meten a señorio de otro contra razon de natura*, de acuerdo con uno de los dictados recogidos en la mencionada voz, que coincide literalmente con las primeras palabras de la correspondiente ley de la Partida Cuarta, la primera del título 21, que lleva este rótulo: *Que cosa es servidumbre, e onde toma este nome, e cuantas maneras son della*.

[29] En respuesta a este enunciado de sumario: *Servitutes etiam reales iure gentium inventas fuisse*, que hace el número 8 de sus comentarios a la *Rubrica de servitute et aqua*, que daban inicio a sus *In titulum de servitutibus et aqua C. Commentaria*, dentro de su obra *In quaedam imperatorum rescripta*.

[30] La parte primera la consagrará al comentario conjunto de la rúbrica y ley primera del respectivo título del Digesto: *Pars Prima. Ad Rubricam et legem I. D. De servitutibus*. Y al capítulo primero lo llamaba: *Caput Primum. De nomine servitutum*.

condición de la misma cosa, por la cual el propietario o titular (*dominus* en su terminología latina) se ve obligado a padecer o no hacer en lo suyo algo que a otro le sea útil. Es en esta última significación, redunda el autor, en la que voz de servidumbre se toma en nuestra materia, respecto del *dominus* que en su cosa debe sujeción a la de otro; o con mayor especificación, que se dice servidumbre respecto de aquel que en cosa ajena tiene facultad de obligar al *dominus* a padecer o no hacer algo en utilidad de su predio o de su persona, como para llamarse derecho o del predio o de la persona, conforme ponían de manifiesto esclarecidos jurisprudentes: Caepola, Baronio, Duareno, Morla y Donelo.

Eran los inicios, porque a renglón aparte, en un segundo parágrafo, tras insistir Ramos en que todos estos supuestos singulares que comprendemos con la apelación de servidumbre convienen en el equívoco género del nombre, ya que servidumbres igualmente se denominan, entra Ramos en algunas distinciones, o mejor restricciones, tomando justamente como punto de referencia el ya conocido texto preliminar de Partidas donde se establecían equiparaciones, pero para distanciarse él de las mismas, dado que bien mirada la cuestión, reconoce, la servidumbre que ejercen los señores en los siervos difiere totalmente de aquella otra que se llama predial o personal, *ius praedii vel personae*, en su lenguaje latino. La primera servidumbre, la que padecen los siervos, acota diferencias, viene a su decir del latín *servando*, según testificaban diversas leyes romanas y el propio Solórzano Pereira, dilecto discípulo de Ramos, en su Política Indiana, mientras que la servidumbre posterior provendría del latín *serviendo*, puesto que por ella una cosa sirve a otra cosa o persona y en su utilidad se somete, respaldando su afirmación en fuentes romanas y en la relevancia jurisprudencial de Connano. La primera servidumbre, insiste en sus propósitos, es efecto del dominio en siervo propio, o estado y condición del hombre que se somete al dominio de otro, mientras que la posterior servidumbre, que es de la que tratamos, confiesa, es cuasi disminución de dominio, y derecho en cosa ajena, o cualidad, pero de tal modo que el sometimiento lo sea respecto a otro que no sea el *dominus*, y es en este sentido, prosigue, como se dice que a nadie sirve su propia cosa, conforme se significaba en distintos testimonios romanos oportunamente citados. Que tenía su traducción en el ámbito de las acciones, dado que en relación con el primer nombre de servidumbre directa vindicación de la cosa se le otorga al señor, sostiene Ramos, en virtud de la cual el señor puede pedirla a su siervo, mientras que por causa de la servidumbre posterior se conceden las acciones confesoria o negatoria, por las cuales se afirma o niega el derecho de servidumbre que a alguno compete en cosa ajena, a la luz de nuevo de viejos textos del derecho romano.

Todavía le quedaba a Ramos un tercer epígrafe de su primer capítulo para rematar apreciaciones sobre la variedad de significados de la palabra ser-

vidumbre y, en concreto, mostrar la contraposición que se daba entre la servidumbre de los siervos y las llamadas prediales y personales, las que de verdad le interesaban. Porque, de seguir a Bártolo, que se fundamentaba en pasajes del jurista romano Ulpiano, pero con el que concordaban autores mucho más modernos, como Cuyacio, Balduino, Donello o Solórzano Pereira, la primera servidumbre, y los mismos siervos, según nos dice, podían serlo incluso a falta de señor (de *dominus*), mientras que la posterior servidumbre no podía tener consistencia sin persona o predio dominante y sirviente. Y ya finalmente, va acabando esta cuestión del nombre, con el auxilio de textos romanos y de jurisprudentes del *ius commune*, así Fulgosio, Pedro Gregorio Tolosano, Padilla y Meneses, Morla y Donello, otra diferencia la encuentra en que en el primer caso la servidumbre propiamente se opone a la libertad, es como la privación de la misma, porque cuanto más se somete el siervo a la potestad del señor, tanto menor facultad tendrá de hacer lo que desee, cuando en el caso posterior, continúa, como las palabras de servidumbre y de servir más bien se refieren a cosas inanimadas, supuesto de los predios, que de por sí nada pueden querer o hacer, del mismo modo que en ellos propiamente no se considere la libertad, tampoco la servidumbre. En consecuencia, de acuerdo con Ramos, sólo abusivamente y por traslación los predios que son de pleno derecho del *dominus* se dicen libres respecto de él, al cual le es lícito hacer en ellos todo lo que desee, como otro tanto ocurre a la inversa con los predios en los que el *dominus* se ve obligado a padecer o no hacer algo en utilidad de otro, que se denominan siervos porque en ellos no todo le es lícito al *dominus* por derecho de dominio.

Cierto que algún otro jurista castellano toca también aspectos más o menos conexos con el nombre de servidumbre, como ocurre con Antonio León Coronel, cuando se pregunta si la servidumbre recibe el nombre del predio sirviente o del dominante[31], mas desde el contexto de las solas servidumbres prediales, de los caracteres que las tipificaban, que incidían en su naturaleza y definición[32]. El neoteórico León Coronel, con ansias de notoriedad, se opone a la común opinión de los letrados, que venía defendiendo, según él y las citas de jurisprudentes alegados, que la servidumbre recibe el nombre del predio dominante, fundamentalmente porque el nombre debe tomarse del elemento más digno, que en este caso sería el predio dominante, cuando para el autor, con no pocas apoyaturas, tampoco, el nombre de servidumbre vendría dado por el predio sirviente. Varias razones alega el canóni-

[31] *Servitus an accipiat nomen a praedio serviente, an vero a dominante*, es dictado de sumario, n. 2, de sus comentarios a la *L. I. ff. de servitutibus*, dentro de su mencionada obra: *Commentaria in Titulos ff. de servitutibus*.

[32] Ya lo expresaba de por sí el rótulo del sumario n. 1 de este comentario suyo a la ley primera: *Hic versamur in servitute praediali, & quid sit dicitur*.

go segoviano en favor de su posición, siendo la primera que como el origen y principio de la acción comienza en la servidumbre por el predio sirviente, es coherente que la servidumbre tome el nombre del predio sirviente. En segundo lugar, prosigue, ya que la servidumbre afecta al fundo sirviente, el nombre lo ha de recibir de éste. Una tercera razón, en la que más se extiende, la hace arrancar de una ley del título de servidumbres del Digesto y de la literalidad de lo que señalaba el jurista Paulo al respecto, y era que las servidumbres de los predios unas consistían en el suelo y otras en la superficie. Y advierte, recalca al lector León Coronel, la naturaleza de la palabra latina *consistunt*, esto es, que toda la sustancia depende del mismo predio sirviente, ya sea rústico el predio o urbano, citando ahora a propósito a Cicerón, pero sobre todo al jurista Teófilo. ¿Porque, qué es la servidumbre del predio urbano, al sentir de Teófilo, rememora el autor? Es un determinado derecho constituido de ciertos modos, pero comprensible por la inteligencia, que hace que el vecino urbano sostenga las cargas del vecino. Aquí estaría lo que define al predio urbano y a la servidumbre urbana, esto es, que el predio es urbano y la servidumbre es urbana cuando el predio urbano sirve al vecino, y no es cuestión de quién sea el vecino, que puede ser rústico o urbano, de manera que sin ninguna distinción, si el predio urbano sirve, se ha de llamar servidumbre urbana, ya sea el predio dominante urbano o rústico. Con lo cual, concluye León Coronel, se elimina el argumento de la sentencia contraria, pues los nombres no dependen de la disposición más digna, sino de la sustancia de la cosa.

En suma, eran cuestiones de nombres, que en algún caso no pasaban de escarceos dialécticos, según acabamos de contemplar, pero que servían a los jurisperitos de introducción a otros asuntos de mayor entidad, como eran los de la definición y especies de servidumbres. No obstante, hemos de advertir que a la hora de la exposición doctrinal no todos los juristas seguían el mismo orden, como ocurre por ejemplo con Ramos del Manzano, quien primero estudia a fondo la división de las servidumbres y luego se enfrenta con la definición, mientras lo ordinario, comenzando por el texto de las Partidas, era iniciar el estudio por la definición de servidumbre y con posterioridad pasar a analizar las distintas especies de servidumbre. Aquí seguiremos la práctica habitual de los jurisprudentes castellanos, esto es, hablar en primer lugar de la definición de servidumbre y después de sus diversas especies, avanzando ya, lo que probablemente justificaría la metodología empleada por Ramos, que cuando los juristas definen a la servidumbre están pensando las más de las veces en las servidumbres reales o prediales, urbanas y rústicas, y no en las que se conocen como personales, esto es, el usufructo, uso y habitación, que se introducen en el derecho romano en la época posclásica y se recogen en la

compilación justinianea[33]. Cierto que es más posterior aún, acomodada a la división del dominio existente en la sociedad castellana y europea de esta época que estudiamos, a saber, entre un dominio directo y otro útil, la amplia consideración de que goza la palabra señor o *dominus* en la cultura jurídica del *ius commune*, que tiene su reflejo en el ámbito de las servidumbres, de modo tal que los feudatarios y enfiteutas, titulares de un dominio útil, pueden constituir o sufrir servidumbres en el fundo del feudo o de la enfiteusis[34].

2. 2. Definición de servidumbre

¿Qué cosa es servidumbre, se preguntaban las Partidas? Ellas mismas daban la respuesta, amparándose en la sabiduría de los juristas y atendiendo primordialmente a las prediales o reales, tanto rústicas como urbanas: "Propiamente dijeron los sabios que tal servidumbre como esta es derecho y uso que tiene un hombre en los edificios y en las heredades ajenas para servirse de ellas a pro de las suyas", de acuerdo con su tenor literal. Sin embargo, Montalvo, y podría haberlo hecho, no comenta en sus glosas la definición dada por las Partidas y únicamente lo que hace es traducirla al latín, mientras Hugo de Celso se contenta con el extracto de la ley 1 del pertinente título alfonsino[35]. Quien sí lo hará, abriendo caminos, luego seguidos por otros muchos juristas castellanos, será Gregorio López, pero para ofrecernos en su

---

[33] No es materia que nos toque desarrollar la del derecho romano, por ello, para unos simples rasgos sobre su evolución en el tema de las servidumbres, me remito a J. IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Madrid, 1979, pp. 328-330, aun cuando, y pese a dedicarse en exclusiva al estudio de las prediales, tampoco podía faltar la matización de rigor, sobre cómo penetran en Partidas las nociones de servidumbre provenientes de distintos estadios de la jurisprudencia romana, en F. L. PACHECO CABALLERO, "Fueros y Partidas: algunas páginas más sobre servidumbres", p. 297, en concreto. Pero si se quiere una sola apreciación de uno de los juristas castellanos que venimos manejando, A. DE PADILLA Y MENESES, en su *In titulum de servitutibus et aqua.C.Commentaria*, *Rubr. De servitu. & aqua*, y como respuesta al número 2 de sumario: *Servitutes omnes in personales ac reales dividi*, refiere que desde la glosa se atribuye a Marciano el arranque de la general división de las servidumbres en reales y personales.

[34] Lo atribuye a la reflexión boloñesa, y muestra su recepción en Partidas, F. L. PACHECO CABALLERO, "Fueros y Partidas: algunas páginas sobre servidumbres", pp. 297-302. En la Partida Segunda, en la 11 de este título 31, las referencias son al feudo y a la enfiteusis, pero de un modo coherente con el significado del dominio útil, G. López, glosando esta ley de Partidas, palabra "Censo", extiende la noción de dominio útil al superficiario, acompañando sus apreciaciones de alusiones a Azo, Bártolo, Cepola, Paolo di Castro y otros doctores, como Baldo.

[35] En efecto, Montalvo en su Glosa "Propiamente", a ley 1, se reduce a verter al latín la definición: *Est enim servitus usus vel ius quod quis in alieno fundo vel domo ad servitium sui fundi vel domus habet*. Y esto es lo que encontramos en Hugo de Celso: "Servidumbre es propiamente el derecho o uso que una cosa o heredad ha en otra; o que hobiere alguno en cosa agena para provecho suyo".

glosa a este texto de Partidas la definición que de la servidumbre predial elaborara un jurisconsulto medieval de enorme trascendencia, Bártolo, autor que habría justificado su atrevimiento, según refiere el extremeño, a falta de noción específica en el Digesto. La dicción latina de Bártolo era la siguiente: *Servitus est quoddam ius, praedio inhaerens, et ipsius utilitatem respiciens, et alterius praedii ius, sive libertatem minuens*. Y si bien otros juristas recogían otras definiciones, al decir de Gregorio López, como era el caso por ejemplo de Caepola, la mejor de todas, insiste, era la de Bártolo, reproducida, prosigue, por Ängelo al comentar la primera ley del Digesto del título de servidumbres[36].

Que entre los juristas castellanos fue ampliamente recibida la definición de servidumbre elaborada por Bártolo, se manifiesta, por ejemplo, en Antonio Padilla y Meneses, quien la reproduce con pequeñas variantes de redacción, recordando que la aprobaron Ángelo y Floriano y como más común la aseveraban Corasio, Cepola y Juan de Orozco, la cual por lo de más, apuntaba, era la que se contenía en la ley 1, título 31, Partida Tercera[37]. Pero también la recoge Antonio de León Coronel, con algunas variaciones de literalidad, acudiendo en este caso para su recepción a Francisco Connano[38]. Como tampoco dejaba pasar la oportunidad Antonio Pichardo Vinuesa, aun sin exponer con fidelidad la definición de Bártolo, de la que se servirían de manera común los doctores, aseguraba, con las citas de Padilla y Meneses, Gregorio López, Connano, Balduino y Cepola[39], preguntándose a continuación el autor, como una derivación de la definición dada por Bártolo, si la servidumbre podía constituirse sin utilidad del predio dominante, porque había textos romanos contrapuestos y se exigía una solución ingeniosa[40]. E igual-

---

[36] Estas referencias de Gregorio López las tomo de su glosa "Derecho, e uso" a la primera ley del título 31, Partida Tercera. Con un añadido, su glosa "En las heredades" a la definición que da la misma ley, donde justifica la dicción de Partidas en el entendimiento de que en cosa mueble no podía recaer servidumbre, según atestiguaba el derecho romano y la obra de Baldo.

[37] En desarrollo de este rótulo de sumario: *Servitutis realis definitio*, que hace el número 7 de su comentario a la *Rubrica de servit.& aqua*, del libro que ya conocemos.

[38] En concreto, en sus comentarios a la *L. I. ff. de Servitutibus*, del libro citado, y como respuesta a su número 1 de sumario, de este tenor: *Hic versamur in servitute praediali, & quid sit*.

[39] En su libro *In quatuor Institutionum*, en el proemio a *De servitutibus rusticorum, & urbanorum praediorum.Tit.III*, y más en particualr en el número 1 de sumario, del siguiente dictado: *Servitutis definitio*.

[40] Éstos eran los enunciados de los sumarios, números 2 y 3, sucesivamente: *Servitus sine utilitate praedii dominantis constitui non potest; L. quoties 15. & l, ei fundo 19.D. de servit*. En su desarrollo comienza afirmando Pichardo, a tenor de la definición de Bártolo, que no puede constituirse servidumbre sin utilidad del predio dominante, conforme lo probarían las l. quoties 15.D. h. tit. l. si haeres 37. D. de servit. urb. l. 7 y también la ley 1, título 31 de la tercera Partida, con la expresión "En quanto le fuere menester", con el sustrato doctrinal de Gregorio López, Bártolo, Catón, Corasio y Alejandro. Sin embargo, prosigue, otra interpretación se deduciría de la l. ei fundo 19.D, donde parecía decirse cosa bien distinta, de acuerdo con este dictado: *quamvis ea nobis utilia non sint*. Lo cual planteaba dificultades a los juristas, que se expresaban al respecto de modo

mente hace referencia a esta definición Juan del Castillo Sotomayor, en la ocasión de preguntarse a su vez si el usufructo podía constituirse en fundo estéril o sin ninguna utilidad, y si ocurría lo mismo en las otras especies de servidumbres. Para el madrileño, la definición de Bártolo, que era la expresada por las Partidas, fue seguida por Ángelo, Floriano, Antonio de León Coronel, Juan de Orozco, Antonio de Padilla, Juan García de Saavedra, y hasta por Cepola, pese a que éste diera otras definiciones, mientras que la noción de Bártolo sería objeto de contradicción por parte de Corassio y de diversas interpretaciones por Connano, Forcatulo, Cuiacio, Alciato y Rebuffo, que él pretende poner en armonía, jugando con las sutilezas de los intérpretes neoteóricos, quienes junto al término de estricta *utilitas* manejaban los de *amoenitas* y *voluptas*, así como distinguían entre servidumbres personales y obligaciones personales[41]. Como asimismo no podía faltar la noción íntegra de Bártolo por parte de Antonio Fernández de Otero a la hora de enfrentarse con la distinción entre servidumbres reales y personales, con acompañamiento de las nombres de un puñado de juristas: Ángelo, Floriano, Antonio de León Coronel, Caepola, Juan de Orozco, Pedro Gregorio Tolosano, Antonio Padilla y Meneses, Gregorio López, Augustino Morla, Juan del Castillo Sotomayor y Francisco Connano, resultando Castillo de Sotomayor su verdadero mentor en la cuestión[42].

Sin embargo, de todos los juristas castellanos de los que aquí estamos haciendo uso, fue Ramos del Manzano, en el capítulo tercero de la primera parte de su tratado de servidumbres, quien más se ocupó de la definición de servidumbre dada por Bártolo, ya que no sólo la reproduce literalmente y alude a la existencia de otras entre los autores, según se podía contrastar leyendo a Duareno, Connano, Pedro Gregorio Tolosano, Julio Pacio, Wesembeck,

---

distinto, casos de Acursio, Bártolo, Corasio, Alciato, Catón, Eguinario, Goveano o Connano. La solución que le gusta a Pichardo, siguiendo la mente de Connano, es que la servidumbre no podía constituirse si no atribuía utilidad al predio dominante o algo añadía al mismo, porque si algo añadía al fundo, aunque a aquel no le sea útil, valdría la constitución, puesto que la utilidad no se medía exclusivamente por la utilidad de la cosa, sino también por la afección y voluntad de adquirir, una ocurrencia de la jurisprudencia culta o elegante, por más que tuviese su fundamento en textos romanos.

[41] La noción se encuentra dentro de su *Tractatus de usufructu*, en un sumario de esta literalidad: *Servitutis realis definitiones nonnullae*, que hace el número 6 del capítulo XLXX, que se extiende por veinticuatro números de sumario, bajo el siguiente encabezamiento: *Usufructus in fundo sterili, vel absque utilitate aliqua, an possit constitui? & quid de aliis servitutibus?* Por fortuna, no se limita Castillo la reproducir la definición de servidumbre real dada por Bártolo, con la comienza, sin o que también nos ofrece la de Corasio, que impugnaba la de Bártolo, a su decir, con esta literalidad: *Constitutio iuris gentium: qua diminutione servit*, y asimismo aporta la dada por Connano: *Ius agendi habendive quicquam in praedio alieno quod ad sui praedii utilitatem est, & iure commune agere habebat non licebat*.

[42] En concreto, en el número 4 de sumario del capítulo XVIII de su *Tractatus de pascuis, & iure pascendi*. Éste era el rótulo del sumario, donde se observan los mismos afanes conciliatorios de Castillo de Sotomayor: *L.* quotiens *5. & l. ei fundo 19. ff. de servitutibus conciliantur*.

Hotman, e Hilligero en sus precisiones a Donelo, sino que a su decir era la más verdadera y la que había gozado de mayor aceptación, tal y como certificaban los nombres de Fulgosio, Morla, Padilla y Meneses, Castillo de Sotomayor, o Pichardo Vinuesa, o la propia ley de las Partidas que la convalidaba abiertamente con su formulación castellana. Aun cuando lo que más llama la atención de Ramos es que el autor va a proceder a desmenuzar críticamente, a la luz de la jurisprudencia y el derecho romano, los distintos elementos que él percibe en la definición de servidumbre dada por Bártolo, de cuya tarea daremos alguna cuenta.

El salmantino, primeramente, en el lugar que había de ocupar el género, destaca que la servidumbre se llama *ius*, para significar, con fundamento en varias leyes del Digesto, que toda servidumbre es cosa incorporal y consiste en un derecho, y por ello, añade, luego se pone debajo en la definición *praedio inhaerens*, de modo que entendamos que la servidumbre no se puede adquirir sin la existencia de predios, a saber, dominante y sirviente. Y a estos predios se dice *ius inhaerens*, continúa con las deliberaciones, siempre con el apoyo del Digesto, puesto que a uno y otro fundo sigue la servidumbre, con independencia de a quien se transmita, de donde deriva la razón, perfila más, con la cita permanente de textos del Digesto, de que se diga que la servidumbre no se deba a la persona sino a la cosa. Afirmaciones estas últimas que exigían, a su entender, poner de manifiesto una notable diferenciación entre adquisición de servidumbre y su promesa, con el auxilio de nuevo de variados textos romanos, ya que la adquisición de servidumbre no puede hacerse sin predios, mientras que la promisión de servidumbre puede ser útil incluso si el que promete o estipula no tenga fundo, y la razón de esta diferenciación residiría en que por la promesa no se contrae obligación real sino personal, lo cual no debería asombrar, dice Ramos, si la servidumbre puede prometerse por aquel que no tiene fundo, pero de tal modo, eso sí, que la servidumbre no se entienda impuesta o constituida al instante, sino tan sólo debida, según enseñaban juristas tan distantes como Accursio y Antonio Faber.

No obstante, como buen académico formado en la dialéctica escolástica, Ramos, tras este inicial parágrafo, procede en el siguiente a rechazar los obstáculos que pudieran oponerse a este primer elemento de la definición, lo que venía propiciado además por determinados textos romanos, de los que deja registro, en cuyos lugares aparece escrito de forma explícita que las servidumbres de los predios no son más "*quam praedia qualiter se habentia*", de modo que éstas no consistirían en un derecho, sino en una cierta cualidad, hábito o condición .Y tan grande sería la dificultad en la interpretación de estos lugares, que según Cuyacio, apunta Ramos, todos encontraban dudas a la hora de explicarlos. Pero nuestro autor, dejando de lado la interpretación

de Cuyacio, o la de Fornerio, o las enmiendas de Alciato, se acoge para intentar resolver el problema a los nombres de Connano y Donello, para los cuales la diferencia, en cuanto atañe a la cosa propuesta, se da entre el fundo dominante y el sirviente. La servidumbre se dice *ius* respecto del predio al que se debe, mientras que en relación con aquel que debe la servidumbre es cualidad, atendiendo a la *l. quid aliud 86* del Digesto, de donde lo que dijo Celso: *iura praediorum esse praedia qualiter se habentia*, se había de tomar de modo impropio y figurado, de acuerdo con lo que anotaba Donello, puesto que como las servidumbres sean derechos y accidentes distan máximamente del mismo predio, aun cuando, de forma diversa, sin embargo, por su inherencia, se dicen los mismos predios, como verdaderamente no sean sino cualidades o condiciones mediante las cuales los predios sirvientes se afectan. Lo cual le sirve también a Ramos para seguir con las contradicciones que se descubrían en la definición, a fin de explicar ahora el texto recogido en la *l. sed si ante 17. ff. de exceptionibus* donde Paulo llama *corpus* a la servidumbre, dado que como la servidumbre es inherente al predio, o inseparable, por ello un cuerpo parece constituir con el mismo predio, a fin de que su condición y naturaleza se imite y revista, matizado de nuevo por Hiligero en su adición a Donello, porque no le parece apropiado, ya que en la ley del Digesto donde se emplea la palabra *corpora*, del que hace uso Paulo, propiamente debe tomarse por razón del fundo e impropiamente por razón de la vía o camino. Más aún, lo que allí propone Paulo, que quien pidiera vía para acceder al fundo y sucumbiera en su pretensión, después el mismo fundo comenzaría a pedir, si daña la excepción, es ambiguo, de cualquier excepción que en ese pasaje hable Paulo, leemos en Ramos. Y de la excepción prejudicial o preventiva interpretan el episodio Revardo y Balboa Mogrevejo, mientras que en el entendimiento de Cuyacio se trata de la excepción de la cosa juzgada, agrega Ramos a continuación, pero para decirnos que en esa disquisición, como es ajena a su tratado, ni le es lícito ni nadie le manda detenerse, con lo que acaba el parágrafo.

En otros debates sí entra, pues en los cuatro siguientes parágrafos de este capítulo, del tercero al sexto, Ramos se faja doctrinalmente con el tema de la protección de las servidumbres mediante las acciones y los interdictos. El autor comienza afirmando, en el tercero de los epígrafes, a la vista de varios textos romanos, que de aquellas otras cosas que había referido en la definición, esto es, *servitutem praedio inhaerens*, se colegía y entendía que en aquellos supuestos en que se daba la *vindicatio utilis* del predio también se tenía la acción de defender la servidumbre, al contrario de lo que ocurriría en el caso del usufructo, que como el usufructuario no sea propietario del predio que se aprovecha no puede reivindicar la cosa, ni tampoco la servidumbre real. Bien que en otros textos, con palabras explícitas, en concreto del juris-

prudente Juliano, se daba a entender una sentencia distinta, como era considerar que el fructuario tenía derecho de reivindicar las servidumbres. Lo cual había propiciado varias interpretaciones de concordia o composición entre los jurisconsultos, caso de Accursio, que apuntabas dos, o de Baronio, Duareno, Costalio y Roberto, que para argumentar la resolución separaban la *vindicatio* directa de la útil, en particular en el mismo usufructuario respecto a la servidumbre de agua pluvial, aunque de los referidos jurisprudentes diferían Cuyacio y Antonio Faber, nos recuerda Ramos. Pero, para él, dejando de lado a estos juristas y otros que referían Feliciano de Solís, Castillo de Sotomayor, Morla e Hilligero en sus precisiones a Donello, lo que en este asunto más interesaba era dilucidar si el usufructuario quería reivindicar las servidumbres en su propio nombre, lo que de ningún modo le estaba concedido, o de modo diverso, en nombre del propietario, como procurador en su cosa, y en esta situación se le permitiría, por tácito mandato que se presumía del titular del dominio, y así se interpretaría con facilidad lo que decía Juliano, como había advertido Ulpiano, que al fructuario se le daba reivindicación de servidumbre a fin de que pudiera impeler el cese de la obra nueva, si bien no en su nombre, sino en condición de procurador, como también se comprobaría por la ley 4, título 32, Partida Tercera y lo que decían Accursio, Castillo de Sotomayor, Morla y Melchor de Valencia. Aunque si el listado de autores a los que pasa revista con motivo de esta salida doctrinal era amplio, también los sería respecto de otra muy controvertida, que acudía al empleo de dos verbos, útil e inútil, de manera que sería útil la remisión si el fructuario notificaba la prohibición de la obra nueva al vecino, mientras que sería inútil si se dirigía al propietario, según testifican los nombres de Cuyacio, Antonio Faber, Duareno, Manuel Suárez, Hotman, Hilegero a Donello y Edmundo Merilio, amén del citado texto de Partidas.

En relación con esta última cuestión, del interdicto de obra nueva, afirma de inicio Ramos en el parágrafo posterior, el cuarto, que de lo dicho antes se desprendería que como por razón del dominio cabría la denuncia de obra nueva, a su semejanza también lo sería por las servidumbres, y se probaría por abundantes textos romanos, a cuya tradición, sin embargo, obstaba un texto difícil de una ley romana, de la *l. qui viam. 14. ff. de novi operis nunc*, donde de un modo abiertísimo negaba Juliano que aquel que tenía servidumbre de vía pudiera utilizar el interdicto de obra nueva contra el que edificaba e impedía el uso de la servidumbre, lo cual obligaba a todos los intérpretes del derecho a perderse en varias sentencias, se sincera Ramos, como podía contemplarse en Accursio y los demás antiguos, o en Duareno, Cuyacio, Hotman, Donello, Hillegero y Antonio Faber, de cuyas opiniones es la más frecuentemente aceptada aquella que distingue entre servidumbres rústicas y urbanas, de manera que en las rústicas no cabía el interdicto para atajar la

obra nueva, mientras en las servidumbres urbanas otro derecho se observaba. Precisamente esta última interpretación, no deja de señalar Ramos, es la recogida de forma explícita en nuestro derecho regio, en la ley 5, título 32, Partida Tercera, que es la que más placía a Accursio, pero también con merecimiento recibía la desaprobación de Corasio. Que no eran todavía las últimas palabras de Ramos al respecto, a pesar de lo dispuesto en Partidas y de que afirme de seguido el autor que en referir y rechazar otras sentencias no se va a demorar, porque la verdad es que a Ramos no le acababa de convencer esta solución, sino que, en sus expresiones, más bien habría que decir con Antonio Faber, y los que sostenían su opinión, caso de Hillegero y Melchor de Valencia, que mucho interesaba y había de considerarse si con motivo de la obra nueva que dañaba a la servidumbre se denunciaba a un extraño o al propietario del predio en que se edificaba. En el caso de que fuera un extraño el que actuara contra la servidumbre, ya de forma directa o indirecta, prosigue, siempre útilmente podía ser denunciado por defecto de derecho, del que carece cuando edifica, mientras que si es el propietario quien edifica interesaba distinguir entonces si lo hacía contra la servidumbre de manera directa, o indirecta, porque variaba la resolución en una y otra situación. Si es de forma directa, como si aquel, cuyas casas deben la servidumbre de no levantar más alturas, quiere levantarlas más altas, o en caso semejante, si uno debe servidumbre de no impedir las vistas, entonces, en uno y otro supuesto, aunque él sea el dueño del predio, puede prohibírsele por interposición del consiguiente interdicto a fin de que no lo haga, bajo pretexto de que contra la voluntad de aquel a quien se debe la servidumbre no parece que tenga derecho de obrar así. En caso contrario, señala Ramos, si nada directo hace contra la servidumbre, como sería cuando edifica en el predio que debe servidumbre de vía, pero que en cambio no tuviese servidumbre de no edificar, no podría denunciársele la obra nueva, dado que aquel que no tiene servidumbre de no edificar puede hacerlo en virtud de su propio derecho. Y así, concluye este parágrafo, se explicaría el texto del Digesto recogido en la *l. qui viam*, de acuerdo con la cual, como aquel que prometió servidumbre de paso, en virtud de la misma no prometió servidumbre de no edificar, si por causa de construcción del edificio de algún modo se impidiese el uso de la vía pero sin hacer nada contra la misma servidumbre de vía, no tendría lugar el interdicto de obra nueva.

Aún le quedaban a Ramos dos parágrafos para continuar explicando el segundo elemento de la definición aportada por Bártolo, en la línea de la protección de las servidumbres, conforme se ha avanzado. En concreto, el parágrafo quinto se inicia a modo de deducción de cuanto venía escribiendo, según afirma, apoyándose en diversos textos romanos, y era que la acción real (*actio in rem*) en favor de las servidumbres competía a aquel que era

propietario (*dominus*) del predio dominante, pues como la acción real se otorgaba al propietario del mismo predio, y había que tener en cuenta que las servidumbres eran inseparables de los predios, no era en consecuencia para maravillarse si en su provecho se daba la directa acción confesoria, según explicaban por otra parte, después de los más antiguos, Morla, Pedro Gregorio Tolosano, Donello y Pichardo Vinuesa. Aunque el asunto se complicaba, cómo no en un mundo dialéctico, de resolución de tesis contrarias, con otro texto de derecho romano, en la *l. 1 ff. de usufr. l.*, donde tras escribir Paulo que quien tenía las servidumbres de paso de *iter* o de *via* en el fundo del vecino no podía legar su usufructo, luego añadía la razón, consistente en que la servidumbre no se podía considerar ni dentro de los bienes ni fuera de ellos (*nec ex bonis neque extra bona*), cuya razón, de ser verdadera, aventura Ramos, más bien supondría que carecía de lugar la acción real (*actio in rem*) a favor de las servidumbres, dado que no de otro modo competen la acción o excepción si no es entendiendo que lo son en favor de la cosa que está en nuestros bienes, según mostraban ciertas leyes romanas que no deja de recordar. ¿Pero cómo resolver el nudo de la dificultad, si los que sobre ello escribían lo hacían de modo diverso y no sin retorcerse, según se observaba después de los antiguos en Pinel, Hotman, Fornerio, Donello, Hillegero, Antonio Faber y Castillo de Sotomayor? Y Ramos no estaba dispuesto a repetir las opiniones que los referidos juristas emitían, además, por lo que ofrece su propio parecer e interpretación de jurisprudente, de modo que el legado de usufructo de paso de *iter* o de *via*, del que se hablaba en la pertinente ley romana, ya citada, no podía referirse al predio de aquel a quien se debía la servidumbre, puesto que éste no podía aprovecharse de otro, ni de modo semejante podía pertenecer al fundo del legatario, ya que en la servidumbre propia no podía consistir, dado que la cosa propia a nadie sirve, tal y como testimoniaban conocidos textos romanos, sino que totalmente había de referirse, en cambio, a aquel caso en que el testador bajo apariencia de fundo propio legó el uso o usufructo de servidumbre real, que en su cosa no estaba ni podía estar. En cuyo supuesto, prosiguen las sutilezas de Ramos, con mérito habría dicho Paulo que aquel legado de usufructo es de la cosa que no es de nuestros bienes ni de fuera de los bienes, porque del no ente ningunas cualidades son, lo que daría sentido a aquellas palabras: *quia id neque ex bonis nec extra bona*, y a cuya razón también pertenecerían las otras palabras: *quia servitus servitutis esse non posse*, las cuales completamente se han de explicar, nos dice, de la servidumbre de aquella servidumbre que en la naturaleza de las cosas no está, cuya interpretación, se cura en salud, transmitió Bártolo, alaba Castillo de Sotomayor y, si no se equivoca él, no distaba mucho de otra nueva que se arrogaba Antonio Faber.

Otro nuevo parágrafo, el sexto, se tomaba Ramos para acabar de perfilar el negocio de la protección de las servidumbres, a cuenta de la definición de

Bártolo, también entre sutilezas de jurisprudentes e interpretaciones del derecho romano, ya que si las servidumbres podían ser objeto de reivindicación, como venía diciendo, también cabría predicarlo de las servidumbres de paso(*itineris aut viae*) al sepulcro, ya que a su decir ésta igualmente se reivindicaba a pesar de que el sepulcro no fuera de nuestro dominio, a partir de la *1. ff. si servit. vendicetur*. Porque, añade, había que explicar sobre el particular un texto complejo incluido en la *l. servitutes 14. §. 1 ff. hoc tit.*, donde se escribía que la servidumbre de paso al sepulcro podía adquirirse y perderse. A cuya sentencia cabría argüir que las servidumbres las adquieren los propietarios de los fundos, y en el supuesto del sepulcro nadie es propietario, según otros textos romanos, que aportaban otra razón, que se trataba de un lugar religioso, lo cual parecía llevar consigo que no se podía adquirir el paso(*iter*) al sepulcro. ¿Cómo resolver las contradicciones, se pregunta? Juristas no faltaban, desde luego, que habían pretendido resolver el nudo de la dificultad, como Accursio, Bártolo, Paolo di Castro, Duareno y Cuyacio, quines estimaban que aunque el sepulcro, como lugar religioso, estaba fuera del comercio, sin embargo el derecho de ser sepultado e inhumado en aquel suelo se podía tomar en lugar de cualesquier dominio nuestro, en virtud de lo cual se adquiriría el camino al sepulcro, como también por lo mismo se daría la acción subsidiaria de reivindicación, y la acción penal, amparándose tales autores en la lectura de varios textos de derecho romano, hasta el punto de que a la objeción que se planteaba a esta interpretación, que de ella se deducía que la servidumbre se daría sin la existencia de predio, responden que esto fue admitido por derecho singular en favor de la religión. Aun cuando algunos matices, recuerda Ramos, se ofrecían a la interpretación de los textos, como para señalar que la citada sentencia no se fundamentaba en el favor de la religión sino en sumo derecho, según explicaban Ángelo, Paolo di Castro y Donello. Si bien, ya deseaba acabar la cuestión con una propuesta propia y aguda, Ramos dirá que ni incluso esta última interpretación carece de escrúpulos, de modo que dejándola de lado, como también otra de Donello, a su sentir más verdaderamente podría decirse que la servidumbre de paso podía adquirirse en el entendimiento de que la religión no ocupaba todo el lugar del sepulcro que era destinado a la sepultura, sino en cuanto cabía el cuerpo humano, de modo que así ya más fácilmente aparecería que en esta sola parte del predio, que no ocupaba el cuerpo, consistía y se adquiría la servidumbre.

Largo había sido el parlamento de Ramos en relación con el segundo elemento de la definición que daba Bártolo de la servidumbre, *praedio inhaerens*, por lo que quizá se decidiera a ser muy breve, mediante un sólo parágrafo, el 7, en la explicación de las palabras que para él comprendían el tercer elemento de la misma definición: *ipsius utilitatem respiciens*. De cuya

literalidad se desprendía que ninguna servidumbre podía constituirse sin que fuese útil al predio o a la persona, según se colegía de distintas leyes romanas y también de la ley 7, título 31, Partida Tercera. Pese a ello, y como siempre en su proceder dialéctico, no deja de advertir el autor que esta afirmación podía ser objetada, en concreto por lo que apuntaba otro texto romano complejo, contenido en la *l. ei fundo 19. ff. hoc tit.*, donde de forma explícita se decía que la servidumbre podía constituirse aunque no fuese útil para el predio dominante. Y de la misma manera que en otras oportunidades, aquí también Ramos reconoce que en la resolución del enigma habían trabajado numerosos doctores, pues aparte de los más antiguos se habrían pronunciado sobre la cuestión Morla, Castillo de Sotomayor, Donello y Pichardo. Por lo que a él hace, deja al margen la opinión de estos juristas y se decanta por la interpretación de Accursio y de Antonio Faber, comentando el mentado texto del Digesto, en la ley *ei fundo*, de modo que valía la constitución de servidumbre aunque no sea útil al predio, ya que en la transmisión de la cosa así fue constituida, y en las transmisiones de la cosa cualquier pacto valía, de acuerdo con la *l. in traditionibus 48. ff. de pactis*, incluso cuando de otra manera no valiese, a fin de que no sea defraudado quien de otra modo no recibiría la transmisión, según atestiguaban varias leyes romanas: la *l. venditur 13. communia praed.* y la *l. ult. C. de pactis inter empt.* Con lo cual resuelve el tema.

Ya sólo le quedaba a Ramos, cosa que va a hacer en tres parágrafos, del ocho al diez, exponer el tercer elemento de la definición de Bártolo, que se encerraba en las palabras *et alterius libertatem minuens*, por las que, siguiendo su relato, en el epígrafe ocho, se enseñaría que la servidumbre disminuía la libertad del predio sirviente, conforme a la *l. §. & velle in fine f. de novi operis nunc*, hasta el punto que el propietario no puede hacer nada contra las servidumbre, lo testimoniaba la *L altius 8. C.*, sino que tan sólo estaba obligado a padecer algo o no hacer, tal y como se deducía de la *L quoties 15.§ uilt. ff. hoc tit.* Claro, que como siempre, había textos romanos de difícil interpretación y aparentemente contradictorios. Uno de estos episodios lo da a conocer en el mismo parágrafo ocho, porque, según plantea, de aceptar lo escrito en ciertos textos, en la *l. cum ita 41.ff. de usufructu legato. l. si quis ita 2º.ff. de usufructu,* parecería que dejada la servidumbre de usufructo, si el testador lega a Titio frutos anuales del fundo, en este supuesto el mismo Ticio podía percibir los frutos mientras el heredero solamente debía padecer, o soportar. Sentencia que podría chocar, no obstante, con la *L fundi 38. ff. de usufructu legato*, donde en una especie semejante no está obligado el heredero a padecer que perciba los frutos, como si ninguna servidumbre estuviese constituida, sino que únicamente estaba obligado a prestar una estimación de los frutos, aun cuando solía responderse, cuenta el autor, que dicha *lex fundi*

se aceptaba en el caso de que el legado hubiera de ser prestado por el heredero, pues entonces las palabras referidas al heredero no constituyen servidumbre, salvo cuando se dirigen al legatario, como de acuerdo con diversas leyes romanas enseñaban Accursio, Pinel, Castillo, Donello, Hillegero y Faber. Y a esta diferencia, prosigue Ramos con las disquisiciones y precisiones, no cabría oponer otros textos romanos, particularmente la *l. defuncta 58.§ 1. ff. de usufructu,* pues aunque el testador dijera aquellas palabras al legatario, como mostraban las expresiones *do lego*, todavía sin embargo no se entendería constituida la servidumbre, ya que el testador no dio potestad al legatario de percibir los frutos, sino que lo que quiso fue que los recibiera del heredero, mientras legó la sexta parte de los frutos, como si aquella fuera la voluntad del testador, de modo que primeramente se recolectaran por el heredero y ya reunidos se prestase con posterioridad al legatario la sexta parte, según apuntaban Pinel y Donelo, aunque otra razón tras Connano referían Castillo de Sotomayor e Hillegero, no deja de recordar Ramos, en el marco de las sutilezas sinfín de los jurisprudentes.

A propósito de este tercer elemento de la definición de Bártolo, también merecería de Ramos una explicación, ahora en el parágrafo noveno, otro texto romano, recogido en concreto en la *l. Gaius 12. ff. de annuis legatis*, donde se hablaba de que el testador dejó dos predios situados en regiones distantes, y del primer predio quiso que se prestase cierta anualidad al otro predio, lo cual planteaba, en expresión de Ramos, una cuestión principal: si aquel legado se extinguiría con la muerte del legatario. Pero era una cuestión que antes de que se pronunciase Paulo no parecía interfiriese en nuestro negocio, reconoce Ramos, porque por derecho no quedaba constituida servidumbre ni personal ni real. Personal, puesto que para que parezca constituida la servidumbre de usufructo era preciso que el testador lo refiera con sus palabras al legatario, de acuerdo con lo que expresan determinados textos romanos, *d. l. cum ita 41. d. l. si quis ita 20*, cosa que no ocurre en la ley de Gayo, donde el testador le decía al heredero las palabras "de quiero prestar", *praestari volo*, y al tiempo, y sobre todo, porque no legó el fruto, sino cierta cantidad que había de ser sufragada por el heredero del fundo, por lo cual, insiste, no parecía que quedase constituida servidumbre personal, opinión que apoyaba en otros textos romanos, *d. l. defuncta 58. §. 1* y *l. ult. ff. de contrab. empt.*, según por cierto explicaba Cuyacio elegantemente en su comentario a la ley de Gayo, al decir de Ramos. Mas tampoco parecía que se constituyese servidumbre real, y por una razón, porque la servidumbre real no puede constituirse sino entre predios vecinos, de acuerdo con la *l. ergo 5. ff. de servitutib. praed. rustic.,* y no entre predios remotos, como era el supuesto de la ley de Gayo, en interpretación de Cuyacio, si bien otros juristas aportan otra razón complementaria, según la cual en la ley de Gayo no parece

constituida servidumbre real, ya que como de su naturaleza la servidumbre exija que el titular del predio sirviente solamente padezca o no haga nada, no verdaderamente que preste, conforme aparecía en la *l. quoties 15. §. ult. ff. hoc tit.*, entonces, como en la ley de Gayo el propietario del predio sirviente algo prestaba, no podía constituirse servidumbre real, concluye el parágrafo de Ramos.

Poco le quedaba en el tintero al salmantino ciertamente para comentar el tercer elemento que percibía en la definición de servidumbre que había suministrado Bártolo, un parágrafo más, y muy breve, el décimo de este capítulo, y era que en relación con lo que venía diciendo, que el propietario del predio sirviente solamente estaba obligado a padecer o no hacer, solía objetarse la *l. cum deberet 32. ff. de servitutib. praed. urbanor. l. § si forte 6. §. etiam ff. si servitus vindicetur.*, donde en la servidumbre que consistía en haber de soportar una carga un edificio, el propietario del predio sirviente estaba obligado a reparar o rehacer la pared que sostenía la carga del adversario, a cuya dificultad suele argüirse, en palabras de Ramos, que en esta servidumbre se observaba un derecho singular o especial, tal y como se contemplaba en Bártolo, Paolo di Castro, Daureno, Baronio, Cuyacio y Faber.

Dicho lo cual, el propio Ramos confesará que ya bastaba con lo que venía anotando sobre la definición dada por Bártolo, por lo iba a pasar a otra cosa. Y a otra cosa también iremos nosotros, aunque sea invirtiendo el orden de la exposición de este autor, puesto que a renglón aparte vamos a introducirnos en las especies de servidumbres, que Ramos había tratado con anterioridad, en su capítulo segundo de la primera parte del tratado de servidumbres.

2. 3. Especies de servidumbres

¿Cuáles eran las especies, clases o maneras de servidumbres? De acudir a la Tercera Partida, a la ley primera del consabido título treinta y uno, en principio había dos maneras de servidumbres, y sería la primera, en sus palabras, aquella que una casa tiene en otra, que desde el derecho romano llamaban urbana, mientras que la segunda es la que una heredad tiene en otra, que en latín se denominaba rústica. Sin embargo, se expone seguidamente, aún existe otra servidumbre que gana el hombre en las cosas ajenas, pero no a favor señaladamente de su heredad, sino en provecho de su persona, que concreta en las figuras del usufructo, uso y habitación y también en las obras o ministerio de los hombres, caso de los siervos menestrales o labradores. Y de todas ellas, pregona el texto alfonsino, va a tratar en las sucesivas leyes del título, tarea que llevará a efecto con no escaso detalle: de la ley segunda hasta la diecinueve, de las reales, y de la veinte a la veintisiete, de las personales.

Si pasamos a los jurisprudentes que se mueven en el entorno de las Partidas, y comenzamos por Montalvo, vemos que éste se limita en su glosa a sintetizar en latín lo que aquéllas decían en este pasaje, con el añadido de las concordancias con el derecho romano, en su versión justinianea[43]. Por su parte, Hugo de Celso, no va más allá, reiterando lo dispuesto en Partidas, aunque a los dos ejemplos que consigna Montalvo de servidumbres personales, el usufructo y el uso, agrega la habitación, no muy alejada del uso[44]. En cuanto a Gregorio López, por breve que sea, sí aporta algún comentario a este episodio de Partidas, como cuando precisa que la servidumbre urbana se determina por la calidad del predio al que se debe y no por la de aquel que debe la servidumbre[45], o que se dice urbana respecto de la casa hecha con ánimo de habitar, pues si lo fuera por causa de percibir los frutos sería rústica y no urbana[46]. Asimismo Gregorio López hace algunas acotaciones respecto a las cuatro servidumbres personales que aparecen en Partidas: usufructo, uso, habitación y ministerio de los siervos, aprobada expresamente por Dino, que decía que el ministerio de los siervos es servidumbre personal, como también lo sostenía Bártolo, pese a que otros juristas, como Jasón, Baldo y Cepola daban una respuesta distinta respecto al ministerio de los siervos. En todo caso, advierte Gregorio López, siguiendo lecturas de Cepola, estas cuatro servidumbres participan tanto de las servidumbres reales como de las personales, por lo que se llaman mixtas[47]. Con lo cual Gregorio López se metía en el avispero de las servidumbres mixtas.

Gregorio López, según acabamos de contemplar, al lado de las servidumbres reales y personales aludía a una tercera categoría, la de las servidumbres mixtas, si bien fue Antonio Gómez, lo que le acarrearía un aluvión de críticas, quien entre los juristas castellanos defendió con mayor énfasis la división de las servidumbres en tres especies: servidumbre meramente personal, servidumbre mixta y servidumbre meramente real[48]. Servidumbre personal es

---

[43] Juzgue el lector lo elemental de la glosa de Montalvo: *Et est duplex.Quaedam urbana & alia rustica, ut hic declaratur: & est tertia quam quis ad personae servitium in rebus alienis habet, ut usufructus, vel usus, hoc dicit*. Si bien, en glosa "Cumplidamente", a la ley veinte de este mismo título de Partidas, donde tratan del usufructo y del uso, Montalvo aludirá a otra división, pero no tanto de especies de servidumbres, como de un tipo de las llamadas personales, la de usufructo, ya que para la ocasión, y siguiendo la doctrina común, distingue entre usufructo causal, que alguien tiene en las cosas propias y se dice causal porque tiene causa de dominio, mientras que la servidumbre formal es la que está separada del dominio.

[44] *Repertorio*, voz *Servidumbre y servicio*.

[45] Glosa "Ha una casa", con cimentación en textos romanos, la glosa, Azo y Cepola.

[46] Glosa "En otra", con el apoyo de textos romanos y la autoridad de la Glosa y Azo, que ratifica en la glosa siguiente, también con el nombre de "En otra", pero con referencia a las servidumbres rústicas.

[47] Glosa "De su persona".

[48] *Variarum resolutionem*, t. II, cap. XV, *De servitutibus*, a lo largo de todo el capítulo, desde el número 1 de sumario, como testifica su propio enunciado: *Quae sit servitus mere personalis*.

aquella que se debe de persona a persona, por la persona a la persona (*illa quae debetur a persona personae*), como el derecho que tiene el señor en el siervo propio, amparando su afirmación en textos romanos y la autoridad de la glosa. Sin embargo, se ha de advertir, matiza el autor, que ésta no es propiamente servidumbre en el caso de que el señor tenga en su siervo pleno y perfecto dominio, ya que en cosa propia no cabe servidumbre, y aunque el señor use de su siervo, sin embargo aquel derecho de uso no es servidumbre formal sino más bien causal, puesto que depende de su causa, esto es, del señor, a semejanza de lo que se dice en el usufructo que tiene y percibe el *dominus* (el titular del dominio) en su propio fundo y predio, tal y como declaraban Bártolo y Antonio Faber. No obstante, y se trataba de una nueva modulación suya, todavía propiamente podía verificarse y decirse servidumbre meramente personal cuando el señor de algún siervo, mediante contrato o última voluntad, concediera a otro algunas obras o ministerio en aquel siervo, pues entonces se debería de persona a persona, según Faber y Jasón. Eran matices y modulaciones, en variada medida, pero que no hacían renegar a Gómez de la especie de servidumbre meramente personal, dicho lo cual el autor se enfrenta con la que denomina servidumbre mixta, aquella que se debe por la cosa a la persona, de cosa a persona (*illa quae debetur re personae*), como el usufructo, el uso y la habitación, haciendo del usufructo objeto preferente de un intenso discurso de consumado jurisprudente, a lo largo de numerosos sumarios, que comienzan preguntándose por las clases de usufructo, legal y convencional, formal y causal, y continúan interrogándose por las vinculaciones entre usufructo y propiedad, si el usufructo es parte de ella, y otros muchos problemas, para acabar con el tema de la prescripción, porque las servidumbres mixtas prescribían, a diferencia de las meramente personales[49]. En fin, como última especie de servidumbre señala a la meramente real, aquella que se debe solamente por la cosa (*quae debetur a re modo)*, sea rústica o urbana. Con menor detenimiento, es verdad, mas asimismo Antonio Gómez se plantea diversas cuestiones relacionadas con esta clase de servidumbres, como era la de su constitución, transmisión y prescripción, dependiendo en este último supuesto de si eran continuas o discontinuas.

Otro jurista que tocó el asunto de la división de servidumbres fue Antonio Padilla y Meneses, quien, al comentar la rúbrica del Código sobre la servidumbre de agua[50], da cuenta de cómo Bártolo y los demás juristas atribuían a Mar-

[49] Aunque con anterioridad, en el capítulo X, a propósito de preguntarse si la servidumbre es divisible o reducible a partes, ya utilizaba el concepto de servidumbre mixta referido al usufructo y al uso, en concreto en los números 18 y 19. El uso, a diferencia del usufructo, era indivisible bajo cualquier punto de vista, de conformidad con Gómez.

[50] En su obra *In quuaedam imperatorum rescripta*, ya recordada en varias oportunidades.

ciano la división general de las servidumbres en personales y reales, aunque en materia de denominación, donde sigue a Azo, mejor se debería hablar de prediales que de reales, entre las que se encontraba la servidumbre de agua, por muchas peculiaridades que tuviera ésta en relación con las otras servidumbres de las cosas. Como sabemos, Padilla y Meneses reproduce la definición que daba Bártolo de las servidumbres reales, y alguna referencia también hará de las personales, a partir del ejemplo del usufructo, que es servidumbre personal, dice, de aquél a quien aquella fue concedida con la sola vinculación a la persona, ampliando después los supuestos de servidumbres personales al uso y la habitación, con ayuda de diversos textos de la compilación justinianea[51].

Precisamente la cuestión de las servidumbres personales llevará al autor a preguntarse si se podían dar servidumbres meramente personales, sobre lo que existían opiniones encontradas entre los jurisprudentes, baste al respecto recordar el parecer positivo, pero matizado, de Antonio Gómez, expuesto hace unos instantes, con quien tendrá algunas concomitancias Padilla y Meneses[52]. Desde luego, si nos interrogamos por si era posible encontrar una servidumbre que fuera meramente personal, las de usufructo, uso y habitación no son servidumbre meramente personales, dado que estas servidumbres se deben por razón de la cosa que sufre o padece, afirma Padilla y Meneses. Sin embargo, añade, Dino de Muxello, según refería Juan Faber, fingió un ejemplo de servidumbre meramente personal en el siervo que debía servidumbre a su señor, ejemplo de servidumbre meramente personal del que asimismo hablaban Floriano y Cepola. Opinión, la reflejada en este ejemplo de Dino, que no podía sostenerse ni lo más mínimo, al sentir de nuestro autor, pues no cabe decir que el señor en su siervo, como en cosa propia, pueda tener servidumbre, conforme mostraban los textos romanos. Si bien, en alguna semejanza de Antonio Gómez, pero sin mencionarlo, introducía ciertas graduaciones o matizaciones, porque lo que había sustentado antes era respecto de la servidumbre formal, ya que la servidumbre en el siervo no es una servidumbre formal, es decir, una forma distinta del dominio del siervo, que otra cosa sería aquella servidumbre causal, proveniente de la causa de la propiedad, de acuerdo con lo que se escribió en la glosa ordinaria, que dividió la servidumbre en formal y causal, cuya tradición habían seguido todos, y particularmente Bártolo, Alberico, Jasón y Arias Pinel[53]. En todo caso, se reite-

---

[51] De modo lacónico, y obligado por la necesidad de introducirnos en este pasaje de la rúbrica del Código, según ya nos ilustra el dictado del correspondiente sumario, el número 1: *Rubrica continuatur*.

[52] *An invenire liceat servitutem mere personalem*, ya nos anunciaba Meneses su preocupación con la literalidad del sumario número seis del comentario a la citada rúbrica.

[53] La división se anunciaba en la letra del número 8 de sumario: *Servitus, quaedam formalis, quaedam causalis*.

ra, de ningún modo se podía sustentar el ejemplo de Dino y Faber, y que se reprobaba comunmente lo atestiguaba Juan Corasio.

Más problemas y componendas le plantearía a Padilla y Meneses otro ejemplo de servidumbre meramente personal, tomado en esta ocasión de Azo, quien en su célebre Suma del Código ponía el ejemplo de servidumbre personal en los ministerios de los siervos, cuya propiedad pertenecía a alguien, pues aquella obligación de obras en hombre ajeno sin ninguna injuria se diría servidumbre personal, en la versión que de Azo nos ofrece nuestro autor. Pero como era usual en el mundo de la jurisprudencia, este ejemplo recibió reprensiones, por variados raciocinios que expone, uno de ellos, con el amparo de textos romanos, se fundamentaba en que la obligación de obras que se debían en siervo ajeno no expiraba con la muerte de aquél a quien se le debía la servidumbre. Y aún se daba otra razón para que no se estimase que ésta era una obligación de servidumbre personal, dado que la prestación de obras serviles parece que consiste en un hecho, *in facto*, cuando las servidumbres consisten por definición en un derecho, *in iure*. E incluso todavía se empleaba un tercer razonamiento, insiste Padilla y Meneses, para poder sostener que el ministerio de los siervos no era servidumbre meramente personal, que se probaría por lo siguiente, porque contra el que prohibe que se use de tal ministerio no compete acción confesoria, que suele darse en las servidumbres, sino, de modo distinto, acción de injurias.

Entre los juristas que seguían esta opinión y empleaban los citados argumentos defendiendo que la obligación de las obras de los siervos no es servidumbre se hallaban, a su decir, Cino, Baldo, Saliceto, y Ángelo, mientras Cepola daba testimonio de que ésta era común opinión, y junto a Antonio Gómez, después de los demás, estimaban que la misma era una cierta obligación personal.

¿Qué opinaba nuestro autor en definitiva del ministerio de los siervos? Padilla y Meneses confiesa que a él la opinión de Azo no le disgustaba si solamente tomamos el ejemplo respecto de las obras de los siervos que competían a alguno hasta tanto que viviese, pues ni siquiera en este caso la común opinión podía negar que ésta es servidumbre personal, respondiendo así al primer considerando que se utilizaba en contra. En cuanto al segundo argumento, que la prestación de las obras consista *in facto*, él lo considera ingenuo si se atiende al mismo ministerio, y si se considera la obligación por la que aquel ministerio es prestado se ha de entender que ésta, como las demás servidumbres, consiste *in iure*, en un derecho. Y mucho menos obsta, señala, el argumento tercero, consistente en que contra el que me prohibe utilizar el ministerio de los siervos pueda utilizar la acción de injurias, cosa que no pueden probar de ningún modo, porque si lo probasen habría de responderse que

no porque pudiera servirse de la acción de injurias se le denegaba la confesoria. En apoyo de su dictamen, en fin, aporta las autoridades favorables a Azo, como eran Bártolo, Faber y Jasón, aparte de lo que establecían las Partidas, donde la oportuna ley, la ley 1, título 31, Parida 3, recogía el ejemplo de las obras de los siervos.

Era por consiguiente la cuestión de las servidumbres derivadas del ministerio de los siervos la que principalmente sembró la inquietud de Padilla y Meneses en el apartado de la clasificación de las servidumbres en dos grandes especies, prediales y personales, a pesar de que también aludió a otras categorías de servidumbres: nominadas e innominadas, las innominadas serían en número mayor que las que tenían nombre, al decir de Baldo, según nos cuenta el autor[54]. Al margen de la otra división igualmente avanzada, de servidumbres formales y causales y, por supuesto, de las servidumbres continuas y discontinuas entre las prediales, a efectos de prescripción, más que nada, aunque de esta última tampoco se libraba la servidumbre personal de usufructo[55].

Si seguimos dando un pequeño repaso a la doctrina castellana y nos acercamos a un escritor posterior, de gustos neoteóricos, Antonio León Coronel, verificaremos que sus comentarios a las leyes de servidumbres del Digesto los inicia con la tajante declaración de que las servidumbres o son personales, o son prediales, nombre que como otros prefiere al de reales[56]. La personal, se dice, prosigue, puesto que inmediatamente se debe a la persona, como el usufructo y el uso. Y en especial, el usufructo, al entender de Paulo, es el derecho de usar y gozar de las cosas ajenas salvada la sustancia de la cosa[57]. Pero algo tiene en común el usufructo con nuestras servidumbres prediales, asegura León Coronel, ya que consiste en un derecho en cosa ajena, bien que

---

[54] El sumario, el número 10 del comentario a la rúbrica, lo enuncia así: *Servitutes quaedam nominatae, quaedam innominatae*. Y así comienza el texto: *Sunt autem servitutes nominatae quaedam, ut illa, itineris faciendi, tigni immittendi, altius non tollendi, pecus ad aquem appulsus & similes, aliae innominatae*.

[55] Sobre las servidumbres continuas y discontinuas debatirá con amplitud en esste mismo volumen, en el comentario a la *L.Si aquam. 2*.

[56] Aunque lo que a él le importa, como intérprete de las fuentes romanas, son las servidumbres prediales, según reza el sumario número 1 de sus comentarios a la *L. 1. ff. de servitutibus*, que abre su obra *Commentaria in Titulos de servitutibus*: *Hic versamur in servitute praediali, & quid sit* dicitur.

[57] De este tenor: *Usufructus est, inquit Paulus, ius alienis rebus utendi, fruendi salva rerum substantia*. Pero sobre el usufructo, repitiendo incluso la noción de Paulo, volverá con toda su erudición en el comentario a la siguiente ley, la *L. 2. ff. De servitutibus*, en torno a la explicación de dos asuntos recurrentes: la divisibilidad del usufructo y la relación de éste con el dominio, si es o no parte del mismo, como ya nos indican los rótulos de los números 4 y 5 de sumario, sucesivamente: *Usufructus potest constitui per partes; Usufructus non est pars dominii*.

también tiene diferencias el usufructo respecto de las servidumbres prediales, porque se debe a la sola persona, cuando las prediales se deben inmediatamente al predio, de ahí que aquella se diga personal y la nuestra predial[58]. Dicho lo cual pasa a hablar de las servidumbres prediales, que son como cualidades inherentes a los propios fundos, porque qué otra cosa eran los derechos de los predios, al decir de Celso, que los mismos predios de la manera como se tenían, a ejemplo de la bondad, la salubridad o la amplitud, y de ahí asimismo, según refería Connano, que Bártolo hubiera definido la servidumbre predial en estos términos latinos: *servitus est ius habendi, agendive aliquid in vicini fundo cui debetur, respiciens eius utilitatem*. A su vez, con el testimonio de Marciano, León Coronel explica que las servidumbres prediales o son rústicas o son urbanas. Las servidumbres rústicas consisten en el suelo y las urbanas en la superficie, por mucho, y ello creaba problemas, que superficie se diga el suelo sin edificar[59]. Ya en otro orden de cosas, por relación a la prescripción de las servidumbres, León Coronel, en connivencia con Connano, pero desde una nueva y original resolución suya, según recalca, niega la común opinión que sostenía que la servidumbre continua, o cuasi continua, caso de la servidumbre de poder meter viga en casa ajena, la de soportar la carga del muro vecino, o la de sufrir el vertido de aguas de modo natural desde su propio tejado, pudiera prescribir por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, mientras que la servidumbre discontinua, de senda, carrera o vía, prescribía por tiempo inmemorial, porque para este autor carecía de toda razón distinguir en la prescripción de las servidumbres prediales entre causa continua y discontinua[60].

Esto es lo que decía León Coronel en cuanto a la estricta división o especies de servidumbres, no demasiado, pues ni siquiera se molestó en contra-

---

[58] Ahondando más, en el número 4 de sumario referido en la nota anterior, llegará a decir que la verdadera diferencia entre las servidumbres prediales y el usufructo consiste en que las servidumbres prediales, tomando el ejemplo de la de vía, es indivisible por su naturaleza interna, incluso en aquel tiempo en aquel tiempo que de hecho no usó de la servidumbre de ir tiene aquel derecho indivisible e incorpóreo, mientras que el usufructo, *simpliciter*, sin distinción, se dice divisible en derecho.

[59] Además de en este pasaje, vuelve sobre la distinción de servidumbres en rústicas y urbanas en el comentario a la *L. 3. ff. de servitutibus*, y en concreto al preguntarse en el número 1 de sumario si el superficiario y el enfiteuta pueden constituir rectamente servidumbre, donde dice que unas y otras servidumbres lo son atendiendo a la causa próxima de la servidumbre, pues la causa próxima de la rústica es el suelo, como en el ejemplo de la senda, mientras que la causa próxima de la urbana parece la superficie, como ocurre en el ejemplo de la servidumbre de introducción de viga en la casaa vecina en apoyo de la suya.

[60] La negación de la distinción es desarrollo de este sumario: *Asseruntur opiniones nostrorum de causa continua & discontinua, quae falsae sunt*, que hace el número 2 del comentario a la *L. Servitutes. 14. in ordine. ff. de servitutibus*, dentro de su citada obra. Entre los juristas que reflejaban la opinión común menciona a Antonio Gómez y a Antonio de Padilla y Meneses.

decir a los juristas que habían sustentado una clasificación tripartita, al valorar como especie de servidumbre meramente personal la que alguien tiene sobre su siervo, e incluso porque considerasen como servidumbre personal las obras o el ministerio de los siervos. Una actitud de la que tampoco se distanciará en demasía, quizá por su afán metodológico de brevedad, Antonio Pichardo Vinuesa, un poco después, al comentar las Instituciones de Justiniano, coincidiendo con León Coronel en proclamar sin ambages que dos son las especies de servidumbres, una la servidumbre personal, que se debe por la cosa a la persona, como el uso y el usufructo, y otra la real, que se debe por la cosa a la cosa, cuales son las rústicas y las urbanas[61]. Sin embargo, Pichardo, lo que no hizo León Coronel, dedicará unas líneas a matizar o contrariar las opiniones que ponían en duda la división exclusivamente bipartita[62]. Puesto que, según Pichardo, no obstaba a lo dicho la sentencia de Accursio que estimaba que también era servidumbre la que cualesquier tenía en su siervo y la que alguien podía deber a la cosa. Para empezar, porque la servidumbre que alguien tiene en su siervo no es verdadera servidumbre formal, sino causal, como con fortuna decían los doctores, enfatiza, la cual desciende del dominio de la propia cosa, mientras que la verdadera y formal consiste en la cosa ajena y no en la propia, que a su señor no puede deber servidumbre, entre citas de textos romanos y de notables autoridades como Faber, Jasón, Antonio Gómez, Padilla y Meneses y Corasio. Pero tampoco le favorecía a Accursio la interpretación de algunos textos romanos, ya que en ellos, según indicaban los doctores, aunque de algún modo parece que se infringe la libertad natural, sin embargo no se constituye verdadera servidumbre, al decir de Pichardo. Y ya en otro apartado, en el de los tipos correspondientes a estas dos grandes especies de servidumbres, en concreto dentro de la principal servidumbre personal, la de usufructo, pero que reflejaba su inequívoca querencia neoteórica, Pichardo se alineará con los juristas que defendían que el usufructo era único, en contradicción con la común opinión que sostenía que el usufructo era doble: causal y formal, por su relación con la propiedad[63].

Distinta actitud que los juristas hasta ahora reseñados en este epígrafe tendrá Juan del Castillo Sotomayor, pues aunque su intención es desarrollar de

---

[61] Dentro de su obra *In quatuor Institutionum*, y más en especial, en el número 4 de sumario de su comentario a modo de proemio al Título III, *De servitutibus rusticorum & urbanorum praediorum.Tit.III*, que lleva este escueto enunciado: *Servitutum, alia personalis, alia realis*.

[62] He aquí los dictados respectivos de los números 5 y 6 de sumario de este comentario preliminar: *Servitutem non habet quis rei suae sed alienae; Persona rei servitutem debere non potest, & interpretata, l. Titio centum. 70. §. Titio centum, D. de cond. & dem*.

[63] En respuesta a estos sumarios: *Usufructus causalis, & formalis iuxta commun.; Unicus est usufructusm isque formalis contra comm*., que dan lugar a los números 10 y 11 del *Principium Tituli*, *De usufructu. Tit. IIII*, en sus *In quatuor Intitutionum*.

manera monográfica y por extenso la institución del usufructo, al existir las connivencias que existían entre las servidumbres personales y reales, de continuo, en numerosos capítulos de la obra, el madrileño ha de hablar de las semejanzas y diferencias que se daban entre unas y otras, sin que faltara la oportuna reflexión acerca de si gozaba de la condición de servidumbre el ministerio de los siervos, ni tampoco dejará de haber en él alguna alusión a las llamadas servidumbres mixtas[64].

Así por ejemplo, en este mar de relaciones entre servidumbres, una de los asuntos que se plantea es si el usufructo puede obligarse, pignorarse o darse en hipoteca y qué ocurre con las otras servidumbres, las reales, rústicas y urbanas, una cuestión muy intrincada, asevera, después de los infinitos escritos sobre la materia, desde los antiguos hasta los neoteóricos[65]. Y no engaña Castillo de Sotomayor, porque se enzarza dialécticamente con las diversas opiniones, comunes y singulares, que se han dado sobre si el usufructuario, amén del señor de la propiedad, tiene capacidad para obligar y que ocurría con la sentencia común según la cual sólo las servidumbres rústicas podían pignorarse o hipotecarse, a diferencia de las urbanas, que no podían, cuando otros autores decían que ni siquiera este mundo de obligaciones tenía cabida en las servidumbres rústicas, bien que para resolver el enigma se formulaba una distinción por el lado de los neotéoricos, según se tratase de servidumbre ya constituida o que hubiera de constituirse. Todo muy interesante, sin duda, pero lo que a nosotros más importa es que al final de la disertación se pregunta Castillo de Sotomayor por las distinciones que se producen en este capítulo entre el usufructo y las servidumbres rústicas y urbanas, pues en boca del autor fácilmente tras lo que había expuesto podía deducirse la verdadera razón de la diferencia entre el usufructo, que podía pignorarse e hipotecarse, y las servidumbres urbanas y rústicas que no podían pignorase. Porque, a su creer, todas las cosas que suponen un impedimento en las servidumbres para que no puedan pignorarse, o darse a hipoteca, de ningún modo obstan al usufructo, dado que como el usufructo no sea del predio sino de la

[64] Aunque, en ocasiones, su discurso final interpretativo, tras tantos esfuerzos debatiendo y contradiciendo opiniones, lo sustituye por una remisión a las autoridades, como sucede en capítulo LXX del referido tratado *De usufructu*, donde se pregunta si el usufructo puede constituirse en fundo estéril, o sin utilidad alguna, y qué acontece sobre el particular en las otras servidumbres, según aventuramos ya al leer el dictado del último número de sumario, el 24, de este tenor: *Servitutes reales qualiter a servitutibus, vel obligationibus personalibus distinguantur? remissive*. Y en el contenido del texto lo que nos dice es que el modo de como se distinguen al respecto las servidumbres reales de las servidumbres o de las obligaciones personales, después de otros muchos lo tratan y plenísimamente distinguen Cepola, Corasio, Padilla y Meneses, Menochio, Jacobo Mandello de Alba Cremense y Antonio Eugenio.

[65] Así enuncia el capítulo LXX: *Usufructus utrum obligari, pignorive aut hypothecae dari possit, & quid de aliis servitutibus*.

persona, no afectará al predio sino a la persona y no requerirá predio vecino, y por tiempo y al tiempo puede constituirse, y así también, consecuentemente, prosigue, en relación con el dinero está libre y puede darse en prenda, al contrario de lo que acontece con las servidumbres[66]. Pero sus interrogantes, y sus disputas e interpretaciones jurisprudenciales, se producían igualmente a propósito de otra cuestión, si el usufructo u otra cualquier servidumbre se perdía por confusión[67], porque eran asertos usuales, entre otros, los de que se producía la pérdida por confusión de las servidumbres prediales desde el momento en que comenzaba a ser alguien titular de uno y otro predio, del dominante y del sirviente, teniendo en cuenta que nadie puede servirse de la propia cosa[68], como también se aseguraba que el usufructo se perdía por adquisición de la propiedad, esto es, en el caso de que el fructuario adquiría la propiedad, cuyo fenómeno se llamaba confusión y consolidación, por la razón de que como la propiedad era adquirida por el fructuario, no podía haber derecho en cosa propia, en la medida en que residía antes[69]. Aunque había alguna diferencia a la hora de la extinción por confusión entre el usufructo y las servidumbres prediales, teniendo en cuenta que el usufructo se extinguía por confusión si dejada la propiedad bajo condición el fructuario era instituido heredero Porque también por esto el usufructo distaba de las servidumbres prediales rústicas y urbanas, cuando instituido aquel heredero, cuyo predio sirve al predio hereditario, el predio hereditario, o la propiedad de su predio, se lega bajo condición de otro, ya que no todas las servidumbres se perdían por la adición o aceptación, matiza[70]. Como una vez más le planteaba dudas y diferencias otra cuestión, si el usufructo se extinguía por mutación y si otro tanto ocurría con las servidumbre reales, rústicas y urbanas, sobre todo cuando quedaba derruido un edificio, ya que en el usufructo sólo intervendría utilidad privada, mientras que en el caso de las servidumbres urbanas interesaba a la república que no se extinguieran[71]. Que no eran las últimas disquisiciones, pues comparaciones y diferencias entre el usufructo y

---

[66] Lo expone Castillo como desarrollo del último número de sumario, el 36, de este tenor: *Inter usufructum, & servitutes urbanas, ac rusticas vera differentiae ratio proposita*.

[67] Así introduce el capítulo LXXI: *Usufructus, vel alia servitus confusione amittitur*.

[68] De acuerdo, sin más, con la literalidad del número 5 del sumario: *Servitutes praediorum confundi, si idemm utriusque fundi, & dominanti, & sirvientis dominus essse coeperit*.

[69] En respuesta al sumario número 7: *Usufructum amitti acquisitione proprietatis, id, est, si fructuarius proprietatem acquieserit, qua res consolidatio apellatur, & confusio*.

[70] He aquí la literalidad de los dos últimos sumarios, números 12 y 13: *Usufructum distare a servitutibus urbanorum praediorum, & rusticorum, cum haerede instituto eo, cuius praedio praedium haereditarium servit, praedium haereditarium, vel eius praedii proprietas sub conditione legatur alii; Servitutes non omnes aditione confundi, prout remissive explicatur*. Aunque se ha de advertir que el último sumario las remisiones son a pasajes suyos anteriores.

[71] Se trata del capítulo LXXII, así intitulado: *Usufructus an, & qualiter rei mutatione extinguatur? ubi agitur de ratione diversitatis inter servitutes personales, & reales*.

las servidumbres reales están presentes asimismo en el momento en que está tratando de los modos de constitución del usufructo, cuatro, según enumera en las primeras líneas de su exposición: por ley, por el juez, por testamento y por contrato[72]. Las servidumbres reales, a su vez, por muchos modos podían constituirse, asegura, casi por tantos como el usufructo, pero donde se centra fundamentalmente es en los testamentos y en los pactos y estipulaciones *inter vivos*[73]. No sin algún interrogante, ciertamente, sobre el que delibera despacio, rechazando la opinión de Corasio, a saber, si el usufructo y las servidumbres pueden constituirse con nudos pactos, amén de una afirmación, que prometer servidumbre y constituir son cosas diversas y de distintos efectos, que tiene su colofón en la advertencia de que hablemos del usufructo, o de las otras servidumbres, interesa muy mucho distinguir si se constituyen *inter vivos* o por testamento[74]. Y el tiempo y la condición eran otros elementos que marcaban diferencias a la hora de la constitución del usufructo y de las otras servidumbres, porque las servidumbres reales, en contraste con el usufructo, no podían darse ni por tiempo, ni a tiempo, ni bajo condición, ni por una cierta condición[75]. Claro, que muchas más elucubraciones le llevó el tema de la *traditio* tanto en las servidumbres personales, el uso y el usufructo, como en las reales, rústicas y urbanas, partiendo de la aceptación de que unas y otras eran incorporales, bien que siempre había alternativas y disyuntivas ideadas por los jurisconsultos, así la idea de la *quasi possessio*, pese al carácter incorporal de las servidumbres, o la ficción de que el uso y la paciencia de las servidumbres inducía la entrega y constitución de aquéllas[76]. Como no podían dejarle indiferente las posturas y explicaciones jurisprudenciales en relación con la divisibilidad o indivisibilidad de las servidumbres, que en esto había se daba una peculiaridad o excepción del usufructo, pues todas las servidumbres reales se consideraban indivisibles, como otro tanto ocurría con las servidumbres personales de uso y habitación[77]. Aunque él tenía algo novedoso que apostillar en el

---

[72] En el capítulo X, que se acoge a este dictado: *Quibus modis Usufrctus constituitur*. Y éste era el primer número de sumario: U*sufructus quadrupliciter constituitur*.

[73] De algún modo son indicativos estos sumarios, números 7, 8 y 9, sucesivamente: *Servitutes reales in testamentis, & inter vivos, constituuntur pactionibus, & stipulationibus; Et eisdem fere modis, quibus usufructum constitui posse diximus; Servitutis constituendi quamplures modi, remissive*.

[74] Tiene su desarrollo a lo largo de los sumarios 10 a 27.

[75] Así enuncia el capítulo XI: *Usufructus cur dividitur ratione temporis,non aliae servitutes*, que explaya a lo largo de veinticuatro sumarios.

[76] Más sutiles eran los debates, según contemplamos en el desarrollo del capítulo XII, de este nombre: *De Traditiones servitutum tam personalium quam realium*, a través de cuarenta y un números de sumario.

[77] Así titulaba el capítulo XXXI: *Usufructus servitus cur dividua?* Y éstos eran reveladores dictados de sumario, números 12 y 15: *Servitutes omnes reales individuae sunt; Servitutes omnes personales, ut Usus, Habitatio, & similes, individuae sunt, excepto usufructus, qui dividuus est*.

caso del usufructo, acudiendo, era previsible, a distingos, en sintonía con Corasio, por cierto, de manera que el usufructo no puede dividirse con división natural, como sea derecho incorporal, pero bien se divide según ordenación de derecho, o expuesto de otro modo, que el usufructo se dice divisible respecto de la división por partes cuantitativas, mientras que respecto de la división por partes discretas y demostrables se dice indivisible, puesto que como es derecho, y por consiguiente incorpóreo, en él no cae división[78].

Eran ya unas cuantas distinciones, sin duda, relativas todas a la gran división de las servidumbres entre personales y reales, nombre este último que utiliza habitualmente en lugar de prediales, pero probablemente para él una de las más trascendentes, como que aparece en la cabecera del capítulo primero de su tratado, es la duplicidad del usufructo, formal y causal, común sentencia u opinión entre los jurisconsultos, proclama, que va a mantener con toda decisión y empecinamiento dialéctico, distanciándose en este punto de juristas neoteóricos y recientes que sostenían que el usufructo era único, como era el caso de Baronio, Connano, Corasio o Pedro Gregorio Tolosano[79]. Usufructo causal se dice aquel que cualquier *dominus*, o titular del dominio o propiedad, tiene en cosa propia, de modo que está unido con la propiedad. Se llama causal, prosigue, puesto que se causa con ocasión del dominio y propiedad, y no es distinto y está separado de ella. En cambio, usufructo formal se dice el que está separado de la propiedad y no puede estar con ella, como ocurre cuantas veces, y eran numerosas, la propiedad de un fundo está en uno y el usufructo del mismo fundo en otro, y este usufructo personal, perfila más, es servidumbre personal, inherente de tal modo a la persona que de ella no puede separarse. Más aún, redundando, es servidumbre personal porque recibe el nombre de la persona a la que se debe, y no del predio sirviente, y por tanto se extingue con la persona. Los apoyos jurisprudenciales de que se sirve para mantener la división no eran pocos: Socino, Dino de Muxello, Tello Fernández, Morla, la glosa ordinaria, Bártolo y el común de los doctores, según refiere, e incluso, asegura Castillo, la doctrina de Pierre Refuffi en esta materia no es nueva, sino que incide en la común sentencia de la glosa y Bártolo[80]. Aunque el, desde luego, coherentemente, del usufructo que tratará es del formal, el que con mayor propiedad era usufructo, según reconoce,

---

[78] He aquí los dos últimos números de sumario, el 22 y el 23:*Usufructus dupliciter accipitur, prout hoc numero cum Corrasio explicatur; Ad cuius doctrinam, quorumdam resolutiones reducendae esse, nove animadvertit Author*.

[79] En efecto, el capítulo I se denomina *De usufructu formali & causali*, desenvuelto en cincuenta y nueve números de sumarios, de no poca brillantez.

[80] Lo anticipa en el último número de sumario, el 59, de este capítulo primero: *Rebuffi doctrinam in hac materia novam non esse, sed in communem distinctionem incidere, nove consdieratur ab Authore*.

cuya definición tomada por Justiniano del jurisconsulto Paulo, y aceptada también por las Partidas, y repetida por casi todos, era la siguiente, en sus términos latinos: *Ius utendi, & fruendi rebus alienis salva rerum substantia*[81], lo cual no suponía que no volviera sobre la referida distinción entre usufructo formal y causal con posterioridad, como al preguntarse, entre opiniones jurisprudenciales diversas, de qué manera es el usufructo parte del dominio o de la servidumbre[82].

Centrado como estaba en el estudio del usufructo como especie de servidumbre personal, alguna alusión va a hacer Castillo, mera mención casi, al tema de las servidumbres mixtas, para insistir en que las servidumbres, según escribía Marciano, o eran de las personas, como el uso y el usufructo, o de las cosas, como las servidumbres de los predios urbanos y rústicos, por lo cual el usufructo es servidumbre personal y no mixta, de acuerdo con numerosos jurisprudentes: Aretino, Faber, Dino, Platea, Balduino, Morla, o Connano, que por lo demás defendían la que era sentencia común desde la Glosa y Bártolo. Eso también, como ostentación de la actualización de sus lecturas, dirá que después de haber escrito su tratado y dado a la imprenta en su integridad, habían aparecido unos comentarios al título de usufructo de las Instituciones obra de Pedro Ricciardo, donde defendía éste que el usufructo como *ius dispositum* y de por sí, simplemente considerado, se decía personal y no real, en coincidencia con lo que él venía sosteniendo desde el capítulo primero de su tratado, en su número cuatro. Era una cuestión que solamente apunta, insistimos, y lo va a hacer en el contexto de un capítulo dedicado a mostrar las diferencias y concordancias entre el usufructo y las otras servidumbres personales: el uso y la habitación[83].

Mayor atención prestará el autor, en cambio, al asunto de las obras y ministerio de los siervos, negando que fueran servidumbres, personales o reales, sino sólo una cierta obligación personal, por lo que no le importaba llevar la contraria a Antonio Gómez, o estimar que en este punto las Partidas parecían alterar el *ius commune*, mientras se mostraba más comprensivo con Padilla y Meneses y ya claramente aceptaba la sentencia de Connano. También es de señalar que Castillo de Sotomayor, al compás de la doctrina, se preguntaba en su defecto por el usufructo de los siervos, que como el de los

---

[81] En el número 1 de sumario del capítulo IV, de este rótulo: *De definitione usufructus, & dominio rerum dotalium*.

[82] En particular en el capítulo XXXII, de esta guisa: *Usufructus utrum, aut quomodo sit pars dominii, vel servitutis?*

[83] Este es el título de su capítulo XXVIII: *Usufructus, Usus, & Habitatio qualiter inter se differant, aut conveniant?* A su vez, son indicativos de su tratamiento los enunciados de los dos primeros sumarios: *Usufructum, servitutis speciem esse; Usufructum servitutem personalem esse, non autem mixtam*.

jumentos parecía impropio y fingido, dado que los siervos y los jumentos se consumirían por el mismo uso y se corromperían, pese a que existían discrepancias entre los juristas, como era su propio caso, porque aunque se corrompían por el tiempo, por el uso sin embargo no se consumían y de donde rectamente podía constituirse usufructo, contradiciendo el autor en este punto a Arias Pinel. Además de que los siervos, como los jumentos, regularmente durante tres años no se consumían, por lo que podían encuadrarse dentro de las cosas que por uso no se consumían, concluye[84].

Eran todas disquisiciones de un jurista muy culto, las de Castillo, bregado en mil lecturas y controversias, que tuvieron notable repercusión, según constatamos, al menos parcialmente, en otro autor castellano, experto en la vida de los municipios, como fue Antonio Fernández de Otero, que escribió, lo sabemos de sobra, un tratado de pastos y de derecho de pacer. Pues bien, uno de sus capítulos, el dieciocho, lo dedicó a preguntarse por la prescripción de la servidumbre del derecho de pastar, donde con acierto considera que sería conveniente deliberar primero sobre qué se decía servidumbre personal y real y cuáles eran las diferencias de una respecto de la otra, porque luego, conocida la naturaleza y calidad de una y otra, será fácil determinar si el derecho de pacer en campo ajeno pertenecía a una u otra especie de servidumbre[85].

¿Qué era servidumbre real? Al decir de Fernández de Otero, la que por la cosa se debe a la cosa, *quae re debetur rei*, que algunas veces suele llamarse predial puesto que se debe al predio, precisa, amparando sus afirmaciones en el pertinente aparato de textos romanos. Pero como además, con el nombre de predio se comprende cualquier inmueble, o fundo, por ello en unas ocasiones será urbana y, en otras, rústica, según se atienda al fundo urbano o al rústico al que se debe. Y si nos parece suficiente la apelación que hace de leyes romanas, tampoco será escaso el listado de autoridades en que se apoyaba: la glosa, Paolo di Castro, Jasón, Connano, Zasio, Caepola, Menochio o Gregorio López A lo que añade el autor la definición de servidumbre real dada por Bártolo y unas pequeñas notas alrededor de la misma, referentes en particular al problema de la utilidad, donde sigue el parecer de Castillo de Sotomayor, de concordia.

---

[84] Sus razonamientos al respecto se encuentran en el capítulo L, así denominado:*Operae, & ministeria servorum an sint personarum, vel rerum servitutes, & qualiter ab usufructu servorum differant*.

[85] Repetimos el dictado del capítulo XVIII: *Servitus iure pascendi, an realis, an vero personalis sit, & quo tempore praescribatur*. Del sumario número 1 al 8 trata el autor de la división y diferencias entre las servidumbres reales y las personales, y luego, desde los números 8 al 14 habla de los problemas que plantea la adscripción de la servidumbre de pastos a una u otra categoría de servidumbres.

¿Qué era, en cambio, servidumbre personal, de acuerdo al guión propuesto? A esta división le da más vueltas y rodeos Fernández de Otero que en el caso de las reales, por el asunto de las denominadas meramente personales, que tenían un trasfondo social e ideológico difícil de asimilar en una sociedad que ya no era esclavista como era el caso de la castellana de su tiempo, a diferencia de la romana. Para Fernández de Otero, según nos cuenta, cuando se refiere a la servidumbre personal está hablando de la mixta y no de la meramente personal, si entendemos por ésta la que por la persona se debe a la persona, porque personal es para él aquella que se debe por la persona a la cosa, caso del uso, usufructo y habitación, y aun cuando sean de algún modo reales, en virtud de que se deben a la persona se llaman personales, sobre todo si se tomaba en consideración al denominarlas personales que el nombre lo recibían de lo más digno, y como el hombre sea la mayor en dignidad de todas las criaturas y todas las cosas las dispuso la naturaleza a su servicio, en dicho de Ovidio, era más bien por la persona que por la cosa por lo que llamaban personales. Además de por otra razón fundamental: que es de su naturaleza que se extingan con las personas, según enseñaba Corasio, sin olvidar que estas servidumbres se forman no por contemplación del predio o de la cosa, sino de la persona, tal y como se recogía en diversos textos romanos y corroboraban las autoridades de la glosa, Cino, Gamaro, Menochio, Morla y Castillo de Sotomayor. De manera, prosigue, que entre la servidumbre personal y real una diferencia esencial se produce, puesto que la servidumbre real sigue a la misma cosa y, por la tanto, pasa a los herederos, e incluso a cualquier poseedor de la cosa, mientras que la servidumbre personal se extingue, extinguida la persona, y no pasa a los herederos, entre citas de textos romanos y justificaciones jurisprudenciales, según ratificaban los nombres de Alejandro, Valasco, Pinel y Juan García de Saavedra.

De atender a lo cual, entra ya el autor en el derecho de pacer en campo ajeno, la servidumbre de pastos no sería personal sino real, porque de acuerdo con las respuestas de Scevola y Papiniano la servidumbre del derecho de pacer pasaba a los herederos y seguía a cualquier otro poseedor del fundo, a no ser que otra cosa en contrario se dispusiera por contrato o por testamento, y que era servidumbre real por autoridad de los derechos lo sostenían Paris de Puteo, Zasio, Covarrubias, Meneses y Morla. Además de por otro argumento, y es que cuando en estos pastos entraban los animales y rebaños, y por su presencia se hacía un considerable emolumento, por la cosa a la cosa parecía prestarse, en total sintonía, pues, con la definición de servidumbre real, lo cual ocurriría no sólo cuando compete respecto de la utilidad de algún predio, en cuyo caso, señala, no existía ninguna controversia entre los doctores, sino también cuando compete tal derecho sin contemplación de otro predio, desde el momento en que dichos derechos no hagan ninguna mención del predio

dominante. Aunque a la hora de la verdad las cosas para Fernández de Otero no eran tan claras, estira el hilo de los argumentos jurisprudenciales y origina dudas al lector, como si en el derecho de pacer en campo ajeno más que a una especie de servidumbre, establecida sobre una persona o una cosa, hubiera de atenderse a la consideración y fuerza de obligación personal, en especial si se trataba de las constituidas sin predio o rebaños, asunto que llevaba acarreadas consecuencias a efectos de las acciones competentes en su defensa y asimismo en torno a la prescripción, en lo que no vamos a entrar. Porque si se hablaba de la prescripción había de atenderse a si lo era por tiempo ordinario o inmemorial, lo que a su vez suponía distinguir entre servidumbres continuas y discontinuas, según la común opinión, tal y como lo apuntaban la glosa, Bártolo, Jasón, Antonio Gómez, Ccovarrubias o Meneses, y la ley de Partidas, por si no era poco lo anterior, reproducía encima este parecer, según la literalidad del texto que inserta el autor en su integridad, pero que a Fernández de Otero no le convencía la cuestión, como a otros muchos juristas que cita, Contrado, Eguinardo, Costalio, Duareno, Connano o Parladorio, quienes con acierto, según dice, rechazaban como vana la distinción de servidumbres entre continuas y discontinuas[86].

Donde sí hemos de entrar por obligación es en la esmerada y concienzuda exposición de Ramos del Manzano, que dedica el capítulo segundo de la parte primera de su tratado a la división de las servidumbres y a las diferencias entre las reales y las personales[87]. Muy importante, sin duda, porque de salida, en sus primeras palabras, en el parágrafo primero de este capítulo, se sincera y califica de inepta y viciosa aquella división recibida por el vulgo y aceptada por Acursio, que enseñaba que existían tres especies de servidumbre: una meramente personal, es decir, del siervo respecto del señor, otra meramente real, que por la cosa se debía a la cosa, cuales eran las prediales urbanas y rústicas, y una tercera, mixta, que a su vez tenía dos géneros, uno que por la cosa se debe a la persona y otro que por la persona se debe a la cosa. Ramos, en congruencia, unos parágrafos después, en el sexto, tras haber rechazado esta división de Accursio, afirma en seguimiento de la doctrina de Marciano, y con ayuda exclusiva de textos romanos, sin alusión aquí a la jurisprudencia del *Ius Commune* ni a las leyes regias, que solamente hay dos especies de servidumbres, pues o son de las personas, o lo que es lo mismo, son personales, o bien son de las cosas, o reales, que así también por los autores de derecho suelen distinguirse, añade, de manera que o de los hombres o de los predios servidumbres y derechos se designan, o lo que también

[86] El asunto de la prescripción lo taca desde el sumario número 15 al 28, el último.

[87] De este modo lo rotula: *De Servitutum divisione, & differentiis inter reales & personales*, que explica a lo largo de dieciocho parágrafos.

es igual, de acuerdo con sus palabras latinas: *servitutes in rem vel in personam*. Servidumbres personales, insiste, son aquellas que principalmente se constituyen en utilidad de las personas, por lo que pueden definirse derechos en las cosas ajenas gracias a los cuales, el señor de aquellas, algo que sea útil a la persona de otro está obligado en lo suyo a soportar o no hacer, y dentro de las servidumbres personales, dos especies se afirman como primarias, continúa, el usufructo y el uso, puesto que únicamente miran a la utilidad de la persona a la que se deben, a saber: el fructuario o el usuario. Y en cuanto a las servidumbres reales, se dicen así, afirma, para que se distingan de las personales, pues más bien se constituyen respecto de las cosas que de las personas, aun cuando con mayor propiedad se llaman prediales, si tenemos en cuenta que no consisten en cualquier cosa, sino solamente en los predios, uno de los cuales debe servidumbre y a otro se le debe. A su vez, dos especies de servidumbres prediales eran aducidas por Marciano, precisa Ramos, las rústicas y las urbanas, siendo servidumbres rústicas las que se deben a los predios rústicos y servidumbres urbanas las que se deben a los predios urbanos.

Eran afirmaciones tajantes y nítidas, que sin embargo no libraron al autor de la tarea de llevar a cabo un esfuerzo considerable para justificar esta división bipartita y contradecir de paso los argumentos contrarios, cosa que hace desde el parágrafo primero al quinto del capítulo. Para empezar con los razonamientos, que intentaremos reproducir con fidelidad, uno es de orden general, porque la servidumbre de los siervos respecto del señor, comparada con aquella otra, que en cosa ajena como derecho de predio o de persona se debe, la tratada aquí, dice, difiere en todo género y sustancia, de modo que no pueden a no ser de una forma inepta e intempestiva comprenderse en una misma división. Así lo consideraban, además, con razones aducidas contra Accursio, los juristas Morla, Pichardo, Donello e Hillegero. Pero es que, prosigue, ni siquiera ayuda a la división de Accursio la afirmación de que existe un ejemplo de servidumbre meramente personal, que por la persona se debe a la persona en las obras de un siervo ajeno, es decir, cuando él mismo, respecto de otro que no es su señor, está obligado a prestar aquellas obras por contrato o testamento, como parecería probarse por lo que se establece en la Partida Tercera, al final de la ley primera del título treinta y uno, y por la coincidente doctrina de Jasón, seguida entre otros por Antonio Gómez. Es mucho más verdadero sostener, en cambio, añade, que las obras de los siervos ajenos no constituyen servidumbre y mucho menos personal, dado que la persona del siervo sea ninguna de derecho civil, y entre las cosas más bien se enumere, de manera que las obras de los siervos más por la cosa se deben a la persona que por la persona a la persona, según insinuaba Hillegero en su añadido a Donello, acudiendo a autoridades.

Es un tema que le preocupaba, como a otros muchos jurisperitos de su tiempo, de manera que seguirá insistiendo el de Vitigudino en que las obras del siervo no son servidumbre, según afirmaban también, aunque en ocasiones con juicios no muy firmes, a su parecer, Alberico, Caepola, Morla, Castillo de Sotomayor y Padilla y Meneses. Y para su convicción parte de un aserto Ramos, que como solamente los autores del derecho reconozcan dos géneros de servidumbres, es decir, de personas y de cosas, bastaría en consecuencia para su exclusión con probar que a ninguno de estos dos géneros podían referirse las obras de los siervos, cosa que va a intentar hacer en dos parágrafos sucesivos, negando primero que las obras de los siervos sean servidumbre personal, y luego, con posterioridad, que quepa considerarlas como servidumbre real. No son servidumbres personales, afirma en un complejo y denso razonamiento, puesto que no consisten en algún hecho de la persona a la que se deben, como el uso y el usufructo, sino en el acto y ministerio del mismo siervo operario, al que concierne el nombre de las obras, de aquí que aunque el usufructo se extinga por muerte o capitidisminución del fructuario, o por que no lo usa atendiendo al modo y tiempo, ya que falta la persona o el hecho del fructuario en que consista, no ocurre a la viceversa, sino que, de modo distinto, las obras de los siervos permanecen a pesar de la muerte, la capitidisminución o el no uso de aquel a quien son prometidas, puesto que no consistan en el hecho o la persona de aquél, sino del mismo siervo. Por lo cual, añade, remarcando las contradicciones entre una y otra situación, si el siervo, cuyas obras se deben, es objeto de usucapión, las obras perecen casi simultáneamente con el siervo usucapido, lo que no ocurre con el usufructo, que no perece, puesto que como únicamente se estime por el hecho y persona del fructuario, no parece usucapido con el siervo. Textos romanos no faltaban para interpretar y explicaciones de jurisprudentes, tampoco, según atestiguaban los nombres de Cuyacio, Faber, Hotman, Donello, Hillegero y Castillo de Sotomayor, referidos por Ramos del Manzano.

Por otro lado, que las obras del siervo no eran servidumbre real, era más que meridiano a su entender, puesto que ni se debían por el predio, sino por el siervo a la persona, ni podían tener causa perpetua, hasta el punto de que perecían muerto el siervo. Uno y otro argumento era bien opuesto a las servidumbres de los predios, según constaba en los textos del derecho romano, como para poder omitir que la naturaleza de todas las servidumbres consistía o en el hecho de éste (*eius*) a quien se debía la servidumbre, o al menos en la sola paciencia de éste (*eius*) que debe, y nunca en cambio, precisa, en el hecho de aquél (*ilius*), al contrario de las obras, que todas consisten en el acto de la cosa sirviente, el siervo naturalmente, por lo cual, prometidas las obras, ni en la cosa ni en la persona se constituye servidumbre, sino sólo obligación personal contra aquel que promete, incluso si extendamos las obras prometi-

das únicamente al tiempo que viva el estipulador. Acerca de lo cual, estima con decisión e independencia Ramos, se produce un desliz de Castillo de Sotomayor, tras Padilla y Meneses, y no hay porqué moverse con la autoridad regia, de la ley 1, título 31, Partida Tercera, donde abiertamente entre las especies de servidumbres se consideran las obras de los siervos, pues aquellas palabras, "o en obras de de algunos siervos menestrales, o labradores", así se han de unir con otras que le preceden, "o haver el uso tan solamente en la casa donde morava, o en casas de otro", de modo que tenga el sentido que la servidumbre de uso pueda constituirse en las casas o en las obras del siervo artífice o colono, en cuyo sentido, prosigue, también se ha de leer y entender lo que figura en la ley 23 de este mismo título y Partida, es decir, que aquel que tiene usufructo u obras en algún siervo gana o adquiere todo cuanto lucrase el siervo con sus obras, por la cosa o por contemplación de aquél. Embrollo de leyes de Partidas que había intentado resolver Castillo de Sotomayor injustamente, al decir de Ramos, ya que por este último argumento acabado de referir consideraba que hoy estaban eliminadas las antiguas diferencias de usufructo y de obras, cuando al salmantino le parecen en cambio verdaderas aquellas palabras singulares, en cuanto sirve al usuario que en las obras del siervo tiene uso, de lo que se trataría en la ley 23, que se probaba también por el orden y colocación de las leyes, las cuales nos persuaden que oportunamente allí se exponen las cosas que acerca del uso constituido en las obras fueran propuestas y prometidas en la ley primera del mismo título de las Partidas, incluso también por sus últimas palabras: "que hacian el uso o el usufructo".

Otro paso más, sin alejarse de las preocupaciones precedentes, daría el romanista y culto jurisprudente Ramos en defensa de la división estrictamente bipartita de las servidumbres cuando de inmediato, a renglón aparte, rechaza como no menos falsa e inventada aquella tercera especie de servidumbre de que hablaba Accursio, y con él Bártolo, la llamada mixta, de la cual se ponían ejemplos tanto por derecho antiguo como por derecho nuevo, en este último caso de los hombres adscritos o sujetos a censos, que sirven al cultivo de cierto predio, con lo cual al mismo tiempo se adscribían a los censos, esto es, a la descripción y distribución tributaria y por cabeza prestaban un censo o tributo. Pero asimismo, era otro ejemplo, aquella condición de no apartarse del monumento del difunto, que a no ser impropiamente podía decirse servidumbre, puesto que ni sirve a la persona, como no se imponga al siervo sino al liberto, que es libre y así permanece, ni es en cosa ajena, puesto que el liberto, a semejanza del hombre libre de nadie es propio, de manera que ni ajeno podía llamarse, según razonaban agudamente, subraya, Donello, Caepola, Faber, Duareno, Pichardo o Antonio Gómez, argumento que valía también para los adscripticios o sujetos a censos, pues éstos más son libres que

siervos, aun cuando por la sujeción de la persona a la agricultura sean de peor condición que los demás libres y de algún modo al género de la servidumbre parecen adscritos. Al margen de otra serie de raciocinios que va a emplear respecto de aquella condición o modo de no apartarse del monumento del difunto, donde el derecho de libertad, sin olvidar el favor público de la religión, están en el núcleo de sus disquisiciones.

El autor se ha definido así sobre la bipartición en unos pocos parágrafos, el contexto de nuestro texto, llega a decir, por lo que considera, justificando su método expositivo, que ya le ha llegado la hora de tratar expresamente de las principales diferencias entre las servidumbres personales y reales que dependen de aquella división, pretensión que llevará a efecto en los parágrafos 7 a 17 de este capítulo segundo. En esta tares, si sólo atendemos a los jurisprudentes castellanos, no estaba sólo el salmantino, recordemos los esfuerzos, más indirectos, eso sí, por comparación del usufructo, de Castillo de Sotomayor, o los más limitados de los otros autores de que venimos dando noticia, a raíz de las Partidas y de los textos justinianeos.

Dentro de las diferencias entre estas dos especies de servidumbres, advierte al lector Ramos, va a comenzar, de un modo consecuente, por la cuestión de la adquisición y constitución de las servidumbres. Las personales, es cierto, como de manera principal atiendan a la utilidad de la persona a la que se deben y vinculan, ni deben ni pueden adquirirlas salvo las personas, de ahí que, son obsesivas sus preocupaciones, el siervo hereditario ni puede estipular ni adquirir usufructo, en cuanto se trata de servidumbre personal, puesto que, aunque represente la herencia del dominio o la persona del difunto, no es sin embargo tal persona como para que pueda usar y disfrutar. Textos romanos y asimismo autoridades jurisprudenciales, como las de Fulgosio y Pichardo, respaldaban sus reflexiones, que van a continuar en este mismo parágrafo, el séptimo, de tal modo, que incluso si al siervo hereditario se le legue el usufructo, no recae en su poder antes de que se haya aceptado la herencia en la que está el siervo, porque entonces, ya heredero, como señor se adquiere por el siervo, por difíciles de interpretar que aparecieran los textos, según atestiguaban Accursio, Alberico, Cuyacio o Antonio Faber. Por el contrario, ya marca diferencias el autor entre las especies de servidumbres, como las servidumbres prediales miran la utilidad del solo predio al que se deben, se adquieran más por el mismo predio que por la persona, y de donde sin predio, aunque se encuentre una persona a la que se prometa, no puedan adquirirse o constituirse, como a la viceversa, si hay un predio al que se equipara la servidumbre, aunque no exista ninguna persona cierta o propia, a la que se prometa, puede adquirirse la servidumbre predial, así por ejemplo respecto a una ciudad o heredad.

El motivo de los siervos, muy enraizado en el mundo romano, que había generado textos de muy difícil interpretación, llevará a continuación a Ramos, en los tres parágrafos siguientes, a lucir su sapiencia jurisprudencial, aunque alejándose tal vez de su objetivo estricto de profundizar en las diferencias que se daban entre las servidumbres personales y reales. Así cuando pretende explicar un pasaje oscuro, inserto en la *l. etiam 17. in fine ff. de legatis 3.*, donde se escribía que la servidumbre podía legarse al siervo que tuviese el predio, que parecía chocar y repugnar mucho, dice, a los principios de derecho por los que se enseña que ni pueden tener algo propio ni son capaces de adquirir, a no ser por la persona del señor, a lo que no cabía objetarse, prosigue, que la servidumbre rectamente se legaba al siervo, puesto que mediante él era adquirido por el señor, como si fuese prometida por el siervo al predio del señor, ya que entonces, o el predio es del mismo siervo, y por el señor que no tiene predio no puede adquirirse la servidumbre, o el predio es del señor, y en esa situación en vano por el mismo siervo se legaría la servidumbre al predio del señor. Y hasta tal grado era complejo de interpretar el texto romano, que Ramos, dejando de lado las opiniones de Accursio, Alberico y Cuyacio, apunta otra lectura del citado fragmento, de modo que la palabra *habenti* se había de tomar por *habituro*, porque la servidumbre también se refiriese al predio que había de tener el siervo, esto es, en el tiempo en que ya hecho libre pudiese tener el predio, según explicaba Amaya. Si bien este juego de palabras, de futuro, en lugar de presente, tampoco le gustaba a Ramos en relación con el texto referido a los siervos, que otra cosa sería en los hombres libres, donde sí jugaban los términos de futuro, de legar la servidumbre al que todavía no tiene el predio.

Eran declaraciones, en todo caso, porque aunque no le resultaba atrayente esta interpretación de futuro, según reconoce, sí le sirve para introducirse en otras dos cuestiones colaterales, en dos parágrafos consecutivos, sobre si pueden legarse las cosas futuras, como los frutos de un fundo o una isla que habían de nacer en un río, por daño o vindicación, y en segundo lugar sobre si podían legarse las servidumbres a los siervos públicos, que como sirvientes en ministerios públicos están en el dominio de la misma república. Tras de lo cual, ya en el parágrafo once, vuelve Ramos a centrarse en el discurso de las diferencias entre las servidumbres reales y personales, ahora por relación específica con la constitución de unas y otras por legado, aprovechando la ilación con los dos pasados epígrafes, que al fin y al cabo trataban de legados, de la constitución de servidumbres por vía de sucesión, o de últimas voluntades. Así, dirá en principio, que en las servidumbres personales, caso del usufructo y similares, cuando se constituyen por causa de legado, no se producía el momento de adquisición del legado a no ser después de aceptada la herencia, acerca de lo cual se daban varias explicaciones, ya porque el principal

efecto de la cesión de otros legados por la muerte del testador consistía en esto, en que pueden transmitirse al heredero del legatario, aunque el usufructo, advierte, como inherente a la persona no se transmite al heredero, según anotaban Connano, Cuyacio y Hotman, o bien porque como el usufructo se estimaba por la persona y hecho del que disfrutaba, y no antes se debía o constituía que existiese quien podía disfrutar, no podía por consiguiente el legatario usar y disfrutar a no ser después de que pasase a él, una vez admitida ya la herencia por el heredero y separado el usufructo de la propiedad, de acuerdo con lo que añadían Donello y Antonio Faber, y aun Castillo de Sotomayor, quien después de los otros rectamente concluía, al decir de Ramos, que hoy el usufructo, al igual que las demás servidumbres personales, quedaban constituidas por testamento, a pesar de que la herencia todavía no hubiera sido aceptada por vía de testamento o *ab intestato*, de acuerdo, por cierto, con lo que se recogía en una ley castellana: la ley 1, título 4, libro 5, de la Nueva Recopilación. Y si esto era por referencia a las servidumbres personales, en el caso de las servidumbres prediales legadas siempre se producía el momento o día de la adquisición con la muerte del testador, en cuanto a la transmisión, precisa, ciertamente, puesto que como están vinculadas más al predio que a la persona del legatario, pueden también transmitirse a su heredero muerto aquél, ya que si se considerara la petición y adquisición irrevocable de la servidumbre legada cambiaba la situación, pues el momento de la adquisición del legado no se produce salvo después de que la herencia haya sido admitida, ya que de lo contrario no habría heredero del cual se pida y constituya la servidumbre, según interpretaban Castillo de Sotomayor, Cuyacio y Hotman tras Bártolo y sus seguidores, concluye Ramos.

Aquí no acaban sus interpretaciones magistrales, de una poderosa doctrina, la del *Ius Commune*, que Ramos había asimilado muy bien, desde la glosa a los bartolistas, sin descuidar a los neoteóricos, con la guía muy cercana de Castillo de Sotomayor, pero que aquí no podemos continuar trasladando al lector, por razones de espacio, dado que hemos superado con creces el límite establecido para la redacción de las ponencias. Porque Ramos prosigue en los siguientes parágrafos con sus propósitos jurisprudenciales de establecer las diferencias entre las servidumbres personales y las reales, así respecto al modo y cosas en que unas y otras se constituyen, en lo que mucho distaban, según el autor, porque en principio el usufructo, el uso y las demás servidumbres personales podían darse y constituirse bajo cierto tiempo y condición, mientras que las de los predios no podían constituirse ni por tiempo, ni al tiempo, ni bajo condición ni a cierta condición, como en principio, asimismo, las personales, de tal especie era el usufructo, podían constituirse tanto en cosas muebles como inmuebles, y todavía en las cosas incorporales, como acciones y cosas, que no se consumen por el uso, cuasi usufructo se llamaba,

mientras que las servidumbres rústicas, en cambio, no se constituyen a no ser en las cosas del suelo, sean predios rústicos o urbanos. Pero tampoco eran leves las diferencias entre las servidumbres reales y personales una vez ya constituidas las servidumbres, asevera, como era todo el tema del ejercicio de acciones para pedir y proteger las servidumbres, o el de los modos por los que las servidumbres se pierden, o cómo se extinguen por mutación de la cosa en que se constituyen, y aun incluso se permite la licencia, en los parágrafos finales, de adentrarse en las diferencias entre las servidumbres prediales y personales atendiendo a las notas y signos mediante los cuales unas y otras se manifiestan, que no era asunto secundario.

No hay tiempo, ni espacio, para proseguir con la doctrina de Ramos, o la de otros jurisperitos de la vieja Corona de Castilla, relativa a la clasificación de las servidumbres en dos grandes especies, reales o prediales y personales, pero probablemente pudiera parecer todavía más incompleta de lo que es esta exposición si no aludimos tan siquiera a cómo determinados autores castellanos, dos o tres de entre ellos, en especial, siguiendo el modelo que le ofrecían los textos de Justiniano y las leyes de las Partidas, objeto de sus comentarios, descienden a detallar los tipos más frecuentes de servidumbres que se encubrían bajo esa división bipartita, con no excesiva profundidad de ordinario en este caso, a diferencia de otras cuestiones sobre servidumbres, esta es la verdad. Para cumplir con el objetivo trazado hablaremos en primer lugar de las reales y luego de las personales, como era usual entre los jurisprudentes.

Si accedemos a las Partidas, un recurso que venimos empleando con asiduidad, contemplamos cómo dentro de las reales regulan antes las urbanas que las rústicas, y cómo sienten la necesidad, a modo de introducción, de comenzar por describir en qué consiste una servidumbre urbana, aquella que tiene un edificio en otro, nos dicen, para así intentar marcar diferencias respecto de las rústicas[88]. Aunque los jurisconsultos algún comentario escribieron para perfilar esta relación de lo qué se entendía por servidumbre urbana, como es el supuesto de Montalvo, quien precisa, en la única glosa suya a toda la ley, que se dicen predios urbanos donde quiera que estén siempre que lo sean por causa de habitar, de modo muy distinto a si fuera por causa de guardar los frutos y otras servidumbres que se deben por la cosa a la persona, caso del usufructo y la habitación, o por la persona a la cosa, y más aún, aunque de la esencia de las servidumbres de los predios urbanos es que sean inherentes

[88] Son las palabras iniciales de la ley segunda, del título 31, Parida Tercera, rotulada de este tenor: *Qual es llamada Servidumbre urbana: e cuantas maneras son della*. Relación que reiterará Hugo de Celso, en su *Repertorio*, voz "Servidumbre y servicio", donde resume también la tipología de servidumbres que se establece en las Partidas.

a los predios, la nota definitoria que hace a un predio urbano no es el lugar, sino la materia, esto es, la causa de habitar de que había hecho mención[89]. Ideas que repetiría en lo sustancial Gregorio López, si bien las enunció en un momento diverso, glosando la ley primera, donde se anticipaba por las Partidas esta descripción de lo que se entendía por servidumbre urbana[90]. Pero tampoco dijo cosas muy distintas Pichardo Vinuesa, al escribir que eran la materia y la destinación, por gracia de habitar el edificio, fuese en el campo o en la ciudad, las que marcaban la naturaleza del predio y, por ende, de la servidumbre urbana, ilustrando su posición con Gregorio López, mas sin recuerdo alguno de Montalvo[91].

Ya dentro de las servidumbres urbanas, el primer supuesto del que hablaban las Partidas, siguiendo los antecedentes justinianeos, tiene lugar cuando una casa ha de sufrir la carga de otra, poniendo pilares o columnas sobre las que su vecino colocase vigas, de acuerdo con su literalidad, y que en latín se llamaba *Servitus oneris ferendi*, como nos recuerdan los juristas, caso de Gregorio López o Pichardo Vinuesa. Aunque Gregorio López, en la glosa pertinente, de lo que va a tratar es de establecer las divergencias que existían entre esta servidumbre y la segunda recogida en las Partidas, la de haber derecho de horadar la pared del vecino metiendo vigas, que en latín se denominaba *Servitus tigni immitendi*[92]. Pichardo Vinuesa, por su lado, lo que hace es glosar el contenido de la primera servidumbre urbana enumerada por Justiniano, esta de *oneris faciendi*, a saber, que la casa del vecino soporte las cargas del vecino, o lo que es lo mismo, señala coloquialmente, como si la columna o tu pared tuviera que soportar perpetuamente la carga de mi casa. Cierto que también añade una precisión, y es que si en las demás servidum-

---

[89] Glosa "Urbana" a la citada ley de Partidas.

[90] Glosas "Ha una casa" y "En otra", a las que ya hemos aludido en los preliminares de este epígrafe sobre la división de servidumbres.

[91] Es cuestión que ocupa los cinco primeros números de sumarios del epígrafe *§Praediorum 1*, que es parte del título *De servitutibus rusticorum, & urbanorum praediorum. Tit. III*, dentro de su obra *In quatuor Institutionum*.

[92] En glosa "Carga" a esta ley, Gregorio López comienza con una referencia textual al derecho romano y una apelación plena de respeto a la autoridad jurisprudencial de Cepola, a su tratado de servidumbres, donde podía verse, según el extremeño, de qué modo se discernía entre esta servidumbre y la de *tigni immitendi*, cuyo conocimiento era de la máxima utilidad, pues el señor de la casa sirviente en la servidumbre de *tigni immitendi* no está obligado a rehacer la pared en el caso de que se reivindicara la servidumbre, a lo que se vería compelido quien debiese la servidumbre de *oneris faciendi*. Pese a que se producían algunos interrogantes entre los jurisprudentes, cómo qué ocurría si no constaba de la imposición de la servidumbre *oneris faciendi*, o si acaso se presumía impuesta si así el edificio estaba en pie desde tiempo inmemorial, con respuesta positiva de Fulgosio, apunta Gregorio López. Pero es que procedería esta ley, añade nuestro autor, incluso si todo el edificio, al que se debe la servidumbre *oneris faciendi*, se derruyera. Si bien para los matices y limitaciones que entrañaba esta ley reenvía al lector a otros juristas, sobre todo a Socino.

bres, por lo general, quien debe la servidumbre le basta con sólo prestar paciencia, en esta servidumbre, en cambio, como se exija un acto, de modo que la pared o columna del vecino soporte perpetuamente las cargas de mi casa, y nada perpetuo puede ser, a no ser por sustitución, ello suponía en consecuencia, que aquel que debe la servidumbre está obligado a rehacer la cosa que sostiene la carga, y para las opiniones jurisprudenciales alude a lo escrito por Gregorio López y Cepola, amén de referir en su ayuda algún texto romano compilado[93].

En relación con la segunda de las servidumbres, ya mencionada, la de *tigni immitendi*, Gregorio López se limita a recordar que por viga se entiende cualquier clase de *tignum*, de conformidad con las apreciaciones que sobre esta materia hacía Cepola, mientras que Pichardo Vinuesa no va mucho más allá, pues nos describe en qué consiste ésta servidumbre, que en la pared del vecino me sea lícita meter una viga, así como se interroga qué se comprende por *tignum*, si cualquier materia de la que el edificio está hecho, como se interpretaba de modo general, o si sólo se admitía madera, dado que el vecino, contra su voluntad, no me permitiría que yo metiera en su pared las vigas que quisiera, según las estimaciones de Cepola, la gran autoridad en este campo, por lo que cabe apreciar[94].

Otra nueva servidumbre urbana se consideraba en Partidas, tal era el supuesto de que se permitiera abrir ventanas para recibir luz, *servitus luminum* en latín, que tenía su contrapunto en la que se formulaba de forma negativa, como la servidumbre que impide que el vecino prive a nuestro edificio de luces, la conocida en lengua latina como *servitus ne luminibus officiatur*. Si acudimos a Gregorio López vemos que las engloba bajo una sola, pero para remitirse a Cepola, y poco más, advirtiendo que ni en la pared común puede el socio contra su socio abrir ventana, y acerca del interrogante sobre que sucedía en la propia pared, si con ello se veían los techos vecinos, no llega ni a dar solución propia, reenviando a Paolo di Castro, Alejandro y el tan socorrido Cepola[95]. Pichardo Vinuesa, con alguna variante, en cambio, ubica esta servidumbre al final de sus breves comentarios a las servidumbres urbanas, en su formulación negativa: *ne luminibus vicinis suis officiat* de la que según él podían deducirse tres especies de servidumbres urbanas, de luces y vistas: *Servitus luminum*, *ne luminibus officiatur* y *ne prospectui officiatur*, mas con la sola remisión a textos romanos y a las autoridades de Cepola, Alejandro o Corasio[96].

---

[93] En los sumarios 6, 7 y 8 del epígrafe que venimos citando de sus *In quatuor Institutionum*, relativo a las servidumbres urbanas.

[94] Véase de Gregorio López la glosa "Vigas", y de Pichardo los sumarios 9, 10 y 11 del epígrafe referido.

[95] Glosa "Finiestra" a esta segunda ley del correspondiente título de Partidas.

[96] Es lo que se recoge como contenido del sumario número 18, del epígrafe sabido.

Asimismo entre las servidumbres urbanas consideran las Partidas a la de agua, que consiste, según su expresión, en recibir una casa el agua de los tejados de la otra, que vengan por canal, o por caño, o de otra manera, simplemente vertida al latín por Gregorio López con el dictado de *servitus stillicidi avertendi*, ya que consideraciones suyas no hace, salvo recordar que de ella hablaban los doctores, en particular Cepola[97]. En cuanto a Pichardo, algo más locuaz en esta oportunidad, explica primeramente en que consiste esta servidumbre llamada *stillicidi avertendi*, en virtud de la cual un vecino es obligado a padecer que el agua de lluvia de un tejado mío vierta en sus casas, superficies o cloacas, de conformidad con lo que se establecía en los textos romanos y en las propias Partidas, y se denomina *stillicidium*, prosigue con gusto humanista, como si cayera el agua por destilación de gotas, por vía natural, que tiene muchas concomitancias a su entender, con otra servidumbre de agua, que denomina *fluminis recipiendi*, por la cual el vecino ha de soportar que el mismo agua de lluvia caiga con ímpetu mediante conductos o canalones. Que no era todo, porque ambas, según la exposición de Pichardo, podían tener una constitución negativa, denominándose entonces *servitutes stillicidii fluminisve non avertendi*, acudiendo una vez más a las interpretaciones y disquisiciones de Cepola[98].

Ya como última gran servidumbre urbana que establece este catálogo de Partidas, es la que tiene una casa en la otra de manera que no pueda nunca alzarse más de lo que lo estaba cuando fue constituida la servidumbre, con el fin de no dañar ni las luces ni las vistas, pero tampoco la intimidad de la vivienda. Una servidumbre apenas glosada por Gregorio López, pues se restringe a mostrar las concordancias con los textos romanos y a remitir al lector a la obra de Cepola para conocer más detalles[99]. Pichardo, por su parte, no se contenta con estas simplezas y algo más dice, comenzando por una denominación o lectura negativa, ya que primeramente nos habla de la servidumbre con el nombre latino de *altius non tollendi*, así denominada porque parecía un obstáculo a la libertad que cada uno tenía de levantar su edificio, hasta el cielo, según dicho clásico, aun cuando alguna vez, añade, interesaba que no se levantara el edificio del vecino, de manera que esta servidumbre se constituía para que no le fuera lícito edificar más alto de lo que exigía la prudencia, citando para el debate las autoridades de Gregorio López, Padilla y Meneses, Cepola, Socino y Dueñas. Pichardo, por fortuna, incide en la cuestión, al plantearse la naturaleza de la servidumbre, pero con otro nombre,

---

[97] Lo comprobamos en la glosa "El agua".

[98] Sus comentarios las servidumbres de agua se comprenden en los sumarios 12-15 del epígrafe ya referido.

[99] Véase la glosa"Mas alzar".

altius tollendi, que en principio podía considerarse afectaba a la libertad que todos poseen de alzar sus casa, ya que el vecino que debe la servidumbre no puede construir más alto de lo que por la condición y ley de servidumbre fue establecido, tanto como que para que algunos autores, según expone, se traba más de libertad que de servidumbre, y que él deriva para su resolución definitiva hacia la pregunta de si esta servidumbre recibe su nombre del predio dominante o del sirviente, pues en toda servidumbre han de existir ambos predios, inclinándose Pichardo por la opinión de que este servidumbre, como las demás, por cierto, trae su nombre del predio dominante, lo que se corroboraría en este supuesto por la propia denominación, *altius tollendi*, y no *altius non tollendi*[100].

No obstante, todavía señalan las Partidas como urbana otra servidumbre, la de paso, para entrar en su casa o corral por la casa o el corral de otro, siempre que sea en beneficio de los edificios. Servidumbre que para la ocasión comenta Gregorio López de un modo elemental, al precisar que la servidumbre de acceso o de paso podía ser tanto rústica como urbana y que aquí era urbana porque se constituía en provecho de los edificios[101]. Pichardo, en lo a él tocante, suponemos que porque no era una servidumbre exclusivamente urbana, y porque no estaba atado a las Partidas, sino a los textos más originariamente romanos, preferentemente de las Instituciones de Justiniano, no llega ni siquiera a hacerla objeto de consideración en este momento.

Si dejamos las urbanas para entrar ahora en el capítulo de las servidumbres rústicas, y nos ceñimos una vez más a las Partidas como guía del saber jurídico del *Ius Commune* en Castilla, durante siglos, observamos que de manera consecuente con el procedimiento seguido con anterioridad el texto alfonsino hace preceder la enumeración de la idea que ya habían avanzado de servidumbre rústica: aquella que una heredad tiene en otra[102]. Una noción que sólo merece de Gregorio López, de modo semejante a Montalvo, el señalamiento de concordancias con el Digesto y las Instituciones[103]. Y no se crea que Pichardo Vinuesa, el otro jurista de referencia, y pese a literalidades prometedoras de sumario, nos vaya a ofrecer mucho más, concordancias y citas

---

[100] En respuesta a estos dos consecutivos números de sumario, 16 y 17, de este tenor: *Servitus altius non tollendi quid sit; Servitus altius tollendi quid sit, & quomodo servitus dicatur, cum unicuique licitum sit edificia sua tollere*.

[101] Glosas "De entrar" y "Edificios". Las concordancias de los textos romanos y la obra de Cepola son las únicas citas que en ellas encontraremos.

[102] Suponen las palabras iniciales de la ley tercera del mismo título y Partida. En la versión de Montalvo lleva este dictado la ley: "Qual es llamada sservidumbre rustica: & cuantas maneras sson della". De modo semejante la enunciará luego Gregorio López, que la hace acompañar de una mínima síntesis en latin: *Rustica servitus est multiplex, cuius exempla in hac lege late continetur*.

[103] Véase de ambos la glosa "Rustica" a la citada ley de Partidas.

de autores que deliberaban sobre el asunto, Cepola, Connano, Charondás y Corasio[104].

De entre las servidumbres rústicas, las Partidas se ocupan en primer lugar de tres de ellas, procedentes del viejo derecho romano, y referidas al derecho de paso, como eran, en su lenguaje castellano, las de senda, carrera o vía que hombre tiene en heredad ajena para entrar o salir de la suya, versión de los términos latinos *via, iter* y *actus*, respectivamente. Cuando uno otorgara a otro que tenga servidumbre de senda por su heredad, éste a quien le es otorgada puede ir cabalgando o a pie, sólo o en compañía, pero uno detrás de otro, ya que no a la par, como tampoco puede pasar con carretas ni bestias cargadas a mano, siempre por aquel lugar donde la senda fuera señalada, que todos estas precisiones recogen las romanizadas Partidas. En cambio, si se trata de carrera, el derecho de paso comprendía el poder entrar con carreta y bestias cargadas. Ya por fin, si se le otorgaba servidumbre de vía por su heredamiento, la más completa de todas, puede ir a pie, o cabalgando sólo o en compañía, o llevar carretas, o arrastrar maderas o piedras, o cualesquier otras cosas que le fuera menester en provecho del heredamiento de aquel a quien se debe la servidumbre de vía, además de otras matizaciones, ya que la vía debe ser tan ancha y discurrir por aquel lugar como fue establecida cuando se hizo el otorgamiento, pues si no fue establecido al tiempo del otorgamiento se ha de entender de una anchura de ocho pies, que serían dieciséis pies en el caso de que la vía no era derecha, sino tuerta.

Éste era el texto de Partidas, que necesitó de pocas glosas, al parecer, porque lo que hace Montalvo, uno de sus intérpretes, es dar a conocer las concordancias con los textos romanos y, eso sí, advierte al lector que repare en la diferencia entre *actum* e *iter*, puesto que *iter* se limita al paso a pie o con caballo, mientras que *actus* implica también llevar consigo ganados y conducir carros[105]. A su vez, Gregorio López, aparte de reflejar concordancias y verter al latín estas tres servidumbres de paso, aclara lo que es senda[106], se pregunta con Azo y Cepola por la extensión de la expresión cabalgando[107], así como nos ilustra con el Digesto el significado de la expresión "señalada" por relación a la senda, que había de serlo por las partes o por un árbitro[108], o

---

[104] Esta es la sugerente letra de sumario: *Servitutes rusticae, quae sint*. Supone el número 1 del parágrafo intitulado: *Principium tituli, & §. Inter rusticorum.2*, de la obra que venimos recordando, *In quatuor Institutionum*.

[105] En su glosa *Rustica*, ya antes mencionada.

[106] Glosa "Senda", donde señala que *Iter est ius hominis eundi, ambulandi, non iumentum agendi, vel vehiculum"*.

[107] Glosa "Cabalgando".

[108] Glosa"Señalada".

asimismo se interroga por lo qué se entendía por la prohibición de que pudiera ir a la par con otro, con un socio, dando entrada a las opiniones de Azo y Cepola al respecto[109], o sobre cuál era la extensión de la prohibición de que las bestias fueran cargadas[110]. Concordancias y remisiones al jurista Cepola, que se reiteran al glosar las otras servidumbres de paso[111].

Las Partidas no merecieron la defensa de sus glosadores en estos ejemplos de servidumbres rústicas, unas pequeñas aclaraciones si acaso, quizá porque creían en su plena vigencia y actualidad, virtualidad que respecto a otros textos, las Instituciones y el Digesto de Justiniano, parecía más controvertida en algunos representantes de la jurisprudencia, por la existencia de posibles contradicciones entre diversos episodios literarios, cosa que rechaza Pichardo Vinuesa, muy comprensivo con la tarea justinianea. Porque Pichardo, además de explicarnos en qué consistían las servidumbre rústicas de *itineris*[112], *actus*[113] y *via*[114], se molesta en rechazar las pretendidas incongruencias textuales[115]. Entre las contradicciones que se señalaban, una de ellas afectaba a las servidumbres de paso y acueducto, porque en unos textos aparecían como rústicas y en otros como urbanas, o la de acueducto, específicamente, de la que luego hablaremos, se consideraba servidumbre personal y no real, en el entendimiento de que las prediales se deban y transmitan a los herederos y las de acueducto se deban a la persona, y no al predio, y no a pasa a los herederos, como también ocurriría con la servidumbre de pacer rebaños, a la que también aludiremos dentro de unos instantes. Pero es que igualmente se criticaban incohe-

---

[109] Glosa "En non en par".

[110] Glosa" Cargadas", con la sola interpretación de Cepola.

[111] Glosas "Carrera", Via" y "Ocho pies".

[112] La primera servidumbre rústica es la de *itineris*, dice, mostrándonos a continuación la definición de *iter*: *Ius eundi,ambulandi hominis per fundum alienum, non autem iumentum agendi, vel vehiculum*, justificada porque nadie tiene derecho a pasar por campo o lugar ajeno contra la voluntad de su dueño, aún más, puede ser prohibido por éste. Textos y autoridades lo avalaban. Era respuesta a este número de sumario, el 8:*Servitus itineris, & eius definitio explicata*.

[113] En el caso de la servidumbre rústica de *actus*, viene dicha porque se puede utilizar jumento o vehículo, de modo que entre *iter* y *actus* se da una diferencia, que en el primer caso el derecho de paso es a pie o en caballo, mientras que en el segundo se pueden conducir bestias y vehículos con carga, hasta el punto de quien tiene *actus*, también tine *iter*. Era la explicación que daba a lo que había enunciado en el sumario número 9: *Servitus actus, & eius definitio*.

[114] La tercer servidumbre rústica, precisa, es la de vía, más amplia y extensa que las anteriores, pues contiene también el *iter* y el *actus*, de modo que, entre otras cosas, pueda traer piedras y leña o madera, mientras no se dañen los frutos. Aparte de otra diferencia, y es que la amplitud de las servidumbre de *iter* y *actus* se define por convención, cuando en el caso de la vía lo es por la ley, según distintas fuentes romanas, a pesar de lo cual, expone, Connano no encontraba muchas diferencias entre el *actus* y la *via*. Es respuesta al número 10 de sumario: *Servitus viae quid praestet, & quatenus ab itineris, & actus servitutibus differat*.

[115] Del epígrafe de Pichardo que estamos manejando véanse sobre el particular los números 2-7 y 18-24.

rencias respecto al texto donde se señalaba que quien tenía la servidumbre de *actus* tenía también la de *iter*, porque por un lado existían pasajes del Digesto de donde se deducía que quien tiene dos servidumbres una la puede dejar y otra retener, pero por otra parte, según otros textos del propio Digesto, parecía que quien legó la de *actus* no podía mantener la de *iter*, y eso a pesar de que eran servidumbres distintas, según otros momentos del Digesto. Para él, en cambio, para empezar, era muy buena la enumeración que hacía Justiniano de las servidumbres rústicas, las más importantes y frecuentes, aunque su número fuera mayor. Luego, el autor intenta desautorizar las contradicciones entre textos justinianeos que observaban determinados juristas, se atiene a una serie de principios, como que todas las servidumbres de que ahora trata o son rústicas o urbanas, y tanto las unas como las otras venían determinadas por el predio dominante al que se debían, que en el caso de las de vía y acueducto, aun cuando podían ser tanto urbanas como rústicas, más frecuentemente eran rústicas, porque normalmente se debían a los predios rústicos y por eso entre las rústicas se las consideraba. Pero menos obstaba, a su entender, el argumento de que quien tenía dos servidumbres puede una perder y otra mantener, ya que el correspondiente texto romano habla de cuando alguien tiene dos o más servidumbres distintas y separadas, puesto que, de modo distinto, quien tiene la servidumbre de *actus* tiene también la de *iter*, pero no como una servidumbre distinta, sino como un cierto provecho de ir y caminar, que no puede separarse del *actus*, por lo cual no puede perderse el *iter* y retener el *actus*, aparte de las grandes diferencias que se puedan detectar entre el *iter* y el *actus,* entre citas de autores, como Accursio, Cumano, Floriano, Alciato y Connano.

Además de estos tres tipos de servidumbres rústicas, desde el derecho romano se contabilizaban otras, que tienen buen reflejo en Partidas, como era la que se tenía en heredad ajena para traer o conducir agua por ella, para molinos o para regar huertas u otras heredades, la llamada en latín *servitus aquae ductus*, y que era objeto de serios condicionantes, en evitación de daños[116]. Las Partidas, en efecto, establecían que quien tenía semejante servidumbre en heredad ajena debían mantener el cauce y la acequia o el canal, o el caño, o el lugar por donde corriese el agua, de manera que no se pudiese ensanchar, ni alzar o rebajar ni hacer daño a aquel por cuya heredad pasaba. Amén de otras prevenciones, para no perjudicar la heredad ajena, en caso de que se tratara de un cauce por donde iba el agua a un molino, o una acequia para regar huertos u otras heredades, ya

[116] Así rotula Montalvo esta ley, que es la 4 del correspondiente título y Partida: "Como puede ome aver sservidumbre en eredad agena para traer agua por ella". Y de este modo gráfico la extractaba en latín Gregorio López: "*Habens servitutem aquae per alium fundum ducendae, taliter debet reparare canales, quod aqua sibi prosit, et ultra modum constitutum fundo servienti non noceat. Hoc dicit*".

que aquel al que se le debía la servidumbre debía mantener y guardas con estacadas, sin permitir que se cegara con cantos. Asimismo, en el supuesto de que el cauce del agua fuese menor, se le obligaba entonces a traerla bajo tierra mediante arcaduces o caños de plomo, de modo que ellos se puedan aprovechar del agua y también los otros por cuyas heredades pasase. Admoniciones que fueron recogidas en síntesis por Montalvo[117] y asimismo por Gregorio López[118]. No se crea que tampoco se excede Pichardo, pues aparte de ofrecernos la consabida definición de esta servidumbre de *aquae ductus*, muestra las concordancias romanas y un recuerdo para Partidas, aderezado de unos cuantos jurisprudentes: Cepola, Padilla y Meneses, Hotman y Corasio.

Emparentada directamente con la anterior se consideraba aquella que en latín decían *servitus aquae haustus*, esto es, la de traer o tomar agua para regar su heredamiento de fuente que naciese en heredad ajena, según expresión de Partidas, que en este caso llevaba también aparejada matizaciones importantes, como la prohibición hecha al dueño de la fuente de de otorgar a otro el aprovechamiento de la fuente sin previo consentimiento del primero a quien fue otorgada la servidumbre, salvo que la abundancia de la fuente fuera tal como para poder abastecer a ambos[119]. Debía ser bastante clara la ley cuando Montalvo restringe su glosa a trasladar su contenido y a ilustrarnos sobre los orígenes y concordancias dentro del derecho romano[120]. Gregorio López, por su parte, aporta igualmente concordancias con textos romanos, incluye autoridades jurisprudenciales que han deliberado sobre el alcance de esta servidumbre, como eran las de Azo, Bártolo, Baldo y Cepola, y aclara con Platea que si el príncipe me ha otorgado el derecho de conducir agua desde un acueducto público, se ha de entender del agua sobrante y no de la que sea necesaria para la pública utilidad[121]. Términos no muy distintos a los de

---

[117] Quien en su glosa "Sirven", hace hincapié en estas obligaciones impuestas al que tiene la servidumbre de conducir agua por otro fundo, acudiendo a las concordancias romanas, y a algún autor, Bártolo, sólo.

[118] Aunque comienza por enunciarr en qué consiste esta servidumbre: *Aqueductus est ius aquae ducendae per fundum alienum*, en glosa "Por do pasan aguas", aportando las consiguientes concordancias romanas y las no menos pertinentes citas de autoridad, Azo y Cepola, para la ocasión. Y para las admoniciones, con suma brevedad, tanta que a veces se ven limitas a una remisión a textos y autoridades, principalmente las de Bártolo y Cepola, véanse las glosas "El cauze", "Ensanchar", "Cantos", "Arcaduces" y "Agraviados".

[119] Se trata de la ley 5 de este título, que rotula así la versión de Montalvo: "De la sservidumbre, que ome ha en fuente agena non puede ser otorgada a otri ssin ssu mandado", y resume la de Gregorio López: *Non potest dominus fontis, de quo aquam ad fundum meum duco, servitutis iure alii illam me invito dare; nisi tanta sit aqua, quod ambodus abundet. Hoc dicit.*

[120] Glosa "Ganada", que es única.

[121] Glosa"Ganada", que no es única en él, pues va acompañada de otra, glosa "Dueño", donde simplemente se interroga sobre si aquel a quien primero le fue concedida el agua, puede a su vez concedérsela a otro, para lo que se remite a la glosa y a Cepola, mas sin darnos opinión ni resolución.

Pichardo, quien define esta servidumbre rústica de *aquae haustus* como aquella por la que alguien tiene derecho de tomar agua de una fuente privada, o de un pozo, mientras no sea agua pública, citando para la ocasión a la correspondiente ley de Partidas además de los textos romanos. Aunque Pichardo al comentar esta servidumbre recoge un par de añadidos más, como es la de señalar que de acuerdo con estos textos basta para entender que está constituida tal servidumbre en fundo vecino si es útil al hombre, o a los animales, respecto del fundo o predio al que se debe, e igualmente recuerda que quien tiene concedida servidumbre *aquae haustus*, tiene también otorgada la de *iter*, aun cuando esta última consideración también la hacen las Partidas y sus glosadores pero en relación con la ley alfonsina inmediatamente posterior, que trata de las servidumbres que se otorgan para que beban los ganados y puedan pastar[122].

En efecto, en la ley siguiente de Partidas se recoge la doctrina de que en el caso de que el dueño del agua de una fuente o pozo o estanque, que estuviera cerca de la heredad de otro, hubiera otorgado a éste que él, sus labradores, bestias y ganados pudieran beber, o abrevar, en ese supuesto tal servidumbre arrastraba la consecuencia de que a unos y otros se les debía conceder asimismo derecho de paso, de entrada y salida, en relación al heredamiento donde se encuentra el agua. Pero al igual que en la servidumbre de abrevadero, las mismas consecuencias de llevar anexa la servidumbre de senda se derivaban, según Partidas, de la servidumbre de pastos, a saber, cuando un hombre otorgaba a otro para siempre que metiese sus bueyes o bestias con que labrar su heredad en algún prado o dehesa, pues entonces adquiría servidumbre en aquel prado o dehesa. Eso sí, con otra derivación advertida por las Partidas, que si se vendiese o enajenase aquel prado o dehesa se transmitía a los adquirentes con la carga de la servidumbre de pastos[123]. ¿Qué decían al respecto los glosadores de Partidas? Montalvo, para no variar su conducta, poco nos dice, porque se limita a resaltar los tres aspectos más llamativos de esta ley de Partidas ya esbozados, con sus concordancias romanas, aunque introduce un elemento para la discusión, algo es algo, y es si cabía, que no era su opinión, el interdicto de cisterna en el caso de que a alguien se le prohibiese usar del agua, para él y sus animales[124]. En cuanto a Gregorio López, distingue en este texto

[122] Estos comentarios de Pichardo aparecen como respuesta al número 12 de sumario del parágrafo citado, de este tenor: *Servitus Aquae haustus quid*.

[123] Se trata de la ley sexta, que lleva este encabezamiento en la edición de Montalvo: "Como deve ome usar de la sservidumbre que ha en pozo, o en fuente, o en estanque para bever y sus ganados", cuyo contenido resume en latín Gregorio López de este mdodo: *Habens servitutem pecora in alieno pastu pascendi, habet per cosnequens locum aditus ad fontem, vel puteum. Item fundus serviens alienatus transit cum onere servitutis*.

[124] Glosa "Fuente".a la citada ley sexta.

entre *servitus aquae haustus*[125], la de toma de aguas, y *servitus pecoris ad aquam appulsus*[126], la de abrevadero., además de la de pastos, *servitus iuris pascendi*[127], pero no deja tampoco de lado el anejo de la servidumbre de paso que llevaban consigo, pues de otro modo no se podría usar de las servidumbres con comodidad[128] y desde luego, en varios momentos, se cuestiona con la doctrina el carácter real o predial de las servidumbres de pastos, recordando a las autoridades de Azo, Decio, Juan Andrés, Cepola o Bártolo[129]. Y si acudimos a los comentarios a las Instituciones de Justiniano efectuados por Pichardo Vinuesa, vemos cómo tilda de sexta servidumbre rústica a la llamada *pecoris ad aquam appulsus*, que consiste en el derecho de llevar los ganados, bestias y rebaños a la fuente, pozo u otras aguas, entre concordancias del Digesto y Partidas y recordatorio de que si alguien quiere llevar a abrevar más ganados de los que puede conforme a su derecho, entonces serán repelidos, textos romanos y autoridades jurisprudenciales lo respaldaban, entre éstas los nombres de Cepola o Corasio[130]. En cambio, la que denomina séptima servidumbre rústica, la *servitus iuris pascendi*, de modo que sus bestias y ganados puedan pastar, algún problema más le plantea a este autor, como es saber el alcance de aquel precepto repetido por los jurisprudentes de que a nadie le es permitido pacer en campo ajeno contra la voluntad de su dueño, porque tenía una excepción, la de los viandante respecto de sus caballos, por razón de necesidad, como también reflexiona sobre el tiempo de prescripción de esta servidumbre de pastos, si por tiempo ordinario o inmemorial, acerca de lo que debatían Cepola, Connano o Padilla y Meneses[131], a cuyos nombres podíamos añadir nosotros el de un jurista posterior a Pichardo, Fernández de Otero, en capítulo de servidumbres de pastos, del cual ya hemos hecho suficientes referencias en otros instantes.

Para acabar el relato de los tipos de servidumbres rústicas, las Partidas, que siguen siendo nuestro lazarillo en esta tarea, aluden a las que consisten en extraer tierra para hacer tinajas con que guardar el aceite de los olivos, o tejas o piedras para labrar casas donde se guarden los frutos de los heredamientos, o cal o arena, u otras cosas semejantes, siempre que se trate de here-

---

[125] Glosas "O pozo" y "Bever" a ley sexta.

[126] Glosa "Ganados".

[127] Glosa "Su heredad".

[128] Glosa "Enttrada".

[129] En glosas "Ganados", "Su heredad" y Vendiesse".

[130] En breve respuesta a esta dicción de sumario, el número 13 del parágrafo: *Servitus pecoris ad aquam appulsus, quid*.

[131] En brevísmas anotaciones a estos títulos consecutivos de sumario, números 14. 15 y 16: *Servitus pecoris pascendi; Viatores citra ius servitutis, an liceat equos suos pasci; Servitus pascendi quanto tempore praescribatur*.

dades vecinas y con la condición de que en estas servidumbres constituidas a perpetuidad por el que tiene la heredad en provecho de otro, se ha de entender que lo son en la medida estricta de la necesidad por la que se adquirieron las servidumbres, esto es, para guardar solamente los frutos[132]. Contenido que se limita a extractar Montalvo, con las concordancias textuales romanas de rigor, destacando ciertamente la exigencia de que estas servidumbres se entendían por completo ajustadas a la utilidad para las que fueron otorgadas[133]. Una actitud que vemos repetida en Gregorio López, tanto respecto a las concordancias, como por relación a la nota intrínseca a estas servidumbres de su invención para comodidad de los predios, y no para otras cosas, de manera que cesando la utilidad cesaría la constitución de la servidumbre[134]. No mucho más ofrece Pichardo en sus comentarios a las Instituciones de Justiniano, quizá tan sólo el nombre latino de dos de estas servidumbres, *calcis coquendae* y *areane fodienda*, puesto que únicamente nos dice que aquel a quien se le concede estas servidumbres en fundo ajeno puede para su utilidad cocer cal y extraer arena, conforme a los textos romanos, que no deja de enunciar, y de acuerdo con autores de renombre, como Cepola y Corasio[135].

Con ello finalizamos, ciertamente, el recuento de los principales tipos de servidumbres urbanas y rústicas que nos ofrecen las fuentes jurisprudenciales, todos ellas pertenecientes a la especie originaria de las servidumbres, la de carácter predial o real, mas por coherencia alguna indicación habrá de hacerse también a la tipología de la otra gran especie de servidumbre, constituida en favor de las personas, por sobrevenida y tardía que sea en el derecho romano, pero estudiada por los juristas castellanos con mayor estímulo que los ejemplos particulares de servidumbres reales, ante todo y sobre todo el usufructo, debido a su trascendencia, piénsese sin más en sus efectos respecto a los cónyuges viudos[136].

---

[132] Se trata de la ley séptima, que lleva esta intitulación en Montalvo: "De la sservidumbre que ome ha en eredad agena para fazer della vasos:en que metra ssu vino: o su azeite como deve usar desta servidumbre". Por su parte, Gregorio López extracta de este modo en latín el contenido de la ley: *Habens oliveta potest in fundo vicino quaerere servitutem ad terram, pro vais oleagenis fiendis, cavendam, aut calcis, arenae, seu tugularum domus fiendae causa, ut reponatur fructus; nec ultra quam habet necessarium, potest uti. Hoc dicit.*

[133] Glosa "Olivar" a la citada ley.

[134] Glosas "Olivar" y "Menester" a la ley mencionada.

[135] En notas al sumario número 17, de este tenor: *Servitus calcis cquendae, & aremae fodiendae, quid.*

[136] No es una casualidad que Castillo de Sotomayor, en su *Tractatus de usufeructu*, en su capítulo segundo, destinado a hablar del usufructo convencional y legal, el tema principal es el del alcance de la reservas de la propiedad de los bienes que en favor de los hijos del primer matrimonio han de hacer tanto el marido como la mujer que contraen segundas nupcias y disponían de usufructo de su anterior cónyuge.

No es una ocurrencia nuestra, pues las propias Partidas se sienten obligadas a justificar el orden de proceder en el correspondiente título de las servidumbres, ya que una vez que han tratado en las leyes precedentes de las servidumbres que debe una casa a otra, o un edificio a otro, o una heredad a otra, ahora correspondía mostrar otras maneras de servidumbre que tiene un hombre en casa o heredad ajena, en provecho de su persona y no señaladamente de su heredad, fijando inicialmente su mirada en el usufructo y el uso[137].

¿En qué consistía el usufructo y que derechos y obligaciones llevaba consigo? Al decir de las propias Partidas, cuando un hombre otorga a otro usufructo, por tiempo cierto, o para toda su vida, de algún heredamiento, casa, siervos, ganados u otras cosas, de las que pudieran obtenerse rentas o frutos, establecido por contrato o testamento, aquél a quien fuera otorgado debe dar primeramente caución de que aquella cosa en que consiste el usufructo no se perderá ni empeorará por su culpa, esquilmando sus frutos más de lo que conviniere, ya que aunque puede ganar todos los frutos y rentas de la cosa que le fuere otorgada, y aun venderlos si quisiese, no puede enajenar ni empeñar la propia cosa, antes, por el contrario, cuando falleciera o acabase el tiempo de la concesión debe restituir la cosa a quien le otorgó el usufructo, o a sus herederos, o a quienes hubiese mandado, si éste hubiera muerto.

Por lo que hace al segundo tipo de estas servidumbres, y también de acuerdo con Partidas, tiene lugar cuando un hombre otorga a otro en su casa, heredad, u otras cosas, tan sólo el uso, que no es tan generoso como el usufructo, puesto quien tiene el uso no puede aprovecharse sino para lo que él, o su compañía, necesitase para su despensa y comida, por ejemplo si se tratase del uso en una huerta, o en un prado o en una viña, pero no puede darla a otro, ni empeñarla ni venderla, y está obligado, ahora sí a semejanza del usufructo, a dar buenos fiadores de que usará de la cosa a buena fe, sin hacer daños, para que no se perdiese o empeorase por su culpa.

Este texto de Partidas, que abarcaba tanto al uso como al usufructo, mereció una glosa de Montalvo, con algún detalle, dada su habitual parquedad, donde recuerda, para empezar, que el usufructuario y el usuario, acabado el usufructo y el fruto, deben devolver la cosa, la cual han debido usar de buen

---

[137] Con esta denominación aparece en Montalvo la ley veinte: "De las servidumbres que sson llamadas usofruto & uso tan solamente", resumiendo su contenido en latín Gregorio López: *Caveat usufructuarius, et usuarius, quod finito usufructu, vel usu, restituet rem, et de utendo bono modo, salva rerum substantia. Usufructaurius enim lucratur ommes fructus, et potest eos vendere, vel alienare, sed non proprietatem. Usuarius autem potest recipere necessaria pro se, et sua familia, et animalibus suis; sed non potest vendere, nec extraneis donare. Debent etiam usufructuarius, et usuarius fideiussores dare, antequam incipiant uti, de utendo, ut supra. Hoc dicit.*

modo, salvada su sustancia. Asimismo señala que el usufructuario se lucra de todos los frutos y puede venderlos y enajenarlos, aunque no la propiedad, mientras el usuario sólo puede recibir los necesarios para él, su familia y animales, sin poder venderlos ni donarlos a extraños. Igualmente advierte, a la luz de la citada ley, y sus concordancias romanas, que no descuida, que el usufructuario y el usuario deben dar fiadores antes de que comience el uso y el disfrute, explicando que esta caución ha de interponerse ya sea la cosa mueble o inmueble, o del suelo, e incluso de los semovientes, pero es más, Montalvo, citando textos romanos, aclara la extensión de esta caución, pues abarcaba dos causas: una, de usar y disfrutar al arbitrio de un buen varón, y otra, de restitución, acabado el usufructo. Aunque reconoce que la cuestión de la caución precisa de una serie de anotaciones, a la luz de los textos romanos y de algunas autoridades jurisprudenciales, especialmente de Bártolo, como que el testador no puede remitir esta satisfacción, mientras que el padre usufructuario sí puede ser excusado por el derecho en relación con los bienes del hijo, o también que si el usufructuario no presta esta caución puede el propietario ejercer la vindicación de la cosa, u otra de sus notas, que en el caso de que el padre adquiera el usufructo de la persona del hijo, no acaba ni se extingue el usufructo por la muerte de uno, sino de ambos, y ni aun la muerte de un o daña al otro. Finalmente, tras tantas prevenciones, amonesta Montalvo, que esta caución está referida al usufructo formal, separado de la propiedad, y no al causal[138].

Eran varias las modulaciones que se le ocurrían a Montalvo en su glosa a propósito de esta ley de Partidas, como otras varias serán expuestas con gran sobriedad por Gregorio López, pero en forma de sucesivas preguntas, que en varios momentos no tienen ni respuesta por su parte, sino meras remisiones a textos romanos y a autoridades del *Ius Commune*, como la glosa, Bártolo, Baldo, Alejandro, Angelo, Floriano, Cepola, Alberico, Cino o Paolo di Castro. De las once glosas que el extremeño dedica a la ley, la más amplia y sugerente es la relacionada con la exigencia de la caución, que en principio, según recalca con reiteración, no era de la sustancia del usufructo, a no se ser que se pidiera la garantía, de atender a Azo[139]. Pero no conviene olvidar que, en provecho del lector, Gregorio López se había esforzado en el inicio en resumir con acierto mediante unas pocas palabras el contenido de la ley.

Por lo tocante a otro de los juristas castellanos que nos valen de narradores, Antonio Pichardo Vinuesa, debemos referir que al comentar el correspondiente título de las Instituciones de Justiniano, dedicado al usufructo, su

[138] Véase al respecto su glosa "Cumplidamente", que es única.
[139] Se trata de la glosa "Recabdo".

primer afán, a modo de exordio, consiste en dejar sentado que el usufructo es una servidumbre personal, y la principal, además, de ahí el estímulo que siente por darnos la definición, que no sería sino *Ius quoddam alienis rebus utendi fruendi salva rerum sustantia*. Pues bien, de modo coherente con sus pretensiones, todo el primer parágrafo del título, a través de veinticuatro números de sumario, lo dedicará el autor a desgranar los obstáculos que por parte de la doctrina se ponían a los diversos elementos de esta definición de usufructo, así como las interpretaciones que a él, dotado de una notable agudeza e ingenio de jurista neoteórico, le parecían correctas, en refutación de las salvedades propuestas[140]. Pero si quisiéramos compendiar sus preocupaciones al respecto, las centraríamos en dos, la primera de ellas, y la que más le ocupa, es determinar si el usufructo es parte del dominio y de qué modo cabría entender esto, a pesar de rechazar la común opinión que establecía la división del usufructo en uno causal y otro formal. Hasta tal punto llegan sus sutilezas, en disputa con los juristas e interpretación de textos, que después de mucho elucubrar llega a decir que el usufructuario, no en nombre o derecho ajeno, sino por derecho propio, hace y tiene en el usufructo de sus cosas legítimo dominio. Otra cuestión que también intenta resolver es la de si todo usufructuario debe dar satisfacción de que usará de las cosas ajenas salvada siempre su sustancia, al arbitrio de un buen varón o del juez, porque eso era generalmente, ya que el padre que tenía usufructo en los bienes adventicios del hijo, por razón singular, no estaba obligado a dar la caución. Por supuesto, dado que trataba del usufructo, había de descomponer su contenido de *ius utendi et fruendi* en el *uti* y en el *frui* y distinguir el usufructuario del usuario, pues el usuario nada más tiene de derecho que usar de las cosas para su necesidad, mientras que el usufructuario tiene toda la utilidad y facultad y hace suyos todos los frutos.

No obstante, el momento elegido por este autor para deliberar con propiedad sobre el uso tiene lugar al comentar el siguiente título de las Instituciones de Justiniano, que tiene como destinatario tanto el derecho de uso como el de habitación[141]. Una vez más, como ocurriera con el usufructo, dirá Pichardo que estamos ante una servidumbre personal y también nos ofrecerá ahora la definición del uso: *Estque ius alienis rebus utendi ad usum quotidianarum quod in alio transferri non potest*, con remisiones a textos del Digesto y de Partidas y a autoridades como Cepola, Connano y Pedro Gregorio Tolosano. ¿Qué semejanzas y divergencias existían, pues, entre el uso y el usufructo? En cuanto a la constitución, pero asimismo en la extinción, no

[140] Dentro su *Tractatus de usufructu*, y más en concreto, *De usufructu. Tit. IIII*, el primer epígrafe se denomina *Principium Tituli*.

[141] He aquí sus señas: *De usu, & habitatione. Tit. V.*

se dan diferencias al decir de Pichardo, pues los mismos modos se adecuan a una y otra servidumbre, habida cuenta de su constitución por testamento, pacto y estipulaciones y de su extinción por muerte, capitidisminución por el no uso, cesión, consolidación y desaparición de la cosa. En cambio, sí se da discriminación entre ambas por razón de la indivisibilidad, pues el usufructo puede dividirse, mientras que el uso es indivisible. Se decía que el usufructo era divisible, porque aunque el derecho de usar es de suyo indivisible, sin embargo los frutos que se perciben del fundo son corporales y, por tanto, cabe la división, aunque estos raciocinios, como otros que expone, estaban sujetos a numerosos debates entre jurisprudentes, cuyos nombres no olvida, incluido el de Antonio Gómez. Amén de otra disparidad entre una y otra, ya que en el caso del usuario, cosa que no ocurre en el usufructuario, tan sólo puede usar de los frutos en cuanto al uso cotidiano, para sí y los suyos, y a tal punto llegaba la diferencia, más aún, que el usufructuario tenía el derecho de vender o arrendar los provechos del usufructo, derecho que no tenía el usuario salvo en un supuesto extremo, si de otro modo le resultase vano e inútil el uso[142].

Tras Pichardo, aún nos queda otro jurista de la antigua Corona de Castilla en el recorrido que venimos haciendo por la doctrina acerca del usufructo y el uso, considerados ambos como dos maneras de servidumbre personal. Se trata, como es fácil de imaginar, de Juan del Castillo Sotomayor, quien en su obra sobre el usufructo dedica un capítulo a mostrar las diferencias y similitudes entre estas dos servidumbres y también la de habitación[143]. Del usufructo, de su definición y de su carácter de servidumbre personal, ya que no mixta, hablamos hace unas pocas líneas y no es cuestión de repetirnos, aunque el autor se sintiera muy satisfecho de cuanto acababa de escribir porque un escritor rigurosamente coetáneo, Pedro Ricardo, había empleado sus mismos argumentos, y de la habitación, la tercera servidumbre personal, daremos unas simples notas dentro de unos instantes.

El uso era servidumbre personal, y según expone Castillo había sido definido de varios modos por aquellos que trataban de esta materia, pero todas las definiciones, al sentir del autor, o tendían a lo mismo, o por el mismo derecho se podía probar[144]. Entre estas definiciones se hallaba las de Zasio[145],

---

[142] Disputa sobre estas cuestiones en los seis sumarios que dedica al *Principium tituli*.

[143] Conocemos el capítulo, el XXVIII, de este dictado: *Usufructus, Usus, & habitatio inter se differeant, aut conveniant?*

[144] Eran esclarecedores los sumarios 6, 7 y 8, de este tenor: *Usum, servitutem personalem esse, & variis diversique modis definiri ab his, qui de hac amteria tractarunt; Omnium tamen definitiones aut in idem tendere, aut iure ipso probari possse; Usus definitiones variae referuntur, & Ioannis Corrasii, aut Francisci Hotmani definitio magis placit Authori*.

[145] Que así la definía: *Usus est servitus personalis, quae ea sola complectitur, quibus pro necessitate nostra utimur*.

Hotman[146] y Pichardo[147]. Aunque con Corasio también podría decirse, cosa que a Castillo le gustaba bastante, recalca, que la definición de usufructo conviene mucho a la de uso si de aquella quitamos la dicción de *fruendi*, dado que entre el uso y el usufructo se da el elemento común del uso, mientras que discrepan en que sólo en el usufructo usamos y disfrutamos a la par. Razonamiento que aun sin mencionar a Corasio también habría repetido Pedro Ricardo, pues decía que el uso no es otra cosa sino un derecho de usar en las cosas ajenas, salvada la sustancia de las cosas y que no se ponía en la definición la expresión *fruendi* a diferencia del usufructo, según expone Castilllo de Sotomayor, quien asimismo le atribuye a Ricardo el mérito de advertir que la voz de uso es equívoca y genérica y se tomaba de varios modos. Porque, en primer lugar, se tomaba por derecho de servidumbre, de acuerdo con los textos romanos y la autoridad de Cuyacio. Asimismo, en segundo lugar, se recibía por provecho o comodidad de usar, desde la glosa a Bártolo y a Zasio. Igualmente, en tercer lugar, se tomaba por usufructo, desde la glosa a los novísimos casos apuntados por Craveta. Ya en cuarto lugar, por aquello que alguien tiene por su uso o por causa de su uso está dispuesto, mientras que en quinto y último lugar se emplea por aquello que se dice común uso de hablar[148].

¿Pero en qué se diferenciaban el usufructo del uso?, es pregunta más expresa que se hace Castillo[149], y que todos los jurisconsultos trataban, entre ellos Gregorio López, Corasio, Zasio, Connano, Hotman, Cepola, Rebuffi o Pedro Gregorio Tolosano, y más novísimamente Pedro Ricardo, nos dice, quien señalaba hasta cinco divergencias. En cualquier caso, la principal diferenciación consistía en la que con unanimidad se señalaba por los autores, es decir, que el usufructo contiene derecho de usar y disfrutar, mientras el uso sólo contiene derecho de uso, por lo cual el usufructo es más pleno y cualquier emolumento de la cosa puede tomar de manera completa, y no sólo para el uso, sino también para deleite o cualquier otro uso. El uso, prosigue, no tiene más que cuanto es necesario para la dignidad y honestidad de la vida, de modo que ni sobre ni falte. Pero por ello, y era un asunto muy debatido, como derivación de la naturaleza del uso, y con el fin de que nada le falte al usuario, o a

---

[146] De esta manera: *Est ius utendi re aliena, quatenues ad usuarii necessitatem satis est*.

[147] Quien del uso había dicho algo semejante a lo que rectamente había escrito Hotman, mas sin citarlo, refiere Castillo, en concreto que el uso *esse ius alienis rebus utendi ade usum quotidianum, quod in alium transferri non potest*, para lo que se valía de textos romanos y de las Partidas.

[148] Lo extracta en el número 9 de sumario: *Usus vocem aequivocam esse, & genericam, & variis modis sumi; primo enim sumitur pro iure servitutis; secundo por commoditate utendi; tertio & quandoque pro usufructu; quarto pro eo, quod quis pro suo usu habet; quinto & ultimo pro eo, quod dicitur communis usus loquendi*.

[149] De modo abierto, según expresión del sumario 10: U*sus, ab usufructo, quibus differentiis separetur?* Interrogante que desarrolla hasta el sumario 17.

aquel a quien le es legado, se estimaba en alguna ley romana, la *L. si alii.42.ff. de usufructu.*, que tenía preferencia frente al usufructuario cuando se produce concurso entre ellos en los límites en que se encierra el uso. De todas las explicaciones que daban los jurisprudentes en torno a esto texto romano, la de Costalio era la que más le agradaba, al explicar la superioridad del fructuario frente al usuario, pues el fruto sin el uso no puede darse, aunque el uso no defina al fructuario, aparte de que por propia naturaleza del uso el fruto de uno no podía pasar al fruto de otro, considerando en cambio Castillo que la interpretación dada por Connano era más imaginativa que verdadera.

Eran interpretaciones brillantes, como otro tanto acaecía con otro de los dichos sobre el que disputaban secularmente los juristas, insinuado ya de pasada al recordar a Costalio, y era que el uso puede darse sin el fruto, mientras que el fruto sin el uso no puede ser, porque para empezar, al margen de la naturaleza de la cosa, la misma apelación del vocabulario nos advierte que se dice usufructo, no fruto del uso, como con ingenio apuntaba Connano, apostilla Castillo, quien refiere muchas dudas de los jurisprudentes y ofrece soluciones, como que el usufructo no puede ser sin el uso en cuanto es conveniencia y facultad de percibir los frutos, por lo que en definitiva era verdadera servidumbre.

En fin, todavía quedaba un nuevo tipo de servidumbre personal contemplado por la generalidad de los juristas, la habitación, aunque de mucha menor entidad que los precedentes, sobre todo del usufructo, ya que la habitación tenía alguna mayor conexión con el uso, pero también diferencias. Si accedemos a Partidas, un recurso permanente, observamos ya de entrada, y no parece aleatorio, que la habitación es objeto de la última ley que el texto alfonsino consagra a las servidumbres[150]. Además de tal consideración, se ha de señalar que las Partidas no llegan a definir a esta servidumbre personal, pues se limitan a apuntar, a título descriptivo, que *habitatio* en latín tanto quiere decir como morada en romance, de modo que únicamente tendrá lugar en las casas y en los edificios. Aunque luego dispone esta ley sobre aspectos fundamentales de la institución, como es el de su constitución, por contrato entre partes o por testamento, o cómo se pierde, por muerte o remisión, o cuánto es el tiempo de su duración, en principio para toda la vida de aquel a quien le es dejada la morada de la casa, salvo que otra cosa fuese determinada en el otorgamiento. Asimismo se determina en Partidas cómo ha de ser su

[150] De este tenor aparece en Montalvo la ley 27: "Cuanto tyempo deve durar ssi es otorgado a alguno la morada de alguna casa". Y así resume Gregorio López la mencionada ley: *Habitatio, nisi aliud conveniat inter partes, non finitur, nisi morte, vel remissione, cavebit autem is, cui relicta est, de habitando, et fruendo arbitrio boni viris: et habitar poterir cum su familia: et locari poterit, si voluerit, dum tamen bonis viris. Hoc dicit.*

uso, guardándola de buena fe, sin que se empeore ni se produzca confusión por culpa de aquel a quien se otorga, quien por su parte deberá prestar fianzas de que la devolverá al dueño o a sus herederos en el momento establecido. E igualmente, las Partidas se preocupan por determinar cuestiones relativas al alcance del derecho de habitación en casa ajena, así que pueda morar en la casa que le otorgaran junto con su familia, e incluso que puede arrendar o alquilarla, pero siempre que sea a gentes de buena vecindad.

¿Qué apostillaban a la habitación los glosadores castellanos de las Partidas? Por lo que se refiere a Montalvo, en glosa única, resume el aspecto nuclear de la ley, la duración de la habitación, nos expone los orígenes y concordancias del derecho romano, también los parecidos en cuanto a los modos de constitución y fianza entre la habitación, el usufructo y el uso, pero no deja de preguntarse por las consecuencias que tiene para el heredero según que el uso de la casa se legara sin fruto o con fruto[151]. En cuanto a Gregorio López, asimismo en glosa única, comenta las diferencias con el uso y el usufructo, y una divergencia era que el derecho de habitación no se perdía por gran o mediana capitidisminución, sino solamente por la muerte, así como otra disimilitud consistía en que el usuario no puede arrendar o alquilar, o poner a disposición de otro, mientras sí se podía hacer en la servidumbre de habitación, de acuerdo con los textos romanos y la autoridad inagotable del tratado de Cepola sobre las servidumbres. También nos precisa Gregorio López el alcance del término habitación, ahora con el nombre de Baldo, ya que la habitación se tomaba de tres maneras: primeramente por derecho de servidumbre, en segundo lugar como una cierta facultad de habitar y en tercer lugar por el mismo acto corporal que es el habitar. Que no eran las últimas interrogaciones, porque igualmente se pregunta qué ocurre si en la venta de la casa se exceptuaba la habitación de los habitadores, o qué sucedía si se legaba una cantidad para la habitación, en qué tiempo había de prestarse la pensión[152].

Si Montalvo se había mostrado parco y no se había sobrepasado Gregorio López, crease, no merece otro juicio Pichardo en el epígrafe que dedica a comentar la habitación, que deliberadamente llama la tercera servidumbre personal[153]. A su entender es derecho propio, diferente del uso y del usufructo, pues a quien le es dejada la habitación puede habitar, y no sólo él, sino también su familia y los libertos, en consonancia con lo que se leía en varios

---

[151] Glosa "Habitatio".

[152] Glosa "Habitatio", el mismo rótulo de Montalvo.

[153] Dentro de su obra *In quatuor Institutionum*, y a su vez en el seno del título *De* usu*, & habitatione. Tit. V.,* se encuentra este epígrafe: *§. Sed si cui habitatio.3.Habitatio servitus personalis est; Habitationis ius qualis sit, & quid comprehendat.*

textos romanos y en las Partidas, aunque también puede alquilarla, bien que acaba el derecho de habitación con la muerte de aquel a quien se concede. Por más que existían otras muchas cuestiones disputadas, según habrían puesto de relieve Connano, Pedro Gregorio Tolosano o Cepola, como era la de que no extinguía la habitación por capitidisminución o por el no uso, puesto que más en hecho que en derecho consistía, y ya que a la persona a la que se otorga está ligada, si al hijo o al siervo se deja, entonces no se requiere al padre o al señor, concluye.

Algo más expresivo que los anteriores se mostrará, en cambio, Castillo de Sotomayor, con mucha mayor erudición, porque se toma gran interés en dar a conocer las posiciones, y a veces definiciones, que han dado numerosos juristas acerca de la habitación como servidumbre personal, o derecho propio, consistente en el habitar y constituida solamente en la casa, separada del usufructo y del uso, como eran las de Corasio, Cepola, Connano, Pedro Gregorio Tolosano, Mantica, Carocio, Pichardo Vinuesa o Pedro Ricardo, que seguían la común sentencia de los doctores y también él mismo se encontraba en esta línea. Aunque había una postura peculiar, la de Hotman, que no comparte plenamente, la cual intentaba probar que la habitación no era una servidumbre personal, y en esto difería del usufructo y del uso, sino que se trataba de un derecho propio o facultad de vivir gratis de *per se* en casa ajena a tiempo cierto y mientras viviese el habitador. Además, y era otro argumento empleado por Hotman, de que el uso es servidumbre y consiste en el dominio y por este puede ser pedido en vindicación, cuando, de modo diverso, la habitación no es servidumbre, sino un cierto derecho separado que no está en el dominio sino que consiste en la obligación, de modo que el heredero dañado, o reo de la estipulación, responda con la libertad de la habitación. Pero Castillo de Sotomayor no se reduce a mostrarse militante con la condición de servidumbre personal de la habitación, lo más valioso de su exposición, a mi modo de ver, sino que analizará con sutileza y sentido crítico las semejanzas y desemejanzas que se encontraban entre los tres tipos de servidumbres personales a la luz de textos romanos y de Partidas y con el auxilio de los juristas antes nombrados, con alguna incorporación nueva, como Cuyacio y Gregorio López[154].

¿Podíamos hablar de más servidumbres personales a añadir a las tres referidas? Las Partidas y numerosos juristas, como sabemos, tratan de otras ser-

[154] A la habitación le dedicará los números 18 a 31 del mencionado capítulo 28 de su *Tractatus de usufructu*, cuyo número 18 de sumario lleva el siguiente rótulo: *Habitationem, servitutem personalem esse* y el 21 este otro: *Habitatio, Usufructus, & Usus differunt in multis, & in quibusdem conveniunt*.

vidumbres personales, relacionadas con las obras y ministerios de los siervos, e incluso algunos juristas, un ejemplo es Antonio Gómez, se referían a una especie de servidumbre que denominaban meramente personal, mas de todo ello hemos hecho ya sobrada consideración, baste recordar sobre el particular los decididos posicionamientos negativos de Ramos del Manzano. Por ello, con esta servidumbre, la de habitación, acabamos nuestro periplo jurisprudencial castellano acerca de las especies de servidumbres personales, y no sólo de éstas, sino también de las prediales o reales, y, más aún, damos por finalizada nuestra ponencia, más larga de lo deseable en extensión, que no tan completa en su desarrollo como probablemente sería menester, pero tiempo habrá para llevar a cabo tareas más ambiciosas, como son las de dar a conocer de manera sistemática la doctrina jurídica castellana clásica sobre todos los elementos que componen la institución de la servidumbre. Hasta entonces, cuando sea posible, que espero será pronto.

LA RÚBRICA DE *SERVITUTIBUS* EN LOS FUEROS DE VALENCIA

Pascual Marzal
Universitat de València

La presente ponencia se estructura en dos partes diferenciadas. La primera le da nombre y analiza la rúbrica sobre servidumbres de los Fueros de Valencia en la edición del siglo XVI del notario Francisco Juan Pastor[1], y sus páginas son deudoras de trabajos de Arcadi García, Febrer Romaguera y especialmente del profesor Francisco L. Pacheco Caballero[2]. En la segunda parte, intento descubrir la proyección de la materia de servidumbres en otras fuentes del Derecho, sobre todo, en su vertiente más conflictiva, a través de pleitos y litigios planteados en diferentes tribunales durante la época foral y la Nueva Planta.

Los *Furs* fueron recopilados por Pastor y publicados entre 1547-1548 con el título *Fori Regni Valentiae*. Nos han llegado escasas noticias de este compilador Valenciano[3]. Como el resto de notarios, debemos subrayar que no tuvo una formación jurídica universitaria, aunque sí un lógico conocimiento de la práctica. A título particular, y siguiendo los pasos de otro notario, Luis de Alanya, concluyó la tarea de reunir en un mismo cuerpo jurídico los fueros que habían sido aprobados desde Jaime I hasta la fecha de su edición[4].

---

[1] *Fori Regni Valentiae,* Valencia, 1547-1548. Se ha completado la consulta de los textos legales con las ediciones de *Fori Antiqui Valentiae*, a cargo de Manuel Dualde Serrano, Madrid, 1967, Pedro López Elum, *Los orígenes de los Furs de València y de las Cortes en el siglo XIII,* Valencia, 2001, y Germà Colón y Arcadi García, *Furs de Valencia,* en su volumen III, Barcelona, 1978. Sobre su gestación Mariano Peset Reig, "Observaciones sobre la génesis de los Fueros de Valencia y sobre sus ediciones impresas", *Ligarzas* 3(1971), 47-85.

[2] Manuel V. Febrer Romaguera, "Las servidumbres prediales en el derecho foral valenciano medieval", *Anuario de Estudios Medievales,* 25(1995), pp. 67-80; Arcadi García Sanz, *Institucions del Dret Civil Valencià,* Castellón, 1996, pp. 51-58; Francisco L. Pacheco Caballero, *Las servidumbres prediales en el Derecho Histórico Español,* Lérida, 1991 y del mismo autor "Derecho valenciano, Derecho catalán y recepción del Derecho común: Reflexiones en torno a la institución de las servidumbres prediales", *Historia, Instituciones, Documentos,* 22(1995), 371-429.

[3] Una breve semblanza en Vicente Ximeno, *Escritores del Reyno de Valencia,* 2vols., Valencia, 1747, I, p. 77.

[4] En la recopilación de Pastor tuvo una participación importante el jurista Pere Joan Capdevila que se encargó de realizar las anotaciones marginales a los fueros, unas concordancias con el

Tomó los materiales existentes y, por tanto, una gran parte de la sistemática adoptada procedía de los textos medievales y, en consecuencia, de sus posibles autores. Que conozcamos, participaron en la redacción de los primitivos fueros varios juristas famosos: el aragonés Vidal de Canellas o los catalanes Albert d'Alabanyà y Pere Albert.

En la recopilación latina de fueros, las disposiciones sobre servidumbres se reunieron en una rúbrica titulada *De servitutibus et aqua,* la cual seguía en orden a las *De usufructo* y *De cloacis*[5]. Desde los textos del Derecho romano se produjo la conexión entre la materia de servidumbres y las aguas[6]. Según Biondi no está claro el motivo de tal emparejamiento "si no es considerando que las primitivas servidumbres se referían a las aguas", es decir, a exigencias agrícolas. Este argumento corrobora la importancia que en el mundo romano e igualmente en el valenciano, adquirió la agricultura de regadío, aunque no respondía "en ningún modo, a exigencias sistemáticas"[7].

En el texto romance de los Fueros, cuyo original se conserva en el Archivo Municipal de Valencia, la rúbrica fue denominada *De servitut d'aygua e d'altres coses*. Pastor imitó sin más esta designación. Desconozco el sentido exacto de la expresión *e altres coses*. En un principio creí que esta locución convertía la rúbrica en un posible cajón de sastre para situar normas sin una ubicación clara. Sin embargo, hay un dato que creo permite descartar esta suposición. La rúbrica latina contenía treinta y ocho fueros de Jaime I, cuyo contenido se repitió en la edición valenciana, mientras que la de Pastor, sólo añadió tres disposiciones de monarcas posteriores, dos de Pedro II y una de Fernando El Católico, sobre problemas puntuales relativos al reparto de las aguas públicas en tiempos de escasez y sequía (cuestión que sigue siendo de actualidad), y a la competencia de los jurados de la ciudad de Valencia en materia de acequias del

---

Derecho común que fueron, en muchas ocasiones, deudoras de las apostillas llevadas a cabo por los glosadores medievales valencianos. Sobre este jurista véase Mariano Peset Reig, "Observaciones…", pp. 68 y 69 y Manuel V. Febrer Romaguera, "Pere Joan de Capdevila, catedrático y abogado (hc. 1495.1558). Biografía y estudio bibliográfico de su biblioteca jurídica", *I Congreso Universitario de Ciencias de la Educación. Teoría, Historia y Metodología de la Documentación en España (1975-2000),* Universidad Complutense de Madrid, 2000, pp. 341-381, cito por una separata y no por la edición contenida en multimedia, donde varían las páginas. Siguen siendo útiles las concordancias de Ana Mª Barrero, "El Derecho romano en los *Furs* de Valencia de Jaime I", *Anuario de Historia del Derecho Español,* 41 (1971), 639-664.

[5] Manuel Dualde Serrano, *Fori…*, pp. 70-76.

[6] El título 34 del libro 3º de *Código* de Justiniano llevaba exactamente esa denominación *De servitutibus et aqua*.

[7] Biondo Biondi, *Las servidumbres*, con anotaciones de derecho común y foral por José Manuel González Porras, Madrid, 1978, p. 2.

río Turia[8]. Es decir, encajaban sin más en el título de la rúbrica, haciendo innecesaria aquella expresión y demostraban que esta materia no evolucionó, al menos, legislativamente durante todo el periodo foral. La única conjetura que me permitía explicar esta denominación consistía en aplicar el sentido común. El primitivo redactor de los Fueros hizo una mala lectura del texto latino. En lugar de entenderlo como "de las servidumbres y de las aguas", creyó que se trataba "de las servidumbres de aguas". Como la rúbrica contenía disposiciones sobre otras servidumbres prediales rústicas y, además, también urbanas, tuvo que incorporar *e altres coses*. De hecho, el título de la rúbrica no incluía ninguna coma tras la expresión *servitut* y, además, estaba escrita en singular y sin ninguna conjunción copulativa que la uniera con *d'aygua*[9].

La rúbrica *De servitutibus* fue ubicada, del mismo modo que en el *Código* de Justiniano, en el libro III y seguía en orden —como en los textos originarios— a las *De usufructo* y *De cloachis*[10]. En otra obra jurídica muy próxima en el tiempo a esta recopilación, *Institucions dels Furs i privilegis del Regne de València,* una síntesis de normas forales escritas por el magistrado de la audiencia de Valencia, Pere Hieroni Tarazona, se incluyó la rúbrica *De cloachis* dentro del título *De les servituts y acueductos*[11], mientras dejaba igualmente en un epígrafe separado, las cuestiones relativas al usufructo. Parece, en consecuencia, que los Fueros no siguieron la técnica legislativa

[8] *Fori*…, 3.16.39, 40 y 41. Con todo, existieron algunas disposiciones sobre servidumbres dispersas por otras rúbricas, como aquella en la que se reiteraba que las tierras en condominio únicamente se presumía la existencia de una servidumbre cuando todos los propietarios hubieran prestado su consentimiento. Se trata del fuero 26 de la rúbrica *De evictionibus* existente en el libro octavo: *Per lo camp que es de mols companyons, o de mols senyors qui han aquell camp comú, pot atorgar cascún d'aquells a altre que pusque passar per aquell camp: mas emperò aquell no ha guanyada per aço servitut de carrera per aquell camp comú en tro que tots los altres senyors qui haurà contradit, o haurà atorgat tots los altres atorgaments seran confermats; emperò pus benigna cosa, e pus egual serà que aquells qui ans li atorgaren aquella cosa no li pusquen vedar que el no us d'aquella cosa que primerament li hauran atorgada ans que.l qui derrer contradeix no li haurà atorgat ne consentit*. La confusa y enrevesada redacción queda aclarada con la lectura que realiza Nofre Berthomeu Ginart, *Repertori general y breu sumari per orde alphabetich de totes les materies del Furs de València fins les Corts del any 1604 inclusive, y dels privilegis de dita Ciutat y Regne,* Valencia, 1608, p. 223: *Servitut en camp comú no se induheix sens consentiment de tots los socios*.

[9] El afán descriptivo todavía fue mayor en la rúbrica de *Costums de Tortosa* cuya denominación era *De servituts d'aygues e de parets e d'altres coses,* véase Francisco L. Pacheco, "Derecho valenciano…", pp. 373 y 374.

[10] En *Código* aparecen correlativamente las rúbricas *De usufructo et habitatione et ministerio servorum* —3.33— y *De servitutibus et aqua* —3.34—, mientras que en *Fori* corresponden a los números 3.14 (*De usufruyt)*, 3.15 (*De clavegueres e de stremeres e d'albellons*) y 3.16 (*De servitut d'aigua e d'altres coses*).

[11] Pere Hieroni Tarazona, *Institucions dels Furs y privilegis del Regne de València,* Valencia, 1580, título VI, pp. 202-206.

del Derecho justinianeo en el que se distinguía entre unas servidumbres personales y otras prediales, según las formulara en época ya tardía el jurista Marciano[12]. Al contrario, concibieron el usufructo como un derecho real autónomo, diferente de las servidumbres, y omitieron toda regulación del uso y la habitación[13].

CONCEPTO Y CLASES DE SERVIDUMBRES

Del mismo modo que en el Derecho romano, no existe en los Fueros una definición de servidumbre. Y es que, como advirtió Biondi, antes que una institución única de servidumbres, lo que aparecieron fueron figuras concretas con un contenido propio y tipificado[14]. Tampoco los comentaristas medievales valencianos se detuvieron en esta cuestión que, por el contrario, ya venía expresada por autores del prestigio como Bártolo para las servidumbres prediales[15]. Los intentos por incluir en un mismo concepto los distintos tipos de servidumbres tienen en la doctrina del *ius commune* su formulación posterior. Por ejemplo, Antonio Mathaei afirmaría que la "servidumbre era un derecho que poseíamos en una cosa ajena que nos aprovechaba a nosotros o a un bien nuestro"[16].

---

[12] *Digesto* 8.1.1: *Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum*.

[13] Así lo expresa Arcadi García Sanz, *Institucions del Dret Civil Valencià,* Castellón, 1996, p. 57. Esta observación no va desencaminada, pero creo que en la mente de los primeros redactores no hubo ninguna intención de construcción dogmática del usufructo como algo independiente de las servidumbres. Así parece demostrarlo tanto su ubicación, previa a las servidumbres prediales, igual que en el esquema del texto justinianeo, como las glosas de los autores forales en donde se recogió la concepción y terminología que distinguía entre servidumbres personales y prediales.

[14] Biondo Biondi**,** *Las servidumbres…*, especialmente pp. 24 a 27.

[15] Bártolo de Saxoferrato *In primam Digesti Veteris partem Commentaria,* Augustae Taurinorum, 1589, 8.1.2, fol. 230 r.: *servitus est quoddam ius praedio inhaerens ipsius utilitatem respiciens et alterius libertatem seu diminuens* Cita esta definición con más detalles Chaepolla, lo que me hace pensar que la edición que manejo pudiera contener algunas erratas y omisiones: *Servitus est quoddam ius praedio inhaerens et ipsius utilitatem respiciens et alterius praedii ius, sive libertatem diminuens,* véase *Tractatus de servitutibus…*, 2.3, p. 4..

[16] *Servitus ius est quo res aliena nobis vel rei nostrae servit,* Antonio Mathaei, *Disputationes VII. De servitutibus,* editado junto a la obra de Chaepolla en Lyón, 1688 El catedrático valenciano Juan Sala las conceptualizaría haciendo hincapié en el tradicional "derecho en cosa ajena": *Ius in re aliena alteri constitutum, quo dominus, quod huic alteri commodum sit, aliquid aut pati in suo, aut in suo non facere cogitur,* en su obra *Institutiones romano-Hispanae ad usum tironum hispanorum ordinatae,* 2 vols., utilizo Madrid, 1830, I, pp. 273-274. Véase una obra de bastante predicamento entre la doctrina de la primera mitad del siglo XX, Carlos Arnó, *Las servidumbres rústicas y urbanas. Estudio sobre la teoría de las servidumbres prediales,* traducción por Adolfo Posada, Madrid, s/f, p. 3, allí se definen como: "aquellos derechos reales de contenido determinado positivamente, de suerte que ante ellos la propiedad de la cosa, que de los mismos puede ser objeto, tiene siempre un carácter preponderante".

Asimismo, no figura en la compilación valenciana un uso de la terminología de fundo dominante y fundo sirviente que, en este caso, sí sería utilizada por los glosadores forales como en las *Notae super foris* de Giner Rabaça (hijo)[17]. Tampoco contienen una clasificación clara. La rúbrica contenía una separación no demasiado estricta, entre servidumbres urbanas y rústicas, inspirada en diferentes partes del *Corpus*[18]. La categorización de las servidumbres ha variado históricamente. El Derecho justinianeo las dividía en personales y prediales, incluyendo en las primeras al usufructo, el uso y la habitación, mientras que las prediales comprendían tanto las urbanas como las rústicas[19]. Con la Recepción, los glosadores y comentaristas introdujeron una división tripartita entre servidumbres personales, reales y mixtas[20]. Las personales pasaron a llamarse mixtas, incluyendo como antes el usufructo, el uso y la habitación; las prediales o reales continuaron con el mismo contenido, mientras que se denominó servidumbres personales a un conjunto de instituciones nacidas bajo el feudalismo y que encarnaban situaciones jurídicas de sometimiento próximas a la esclavitud. Esta clasificación no fue estrictamente seguida por toda la doctrina posterior[21]. Tampoco los autores valencianos parece que se hubieran detenido en ella, pues a lo largo de sus aclaraciones manejaron principalmente las clasificaciones de personales y prediales o la de continuas y discontinuas —según se necesitaran o no actos del hombre para desplegar su eficacia— y forzosas —impuestas por la ley— y voluntarias[22].

---

[17] Biblioteca Histórica de la Universidad de Valencia (desde ahora B.H.U.V.), *Manuscritos,* núm. 208, p. 135; véanse también las apostillas al fuero 3.16.24 en donde se emplean los términos *domus dominante* y *domus sirvientibus,* fol. 137 v.

[18] Principalmente de *Código* 3.34 y *Digesto* 8.1 a 5.

[19] *Digesto* 8.1.1.

[20] Bartholomaei Caepollae, *Tractatus de servitutibus tam urbanorum quam rusticorum praediorum,* Lyón, 1688, 1, p. 1: *Servitutum tria sunt genera: quaedam enim sunt servitutes personales, quaedam reales, et quaedam mixtae*. Antonio Gómez utiliza esta misma clasificación, aunque niega que en los casos de esclavos pueda hablarse de servidumbre personal porque atenta contra el principio general de que un bien sirva a su propio dueño: *in re propia non cadat servitus,* admitiéndola en los supuestos de esclavos que por testamento o contrato son obligados a servir a otra persona, véase Antonio Gómez, *Variae resolutiones iuris civilis, communis et regii*, Lyón, 1701, 15.1, p. 370. Años después, Juan Sala, más apegado a la clasificación justinianea habla del usufructo, uso y habitación como servidumbres personales, aunque reconoce que el término servidumbre haga propiamente referencia sólo a las prediales: *Quamvis ususfructus, usus, et habitatio proprie servitutes sint, quae personales dicuntur; tamen quia unaquaeque proprium et speciale nomen habet, eo appellari solet, nomenque servitus simplicier positum de realibus seu praedialibus praedicari,* Juan Sala, *Digestum Romano-Hipanum ad usum tironum Hispanorum ordinatum,* 2 vols., utilizo Madrid, 1824, I, p. 132.

[21] Véase Bártolo de Saxoferrato, *In primam Digesti Veteris…,* 8.1.1, fol. 230 r., en donde recoge la división tripartita, pero cuestiona las personales; en el mismo sentido Antonii Matthaei, *Disputationes VII. De servitutibus,* editado junto a la obra de Chaepolla en Lyón, 1688, comenta todos aquellos ejemplos de servidumbres personales de origen feudal, p. 533.

[22] Giner Rabaça (hijo) al comentar el fuero 3.16.28, B.H.U.V, *Manuscritos*, sig. 208, fol. 138. La diferenciación entre servidumbres forzosas o legales y voluntarias, tuvo enorme trascendencia

De esta afirmación podemos extraer como consecuencia que nunca hubo una lista cerrada de servidumbres, lo que dificultó la clasificación de algunas de las instituciones que aparecían dentro y fuera de la Rúbrica estudiada; sobre todo, porque la doctrina del Derecho común tendió a concebir como servidumbre cualquier derecho limitativo de la propiedad ajena. Así, según el autor que consultemos, encontraremos el mismo supuesto de hecho con una calificación jurídica diferente. Ilustraré con algunos ejemplos esta aseveración. En Fueros, en rúbrica distinta a la de servidumbres, se recogía la prohibición de encender fuegos en tierras de propiedad particular durante los meses de verano. Tarazona la incluyó, sin más, dentro las servidumbres, mientras que Arcadi García la concibió como una limitación que padecía el propietario por interés público, porque se trataba de situaciones que no suponían un derecho real en cosa ajena[23].

Otro supuesto, el del árbol cuyas ramas invadían el predio vecino, fue regulado en Fueros dentro de la rúbrica de servidumbres, prohibiendo al titular del fundo sirviente que cortara dichas ramas salvo que le causaren algún perjuicio[24]. Este caso reflejaba un supuesto de hecho habitual dado el tipo de sociedad rural y la geografía agreste del territorio valenciano. Los agricultores, con la intención de aprovechar al máximo la zona cultivable en lugares con acentuados desniveles entre los predios, plantaban los árboles muy cerca de los lindes. En la práctica, esta figura evolucionó de un *no hacer* por parte del titular del fundo sirviente, a un *padecer* una servidumbre de paso, cuando el propietario del fundo dominante tuviera necesidad de recolectar sus frutos. Lo interesante de esta modalidad de servidumbre fue que siguió utilizándose en Valencia consuetudinariamente tras la abolición de los Fueros, llegando su práctica hasta nuestros días, a pesar de lo regulado en el Código Civil[25]. Como en los anteriores ejemplos, tampoco ahora existió unanimidad al calificarla. Para Arcadi García no se trataba propiamente de una

---

en la regulación foral, véase Lorenzo Matheu y Sanz, *Tractatus de regimine Regni Valentiae,* Lyón, 1704, 5.1.29, p. 143: *Servitutes lege imponi possunt; y* Arcadi García, *Institucions…,* p. 53.

[23] Pere H. Tarazona, *Institucions…,* p. 205 y 206, que también incluye como servidumbre la prohibición de plantar arroz en los humedales y riberas de los ríos; Arcadi Garcia, *Institucions…,* p. 52.

[24] *Fori…,* 3.16.33: *Si l'abre d'alcú penyarà sobre camp d'altre, aquel sobre la terra del qual penyarà, no tail ni trench les rames qui penyaran sobre aquel camp, mas tail e trech aytantes d'aqueles rames quant fassen ombra que li tingue dan*. Los glosadores forales lo hacen concordar con *Digesto* 43.29.1 —contrástese con *Manuscritos,* 208, fol. 139 r.—, y más concretamente el trabajo de Febrer Romaguera, del párrafo noveno de esta disposición, aunque como ya advirtió Arcadi García y Germà Colom no literalmente, sino que sintetiza los diferentes preceptos contradictorios y confusos contenidos en la norma justinianea, *Furs…,* p. 241.

[25] Artículo 592: "si las ramas de algunos árboles se extendieran sobre una heredad, jardines o patios vecinos, tendrá el dueño de éstos derecho a reclamar que se corten en cuanto se extiendan sobre su propiedad".

servidumbre, sino de una limitación del dominio por interés privado, mientras que Alfredo Granell la ha definido como una servidumbre especial[26].

Además de estos casos, otros tipos de servidumbres enunciadas en el Derecho romano, fueron recogidas en Fueros en rúbricas distintas de la que ahora analizamos. Como la servidumbre relativa a abrevar el ganado (*servitus pecoris ad aquam adpulsus*), que se regulaba como una obligación de todo señor territorial de poseer dos abrevaderos en sus tierras, a los que podían acceder cualquier vecino propietario de animales en los términos del lugar[27]. Ni tampoco trataban de la servidumbre o derecho de pasto (*ius pascendi)* que se recogía en otros títulos. Dentro de esta modalidad destacaban los llamados *amprius* que según el jurista Matheu y Sanz eran una servidumbre predial rústica por la que los habitantes del término de Valencia poseían un derecho de pacer sus ganados de forma franca y libre en los términos de los señoríos tanto eclesiásticos como nobiliarios de todo el Reino. Los problemas derivados de los mismos, sus quejas y reclamaciones, eran resueltos por los propios jurados de la ciudad de Valencia[28].

CUESTIONES GENERALES

Los preceptos contenidos en la rúbrica describen, como hemos dicho, cuestiones sobre servidumbres concretas, si bien he pretendido su sistematización para una mejor comprensión y claridad expositiva. Comencemos por las cuestiones generales de toda servidumbre. Podemos extraer algunas de estas características que aparecen diseminadas a lo largo toda la rúbrica[29].

a) La utilidad. Con una pésima redacción, los fueros recogen este principio. Fue tomado del *Digesto* en donde se advertía que las servidumbres no serían válidas si no se constituían a favor de los predios[30]. Siempre debía constar la utilidad para el fundo dominante que se traducía en un padecer o

---

[26] Alfredo Granell Dasí, "Contratos", *Jornada sobre Derecho civil valenciano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 53-59, p. 58.

[27] Manuel V. Febrer, "Las servidumbres prediales…", p. 77.

[28] Con carácter general véase B. Chaepollae, *Tractatus de servitutibus...,* II, p. 231; y para Valencia lo confirma Lorenzo Matheu y Sanz, *Tractatus de regimine…*, 5.1.24, p. 145: *haec servitutes inter praediorum rusticorum aennumerentur*. Su estudio reciente en Mariano Peset y Pilar Hernando, "Comunales y propios en Valencia", *Historia de la propiedad en España. Bienes comunales: pasado y presente,* Madrid, 2002, pp. 179-210; yo he consultado además el pleito interpuesto por el mercader Gaspar Martí contra el señor de Rafelbuñol, en A.R.V. *Procesos Real Audiencia, 3ª parte apéndice,* sig. 8277, año 1684.

[29] Tomo como base Francisco L. Pacheco, "Derecho valenciano…", pp. 375 y ss.

[30] *Fori…*, 3.16.29, principalmente en la expresión *Per ço car nengú interés meu no es que les damunt dites coses no sien feytes…* Recogido en *Digesto* 8.1.15.

no hacer en el fundo sirviente. De ahí, que el legislador valenciano explicara determinados comportamientos que no constituían servidumbre, como pasear, recolectar fruta o comer en el predio ajeno, pues en todos ellos no había un beneficio evidente para el predio dominante[31]. Entre la jurisprudencia de época posterior este criterio va a ser determinante para comprobar la existencia o no de servidumbres y, en consecuencia, autorizar determinados actos al propietario del fundo dominante. En las sentencias se remarcan expresiones como que *l'obra era necessaria* o que se hizo *ad utilitatem et non ad emulationem*[32].

b) Los predios sobre los que se crea la servidumbre debían pertenecer a distinto propietario, pues sí que aparecía expresa y literalmente recogida la regla del Digesto *nemine res sua servit*, que en la redacción valenciana quedó como sigue: *en la sua cosa nengú per dret no pot haver servitut*. Es decir, nadie podía constituir servidumbre sobre cosa propia, porque se estarían ejercitando facultades como propietario y no como titular del fundo dominante[33].

c) También fue admitida como característica de las servidumbres, la indivisibilidad, o con otras palabras, que estos derechos reales se originaban o desaparecían en su totalidad. Utilizando palabras de Bártolo: *Servitus est tota in toto et tota in qualibet parte totius*[34]. No fue un principio que se recogiera literal en los fueros pero se deducía claramente de varios preceptos que trataban de la constitución o extinción de servidumbres en los casos de condominio, en los que el consentimiento de todos los copropietarios era indispensable para su nacimiento o extinción[35].

No se hablaba de la vecindad de los fundos ni de la perpetuidad de la constitución como caracteres de las servidumbres, lo que no implicaba que no se predicaran de ellas, sino que únicamente no fueron expresados como tales requisitos, ya que se consideraron inherentes a la propia institución.

---

[31] *Fori…*, 3.16.30: *Nengú no pot posar aytal servitut en altruy camp, o loch, ço es, que culla fruyta, o si vaje de portar, o hi vaje menjar, o en altruy era batre son blat per rahó de servitut*. Inspirado en *Digesto* 8.1.8.

[32] Véase las sentencias recogidas por Luis Tagel en su *Epitome sententiarum Sacrae Regiae Audientiae Valentinae ab anno 1607 usque ad annum 1630* (B.H.U.V. *Manuscritos,* núms. 187 y 188), en el término *Edificar*.

[33] *Fori…*, 3.16.12, al final del precepto; *Digesto* 8.2.26; consúltese Francisco L. Pacheco, *Las servidumbres…*, pp. 63 a 70.

[34] *In primam Digesti Veteris…*, 8.9.1, fol. 231 vº.

[35] En concreto *Fori…*, 3.16.11 reproduce literalmente *Digesto* 8.1.2; *Fori…*, 3.16.12 contiene el primer inciso de *Digesto* 8.2.26 y el fuero 28 de esta misma rúbrica copiaba *Digesto* 8.2.30. En este último supuesto Arcadi García consideró que se trataba de una forma de extinción parcial de las servidumbres, aunque tiendo a pensar que la norma expresaba lo contrario, *Institucions…*, p. 55.

d) Pasemos a tratar ahora del nacimiento y extinción de las servidumbres. Los intérpretes forales extrajeron de la regulación foral el principio de que todo bien se presumía libre, por tanto, la existencia de la servidumbre debía probarse, según afirmó Albert d'Alabanyà: *domus presumitur libera nisi probetur servitutem debere*[36]. Así lo recoge igualmente la jurisprudencia foral, como en la sentencia dictada en el proceso entre Jaume Valterra y Sebastián Gonçales, de 24 de diciembre de 1614: *Obra nos pot fer in solo alieno no constant de servitut quae res praesumitur libera*[37].

La libertad de los predios podía estar limitada por disposiciones de carácter municipal o real, por prácticas consuetudinarias, y por el supuesto más habitual: que se hubiera ganado el nacimiento de una servidumbre por el paso del tiempo. En este sentido, los Fueros recogían dos formas de constitución: a través de título otorgado por el propietario o propietarios —en caso de un inmueble común— del predio sirviente[38] y mediante la prescripción adquisitiva. En el primer caso, y en consonancia con la ausencia de un *numerus clausus*, consideraron válida cualquier carga en el fundo sirviente siempre que no fuera contra Derecho o, como expresaba la norma, que *no sie vedat en dret*[39].

De la misma forma que el Derecho justinianeo, las normas forales permitieron la adquisición y pérdida de servidumbres por el transcurso de los plazos de la *praescriptio* establecidas en el *Código*, aunque en el derecho valenciano se simplificó esta norma romana. En ella se hablaba de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, mientras que el fuero aplicó el mismo plazo de 10 años en ambos casos[40]. Una simplificación cuyo origen no está todavía claro. Carmen Lázaro apunta la posibilidad de que los redactores de

---

[36] En el comentario al *Fori…*, 3.16.1 está inspirada principalmente en *Código* 3.34.1, B.H.U.V, manuscrito 208, p. 134. Este principio será extendido a toda la materia de servidumbres por la doctrina del *ius commune*, véase con carácter general Helmut Coing, *Derecho Privado Europeo, tomo I. Derecho común más antiguo (1500-1800),* traducción y apostillas Antonio Pérez Martín, Madrid, 1996, p. 394; como ejemplo concreto Antonio Gómez en los comentarios a las ley 46 de Toro afirma que: *dico quod quilibet qui est dominus soli vel areae, vel suae rei immobilis, potest in ea aedificare ad libitum suae voluntatis, quia quidquid est supra solum usque ad coelum liberum,* 46.6, p. 358, utilizo *Ad Leges Tauri, commentarium asbolutissimum,* Lyón, 1701; y para Valencia Manuel V. Febrer, "Las servidumbres prediales…" p. 68.

[37] Fue publicada por el escribano de mandamiento F. P. Alreus, y yo la he consultado en Luis Tagel, *Epitome…*, en el término *Obra*.

[38] *Fori…*, 3.16.11 y 8.5.26; consúltese Antonio Gomez, *Ad leges…*, 46.6, p. 358.

[39] *Fori…*3.16.29.

[40] *Código* 3.34.14; *Fori…*, 3.16.26: *Si alcú irà per lo camp de son vehí al seu camp o menarà aygua contínuament per X anys, sabén e soffrèn aquell vehí e no contradién, no li pusque ésser vedar per son vehí d'aquí enant que no ús d'aquella servitut de la qual haurà usat per X anys*. Véase también *Fori…*, 8.16.15 y 28.

los fueros utilizaran como inspiración en este caso no sólo los textos justinianeos, sino también alguna glosa[41].

Además del transcurso del tiempo, la norma exigía el conocimiento y tolerancia por parte del titular del fundo sirviente o en expresión latina su *scientia et patientia*[42]. Estas condiciones no fueron recogidos como requisitos adicionales, sino como sustitutivos de la buena fe y justo título que siempre se considerarán elementos indispensables para iniciar la prescripción[43]. La glosa ratificará esta interpretación: *Quid si inveniatur fenestra iam facta a tanto tempore quod allegatur praescriptio? Dic quod debent demoliri cum sint factae contra forum… Sed si interveniet scientia illorum valet praescriptio…*[44]; y en la práctica serán alegados siempre que se pretenda justificar la prescripción adquisitiva de una servidumbre: *la qual posessió seu quassi de tenir la dita finestra la té… hu, dos, tres, cinch, deu, quince, vint, treinta y mes anys ab sciència, paciència y tolerància dels circunsvehyns*[45]. Una tendencia que seguirá igualmente en los años de la Nueva Planta[46].

Sólo en los casos de las servidumbres discontinuas en las que no existiera justo título, la jurisprudencia exigió para su adquisición el paso de los plazos de la prescripción inmemorial que, en estos casos, fueron fijados en cuarenta años[47].

---

[41] En concreto a *Digesto* 8.5.10; Carmen Lázaro Guillamón, *La adquisición de las servidumbres por el transcurso del tiempo,* Castellón, 2002, pp. 192-194. En otra materia como fue la capacidad para testar, también se produjo una simplificación: mientras que en el Derecho común exigía doce y catorce años, según fueran mujeres o varones, los Fueros impusieron la edad de quince años con independencia del sexo, véase mi libro *El Derecho de sucesiones en la Valencia foral y su tránsito a la Nueva Planta,* Valencia, 1998, p. 82.

[42] Azo y Odofredo ya utilizaron los presupuestos de la *scientia* y *patientia* que también aparecían en Bártolo de Saxoferrato, *In primam Digesti Veteris…,* 8.14, fol. 232 vº.

[43] La glosa valenciana los estableció en numerosos pasajes a los Fueros, como ejemplo véase B.H.U.V., *Manuscritos,* sig. 208, fol. 139 vº. a *Fori…,* 3.16.21; Carmen Lázaro Guillamón, *La adquisición…,* p. 191.

[44] B.H.U.V., *Manuscritos,* sig. 269, fol. 140.

[45] Archivo del Reino de Valencia (desde ahora A.R.V.), *Procesos Real Audiencia, 3ª parte, apéndice,* sig. 8066, año 1671.

[46] Véase el proceso entre don Crisanto Mallá y Pedro Castañer en el que se discutía la servidumbre de una ventana. La parte demandada alegó que "estava en la posesión de tenerla abierta por largo tiempo, abriéndola y cerrándola con zienzia, pazienzia y tolerancia de dicho Castañer", A.R.V. *Escribanías de Cámara,* año 1719, exp. 6.

[47] En las sentencias de 29 de enero de 1612 y 3 de septiembre de 1614 se afirma respectivamente que: *Servitut etiam discontinua es suficient per a prescriure 40 anys;* y *Servitut discontinua non praescribit nisi per tempus immemoriali, nisi tituli aut alia requisita concurrant;* y expresamente Cristóbal Crespí de Valdaura, *Observationes illustratae decisionibus Sacrii Supremi Regnii Aragonum Consili,* Lyón, 1730, II, 63.18, p. 90: *Servitutes quae non habent causam continuam non praescribuntur, nisi tempore inmemoriali.*

El precepto foral recogía, igual que una norma del *Código*, que la servidumbre no pudiera prescribir por el paso de dos años, advertencia innecesaria si tenemos en cuenta la regulación anterior[48].

Como causas de extinción, se aceptaron expresamente la renuncia del propietario del fundo dominante, la confusión en un mismo propietario del fundo sirviente y dominante[49] y, por último, la prescripción extintiva por el paso de diez años. En relación con este último supuesto, el fuero mencionaba que por el no uso prescribían las servidumbres rústicas. Los comentaristas lo extendieron a las urbanas, y no hicieron ninguna distinción si se trataba entre presentes o ausentes[50]. Sólo se exceptuó el caso recogido en *Digesto* sobre la imposibilidad momentánea en el uso de la servidumbre, como ocurría con la fuente que dejó de manar y que era utilizada por el predio dominante para regar. Por ello cuando la situación volvía a su estado anterior, recobraba su vigencia la servidumbre[51].

---

[48] Bártolo de Saxoferrato analiza los requisitos necesarios para que prescriban las servidumbres. Coincide con Azo en que sólo era necesaria la buena fe, a diferencia de lo que ocurría con las cosas corporales donde era indispensable la coincidencia de buena fe y justo título. Da como argumento: *quia in praescriptione rerum corporalium ius acquiritur in re et prior dominus definit esse dominus et ideo plura requiruntur, sed in praescriptione rerum incorporalium dominus non tantum amittit, ideo non debent tot esse necessaria,* véase *In primam Digesti Veteris…*, 8.14.232, vº.

[49] *Fori…*, 3.16.13: *Si alcú comprarà alcunes cases en les quals les sues cases hajen servitut, de puix que les haurà comprades aquella servitut puix no es deguda a aquell qui haurà comprades les cases. E si puix volrà vendre aquelles cases en les quals les sues cases primerament havien servitut mester, es que nomenadament digue que les sues cases primeres hajen servitut en aquelles cases que ven: axí com de primer lay havien. D'altra manera si expressament no ho diu, les cases que serán venudes franques d'aquella servitut.*

[50] *Fori…*, 3.16.28. Giner Rabasa (hijo) avaló esta regulación: *per non usum, indiferenter tam inter praesentes quam inter absentes ammittitur servitus, cum hic forus simpliciter loquatur et consequenter sic simpliciter intelligendum,* B.H.U.V., *Manuscritos* sig. 205; también en *Manuscritos* 208 fol. 138vº. Puede completarse con las glosas contenidas en el manuscrito 296, fol. 142 vº, donde se afirma que corrige la disposición de *Digesto* 8.2.6 en la que se establecía que el no uso extinguía las servidumbres salvo que se dieran alguno de los supuestos allí especificados. La obra de Bártolo reflexiona sobre esta prescripción afirmando que las servidumbres urbanas prescriben más difícilmente que las rústicas y, utilizando argumentos de Odofredo, expone que en ellas *habemus possessionem continuam, animo et corpore et ideo difficilius perditur*; cuestiona el término *animus* y no deja de reconocer que las servidumbre urbanas *sunt nobiliores et interest magis Reipublicae quod serventur, ideo difficilius praescribentur,* véase *In priman Digesti Veteris…*, 8.2.5, fol. 233 r.

[51] *Digesto* 8.3.35; *Fori…*, 3.16.37: *Del camp d'alcun vehí naxie font de la qual font hun altre son vehí prenie aygua a regar, e sdevench se axí que aquella font se xeca, e stech execa per deu anys e més, e axí aquell vehí enfre aquell temps no pot pendre aygua a regar, e axí ere semblant que hagués perdut lo dret que havie de pendre aquella aygua a regar, puixa enant de temps la aygua començа a exir d'aquella font, e la dita font torna en l'estat en que solie ésser de primer. En aquest cas lo vehí no pert lo dret que havie de menar l'aygua al seu camp a regar, ni pert la servitut que aquí havie: car no usa per aquell temps damunt dit, ço es, per deu anys, car si volgués pendre aquella aygua a regar lo seu camp no poguere per ço car ni hi ere. Aquella mateixa cosa es en tota altra servitut que axí sie perduda, e puix sia restaurada.*

Después de estas breves menciones a cuestiones o principios que podríamos denominar generales al conjunto de las servidumbres, la rúbrica reúne en sus leyes varios ejemplos de servidumbres prediales urbanas y rústicas.

LAS SERVIDUMBRES PREDIALES

En una sociedad como la valenciana, en la que la agricultura tuvo un papel determinante y, por tanto, el uso del agua, un neófito en estos temas pensaría que el inicio de la regulación contenida en la rúbrica se referiría a aquellas servidumbres conectadas con el mundo rural. Sin embargo, la rúbrica *De servitutibus* comenzaba legislando algunos supuestos de servidumbres urbanas, lo que nos hace pensar nuevamente en la inspiración de los textos latinos, ya que tanto *Código* como *Digesto* inician sus títulos con esta materia[52]. Esta impronta nuevamente se apreció en los ejemplos contenidos en sus preceptos, dado que se plasmaron los modelos romanos relativos a luces y vistas, paredes y salientes, y desagües, es decir *iura luminum, parietum* y *stillicidorum*[53].

Sintetizando esta materia, respecto de las servidumbres de luces y vistas, sólo tres fueros con reiteraciones y escasa claridad tratan de dar solución a esta conflictiva materia vecinal[54]. Con dificultad podemos extraer dos principios generales. El primero permitía edificar sin limitación de altura aunque se perjudicaran las vistas y luces de su vecino, siempre que existiera plaza o calle pública entre ambos. Cuando no mediara esta separación, habría que estar a otro tipo de especificaciones que no quedaron bien detalladas. En otro precepto se estableció la modalidad *altius non tollendi,* como una servidumbre voluntaria por lo que si nuestro vecino construyera más alta su casa teniendo a nuestro favor la servidumbre de que no se elevara, estaría obligado a derribarla[55].

---

[52] En *Código* 3.34 de las servidumbres y de las aguas, el primer precepto afecta a la servidumbre de luces; los siguientes a las de acueducto, hasta que la ley 8 y 9 inciden otra vez en luces y vistas; en *Digesto* 8.1 se tratan brevemente algunas cuestiones generales; 8.2 regula las servidumbres urbanas y 8.3, las rústicas.

[53] El recopilador valenciano introduce las disposiciones contenidas en la rúbrica del *Digesto De servitutibus praediorum urbanorum*. Una de cuyas enumeraciones aparece ya en *Digesto* 8.2.2. En los Fueros se recogen las típicas servidumbres romanas sobre luces y vistas, sin quedar claros cuáles son sus requisitos y diferencias: *Servitus altius non tollendi* o derecho a impedir que se edifique más de cierta altura; *servitus luminum*, consistente en el derecho de abrir ventanas en el muro común o en el vecino; *servitus ne luminibus officiatur* o derecho a impedir cualquier obra que prive de la luz al fundo propio; *servitus ne prospectui officiatur*, que incluye el mismo derecho anterior, pero respecto de las vistas, véase la síntesis de Francisco L. Pacheco, *Las servidumbres…*, pp. 62 y 63.

[54] *Fori…*, 3.16. 1, 2 y 3 preceptos inspirados en su primera parte en *Digesto* 8.2.1, también concuerdan con *Código* 3.34.8 y 9.

[55] *Fori…*, 3.16.9 copia literalmente otro de *Código* 3.34.9, del que únicamente suprime el nombre de Heraclio…

El segundo caso, trata de las ventanas próximas a la casa del vecino o cuando existieran en la pared medianera. La norma aclaraba que nadie podía abrir ventanas, miradores, ni tejados por donde pudiera verse alguna estancia de su vecino[56]. En este supuesto, si existiera servidumbre prescrita, aquel que construyera estaría obligado a respetar y permitir que siguiera gozando de luz o vistas en el antiguo muro o, si éste se reedificara, a construirle otra ventana nueva. Para las servidumbres de luces, el vecino debía permitir que el titular del fundo dominante recibiera, según regulaba la norma, "luz competente". La expresión era poco afortunada y planteó bastantes problemas de interpretación. En uno de los procesos consultados, se precisa que dichas palabras prohibían quitar totalmente la luz al vecino y, por el contrario, exigían que la casa dominante recibiera "luz suficiente" para que pudiera "ser habitada"[57]. La cuestión no es baladí, y ya fue abordada por la doctrina. Autores como Chaepolla inician el estudio de esta modalidad de servidumbre preguntándose *Quid significe lumen*[58]. Los textos del Derecho común le dan varios contenidos: que se pueda ver el cielo o que pueda entrar claridad, siendo esta última, la opción más seguida por los autores[59].

Respecto de las servidumbres relativas a medianerías y salientes, como en otras ocasiones, la técnica de legislador fue similar: enormemente casuística y parca en preceptos, la mayoría de los cuales se dedicaron a cuestiones relativas a la pared medianera o *comuna*, como se le denomina en varios fueros y a las facultades de los copropietarios respecto de la misma. Así, tomando el principio romano de que dicha pared no podía deshacerse y rehacerse, se incorporó en buena lógica, una aclaración de Jaime I por la que se autorizaba al medianero a repararla, mejorarla, etc.[60]. Tampoco se permitía

---

[56] *Fori…*, 3.16.3; la jurisprudencia corrobora esta regulación en sentencia de 6 de junio de 1616 entre José Martínez y Francisco Juan, donde fue declarado que: "que es lícito hacer ventanas *in paricte propria dum modo non prospiciat domun vicini*", Lorenzo Matheu y Sanz, *Sentencias pronunciadas por los oidores de la pasada Real Audiencia de Valencia y decisiones a ellas por…, regente de la misma Audiencia,* B.H.U.V. *Manuscritos,* sig. 247.

[57] A.R.V. *Procesos Real Audiencia, 3ª parte, apéndice,* sig. 8066, año 1671, entre el Convento de Nuestra Señora de la Merced de Orihuela y Salvador Utiel, cirujano de esta ciudad. Allí se expresa que: *segons lo fur primer rub. De servitutibus la persona que per servitut està obligada a donar-la a la casa del vehy, tansolament se li prohibix edificar, de tal manera que totalment li lleve la llum y tan hem pot ser obligada a que done llum quanta baste per a que la casa del vehy puixa ésser habitada.*

[58] Bartholomei Caepollae, *Tractatus de servitutibus…*, 36.1, p. 104.

[59] Por ejemplo en un precepto de Paulo en *Digesto* 8.2.16 se identifica *lumen id est, ut coelum videretur*. La indeterminación de estas expresiones se intenta precisar en los conflictos vecinales, donde se especifica que dicha servidumbre incluye el *pendre claror y llum*, véase A.R.V., *Gobernación,* sig. 4470, de 18 de abril de 1603. Ya Bártolo de Saxoferrato intentó buscar similitudes y diferencias entre *lumen et prospectum,* véase *In primam Digesti Veteris…*, 8.2.15, fol. 233 vº.

[60] *Digesto* 8.2.8, *Fori…*, 3.16.5.

ninguna acción del vecino que pudiera dañarla o menoscabarla, citando expresamente la construcción de baños[61]. Con el paso del tiempo se extendió a otros supuestos como construcción de hornos, chimeneas, etc. no recogidos en Fueros, pero trasladados por la doctrina del *ius commune*, principalmente de la obra de Chaepolla[62]. Contamos con un proceso donde se discutieron estas cuestiones respecto de una letrina construida en una pared medianera por la que pasaban humedades al vecino. Si aplicáramos estrictamente la norma, esta letrina debía eliminarse. A pesar de ello, el propietario del fundo dominante demostró que había sido construida cuarenta años atrás sin oposición del otro medianero. La sentencia dictada el 29 de enero de 1612 reconoció que la servidumbre estaba válidamente prescrita y sólo permitió que dicha letrina pudiera trasladarse a otro lugar de la medianera, sufragando los gastos el titular del fundo sirviente[63].

Como copropietario de aquella pared y en consonancia con las servidumbres de luces, podía asimismo cubrir ventanas del vecino, siempre que no tuviera derecho a ellas por prescripción[64]. La pared medianera tendrá siempre este carácter, salvo que se reconstruyera sobre el solar de uno o, de estar construida, existiera un espacio entre ésta y la del vecino. En estos casos, la construcción pierde su carácter de copropiedad y el vecino únicamente podrá apoyar en ella vigas —servidumbre *tigni immittendi*— u otros elementos constructivos —*oneris ferendi*— con autorización de su propietario o si adquiriera tal derecho por prescripción[65].

En cuanto a las servidumbres de desagüe sólo dos referencias escasas y parciales tratan el derecho del propietario de la pared medianera a verter las

---

[61] *Fori*... 3.16.4: *Cascun pot edificar e fer bany de prop la paret que li será vehina de mentre que la paret vehina no valle menys nen prene dan;* inspirado en *Digesto* 8.2.13, véase Francisco L. Pacheco, "Derecho valenciano…", p. 393.

[62] *Tractatus de servitutibus…*, I, p. 157 y ss.

[63] Luis Tagel, *Epitome…*, en el término *Servitut*. Allí se recoge que: *Servitut de una letrina licet estiga en paret comuna per temps de 40 anys, per espay del qual praesumit adfuisse consensus domini domus servientis, tamen si sit valde nociva y es pot mudar in alio loco parietis comunis cogit dominus domus dominantis consentiré mutationi expensis tamen domini domus servientis qui mutationem petit*. Tras la Nueva Planta en otro litigio se discute sobre la reedificación de una pared medianera destruida durante la guerra, A.R.V. *Escribanías de Cámara,* sig. 144, año 1719 entre los consortes don Gaspar de Castellví y doña Teresa Sanz contra don Francisco de los Cobos.

[64] *Fori…*, 3.16.6 y 16.

[65] *Fori…*, 3.16.8; el fuero 18 utiliza la expresión *ha possessió* y el 19 explícitamente *dret de servitut*.; el fuero 17 reproduce *Digesto* 8.2.24. La jurisprudencia corrobora y aclara algunas cuestiones. Por ejemplo en sentencia de 6 de junio de 1616 se declaró que: "la pared en la qual ay dos ventanas muy antiguas y que sobre ella cargan bigas que penetran más de la mitad de la pared *non censetur communis*, sino de aquel que tiene obrado y cargado sobre aquella"; y sobre la misma cuestión en sentencia de 4 de septiembre de 1617 entre don Vicente Sisternes y mossen Gaspar Varicero, estableció que: "pared propia y hecha a propias costas no es permitido a otro cargar biga sobre aquella", véase Lorenzo Matheu y Sanz, *Sentencias…*

aguas en los tejados de su vecino[66]. Por ello, algún autor consideró que la servidumbre *stillicidii* o *fluminis*, según se utilizaran o no canales para dejar caer el agua pluvial sobre el predio sirviente, no se aplicó en la Valencia foral[67]. Creo que no es criterio suficiente para mantener esta opinión el hecho de que los Fueros apenas la regulen. La omisión se produjo en numerosas instituciones utilizadas durante el Antiguo Régimen, bien introducidas por la práctica notarial, consuetudinariamente o por traslado de los principios y doctrina del *ius commune*. Por el contrario, los Fueros sí que plasmaban la posibilidad de echar las aguas de la lluvia sobre la calle y que los voladizos de las casas pudieran extenderse con este objeto, una tercera parte de la anchura de la vía pública[68].

Dentro de las servidumbres de desagüe, los tratadistas también incluyen las relativas a las alcantarillas que, en Valencia, aparecen en rúbrica aparte y cuya inspiración fue el título del Digesto *De Cloacis*. Era una regulación breve, pues únicamente contenía tres preceptos. Igual que hemos hecho hasta ahora, la principal regla que podemos extraer de ellos, es que autorizaba a cualquier vecino a limpiar sus alcantarillas o conectarlas con la red pública, aunque tuviera que atravesar la propiedad colindante. Eso sí, debía sufragar a su costa cualquier obra o daño que se produjera en el fundo sirviente[69].

Pasemos a las servidumbres rústicas. Las normas forales se refieren a los dos grandes grupos existentes en el Derecho romano: *iura itinerum* o servidumbre de paso y los *iura aquarum* o derechos para tomar agua[70]. En el primer grupo, los preceptos forales no reflejan la distinción romana entre *iter, actus* y *via*, en función de la anchura del paso, ni tampoco hay norma en donde se regulen las consecuencias según se ejercite a pie, a caballo o carro[71]. El principio general es que nadie pueda pasar por tierras ajenas salvo que exista una vía o camino público o posea una servidumbre constituida[72]. Además prevén como

---

[66] *Fori…*, 3.16.15 y 21.

[67] Arcadi García, *Institucions…*, p. 56.

[68] *Fori…*, 3.16.20: *Aquell qui edificarà o bastirà cases pusque stendre e allargar tro a la tercera part de la carrera los sobirans degotaments de les aygues de les plujes*. En opinión de Pacheco, en la rúbrica *de coses vedades* se plasma el principio romano de que las vías públicas no podían cubrirse con ningún tipo de construcción y, por ello, según él, este fuero supone una excepción a esta regla, "Derecho valenciano…", p. 390.

[69] *Fori…*, 3.15.1, 2 y 3.

[70] Manuel V. Febrer Romaguera enumera siete modalidades de servidumbres rústicas contenidas en los fueros, a saber: *servitut de conservar les carreres publiques, de pasar, de menar aygua a regar, de pendre aygua en lo pou o font de son vehí, d'albeurador, de l'abre d'alcú que penjara sobre camp d'altre* y *servitut d'era,* "Las servidumbres…", p. 71.

[71] *Iter*, equivalía a paso a pie y sus medidas eran entre dos y cuatro pies; *actus* hacía referencia al paso con animales y ganados, también carros, y su ancho era de cuatro pies; *via* era una suma de las anteriores e incluía el transporte de materiales, e ir armado, Francisco L. Pacheco, *Las servidumbres…*, p. 54.

[72] *Fori…*, 3.16.27 y 34.

una servidumbre forzosa y gratuita, a diferencia del Derecho romano donde es voluntaria, el derecho que todo propietario tiene a acceder a sus tierras cuando estuviera rodeado por predios de otros titulares, sumándose a lo regulado en Fueros de Aragón y Fuero Viejo de Castilla[73]. Como una consecuencia negativa[74] también se regula la obligación de aquellos propietarios de predios colindantes con vías públicas, de repararlos tras las lluvias y avenidas de ríos, pues en caso contrario, deberán soportar en sus tierras una servidumbre de paso.

Por su parte, la servidumbre de acueducto tuvo una regulación muy similar al supuesto anterior, dado que igualmente se estableció como forzosa y gratuita siempre que el titular del fundo dominante no pudiera regar su campo porque estuviera rodeado de propiedades vecinas; además iba acompañada de la complementaria de paso para limpiar o reparar los conductos por los que el agua discurría[75]. También recogía los Fueros, pero con carácter voluntario, la servidumbre de tomar agua de pozo ajeno (*servitut aquae haustus*), con el lógico complemente accesorio de derecho de paso hasta el mismo[76].

LAS SERVIDUMBRES EN OTRAS FUENTES DEL DERECHO VALENCIANO

Como en otros trabajos que he realizado sobre el Derecho privado, el estudio de la legislación ha sido para mí el primer paso. La justificación estaba clara si pensamos que la técnica legislativa empleada durante la Edad Media no fue rigurosa, ni pretendió crear un ordenamiento jurídico armonioso. Al contrario, los vacíos legales, las omisiones y los problemas de interpretación fueron frecuentes. El título de la presente comunicación no significaba, por tanto, que la rúbrica *De Servitutibus* fuera su objeto último. Al contrario, era el principio, la excusa para profundizar en esta materia. El siguiente paso era analizar qué habían dicho los autores forales sobre ellas. Salvo los comentaristas medievales que ya hemos mencionado anteriormen-

---

[73] 4.5.5, véase Germà Colom y Arcadi García, *Furs…*, pp. 234 y 235. En un caso recurrido ante la Real Audiencia, el Hospital General de Valencia cerró un callejón de su propiedad porque era poco transitado y se solían cometer asesinatos, robos y otros disturbios. Varios vecinos quedaron sin poder acceder a sus casas. Interpuesta la demanda ante la Audiencia, el Hospital renunció a continuar el proceso y el derecho de paso les fue reconocido a los demandantes, ARV, *Procesos Real Audiencia, 3ª parte apéndice,* sig. 8426, año 1693.

[74] *Fori…*, 34, Francisco L. Pacheco, "Derecho valenciano…", p. 389.

[75] Deberá constituirse por donde menos perjudique al fundo sirviente, *Fori…*, 3.16.22, 23 y 24.

[76] *Fori…*, 3.16.25: *Aquell qui ha servitut de pendre o de poar aygua el pou, o en la font de son vehí, deu haver carrera a pendre o a poar aygua d'aquell pou o d'aquella font; Digesto* 8.3.3.3.

te, como Guillermo Jaffer o Giner Rabaça, donde se apostillaron con algunas notas los textos legales, los principales juristas valencianos como Pedro Belluga, Cerdán de Tallada, Jerónimo León, Matheu y Sanz, Crespí de Valdaura o Nicolás Bas y Galcerán, apenas las mencionaban[77]. Entre las escasas referencias localizadas, hemos de citar las ya utilizadas de Matheu y Sanz al incluir los *amprius* entre las servidumbres rústicas, o de Crespí sobre la prescripción de las servidumbres discontinuas; a ellas, pocas más podemos añadir como la del abogado Nicolás Bas, cuando afirmaba que las servidumbres podían constituirse tanto sobre el dominio directo como sobre el útil. Y en este último caso, el enfiteuta no pagaba luismo, ni tenía que obtener licencia del señor directo[78].

Me pregunté el por qué. Por qué una materia tan cotidiana, que sin duda dificultaba y enrarecía la convivencia, era olvidada u omitida por estos juristas. Una situación muy similar había ocurrido en el resto de la doctrina del Derecho común. A diferencia de otras parcelas como el derecho hereditario, contractual, matrimonial, etc. apenas existieron autores que dedicaron sus tratados a estas cuestiones. Yo he manejado principalmente el de Chaepolla, al que pocos autores pueden sumarse[79]. Algo parecido había ocurrido en el estudio del Derecho penal, ya que la doctrina apenas abordó su sistematización hasta bien entrada la Edad Moderna, aunque en este caso, la razón estaba clara. La ciencia del Derecho era civil. Los delitos eran castigados en procesos criminales donde poco saber jurídico podía introducirse. De este modo, la enseñanza que se impartía en las universidades estaba enteramente volcada al derecho civil y los escalafones de la judicatura se iniciaban siempre por las plazas de alcaldes del crimen… Sin embargo, esta argumentación no podía trasladarse a las servidumbres pues los planes de estudio, por ejemplo el de Valencia de 1651, obligaba al catedrático de Digesto Viejo a explicar la rúbrica *De servitutibus*[80].

---

[77] Constata este escaso tratamiento Carmen Lázaro Guillamón, *La acción negatoria. Cómo impedir que un inmueble aproveche indebidamente a otro,* Valencia, 2007, p. 144.

[78] Nicolás Bas y Galcerán, *Theatrum iurisprudentiae forensis Valentinae romanorum iurimirifice accomodatae,* 2 vols., Valencia, 1690, cap. 30.114, p. 566: *emphiteuta potest in re emphiteutica constituere servitutem sine domini consensu, absque caducitatis poena... Neque de servitutis impositione, debetur laudemium...*

[79] Junto a los que ya hemos citado en notas anteriores, consúltese las obras de Stephani Forcatuli, *Opuscula varia. I) De Servitutibus. II) De Mora. III) De Collatione bonorum. IV) De Iure, Authoritate, et Impero Regum Francorum*, Lutetiae Parisiorum, 1615; Kaspar Manz, *Tractatus de servitutibus praediorum urbanorum et rusticorum*, Augsburg, 1657; 1660; Francesco Maria Pecchio, *Tractatus de servitutibus,* 3 vols., Pavía, 1689.

[80] Pascual Marzal Rodríguez, "Docencia en leyes y cánones (Valencia 1707-1741)", *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la Universidad,* 3(2000), 165-188. En Salamanca, el profesor Ramos del Manzano también dictó a sus estudiantes un tratado sobre esta misma materia que tampoco fue editado, véase el artículo de Salustiano de Dios "Doctrina jurídica castellana sobre el régimen de servidumbres (1480-1640)", publicado en estas mismas actas.

La regulación contenida en Fueros era parcial, con extensos vacíos que necesitaban, como en otras ocasiones, ser cubiertos por otras fuentes del Derecho. Si no lo hizo la doctrina foral ¿Qué ocurrió? La práctica foral nos debería dar respuesta. Una nueva sorpresa nos llevamos cuando el arte de notaría más importante y reputado de la época foral, el del notario Gregorio Tarraza, *Compendium sive epithome theoricae artis notariae… de contractibus, ultimis voluntatibus et iudiciis…*[81], no hace mención de ellas. Trata del usufructo igualmente como de un derecho real autónomo, y de forma breve comenta el uso y la habitación, pero nada dice de las servidumbres[82]. Tampoco aborda su estudio otro arte de notaría de la época, el de Vicente Juan Exulve, *Praeclarae artis notariae, tomi duo*[83].

Una limitada cata de protocolos notariales me ha confirmado que raramente la constitución de servidumbres se protocolizaban[84]. Esta ausencia no significa que nunca se plasmaran en documentos públicos, ya que pruebas aportadas en litigios nos daban a conocer pactos entre partes por las que se constituían o rescindían algún tipo de servidumbres. Se trataba normalmente de servidumbres urbanas y rústicas en las que se autorizaba al propietario del fundo dominante a abrir o cerrar ventanas, con expresiones como *es vena o compre la llum* —se venda o compre la luz—, o se les permitía el derecho de paso por tierras propias. Cuando no existía tal acuerdo, los demandantes afirmaban que era una servidumbre robada utilizando las siguientes locuciones: *llum furtada, aigua furtada* o *pas furtat*.

Sin embargo, seguí pensando que los problemas cotidianos generados por este tipo de figuras jurídicas, debieron de existir y resolverse. Sólo me quedaba, por tanto, buscar entre los diferentes tribunales de la época, los litigios y pleitos donde se debatieran estas cuestiones. Del estudio de los mismos y, más allá del uso que hemos hecho de ellos en las páginas anteriores, he podido extraer las siguientes conclusiones.

La primera de ellas es que las cuestiones relativas a servidumbres, en pocas ocasiones llegan al tribunal de la Real Audiencia y, mucho menos, al Consejo Supremo de la Corona de Aragón, a pesar de tener jurisdicción en esta materia por vía de apelación[85]. Asimismo, he constatado que en caso de

---

[81] Valencia, 1630.

[82] Cap. 79 y 80, pp. 145-148.

[83] Valencia, 1643.

[84] A.R.V., *protocolos,* sig. 5091, en los índices del notario Carlos de Borja que abarcan los años 1663 a 1715, no he encontrado ninguna mención a este respecto.

[85] Una cuestión de competencia se planteó ante la Audiencia de Valencia. Allí se sentenció que las causas del *mustaçaf* podían apelarse ante la Audiencia y, de éste tribunal, al Real Consejo de la Corona de Aragón. La sentencia lleva fecha de 3 de julio de 1609 y fue publicada por el escri-

ser evocadas o recurridas ante estos órganos judiciales, la mayoría de procesos, no finalizan con sentencia, sino prematuramente con acuerdos, transacciones y desestimientos de las partes[86]. En uno de estos pleitos que puede servir como ejemplo, dos vecinos de la ciudad de Valencia litigaron en primera instancia como consecuencia de una servidumbre de luces y vistas. El fundo sirviente soportaba cuatro ventanas que daban al interior de un patio del mismo. Dos de esas ventanas fueron autorizadas por el propietario en un documento notarial, las otras dos se realizaron sin esa autorización pocas semanas antes de iniciarse la disputa. El propietario del fundo sirviente reclamó ante el tribunal del *mustaçaf,* quien personado con los peritos certificaron que se había realizado sin autorización una obra nueva e inmediatamente la tabicaron. El titular del predio dominante reclamó a la audiencia, pero iniciadas los trámites procesales, renunció a continuar el proceso[87]. Era evidente que el coste del procedimiento no compensaba proseguir el litigio.

La segunda de aquellas conclusiones, hace referencia a la competencia o jurisdicción para resolver estas cuestiones que, podemos afirmar, correspondía a varios tribunales. Atendiendo al ambiguo criterio existente en época foral que atribuía la capacidad para juzgar en primera instancia a aquel tribunal *que primer fique la mà* — "el primero que ponga la mano", equivalente al primer tribunal que entrara a conocer de un asunto—, he encontrado varias referencias sobre cuestiones relativas a servidumbres en los tribunales del justicia civil, *portantveus* del general gobernador, el tribunal de los *cavacequieros* y del *mustaçaf* o almotacén. Este último tenía, además, expresamente atribuida la jurisdicción "en cosas de servidumbres de unas casas a otras"[88]. La mayoría de estas jurisdicciones serán aglutinas tras la abolición de Fueros en los alcaldes mayores[89].

---

bano de mandamiento Francisco Alreus, véase Luis Tagel, *Epitome sententiarum…,* en el término *Servitutis*.

[86] Esta misma situación se mantendrá en los años de la Nueva Planta. Los escasos procesos de los alcaldes mayores que son apelados ante la Audiencia acaban en muchas ocasiones con la anotación siguiente: los oidores "devían declarar y declararon por deçierta la appellación interpuesta", A.R.V. *Escribanías de Cámara,* año 1720, exp. 140. El litigio versaba sobre una servidumbre de paso entre dos casas que originariamente pertenecían al mismo propietario y que al enajenarse una de ellas se había cerrado el acceso a una escalera común. Una cuestión muy similar se plantea en el proceso entre Miguel Boigues y Felipe Salvador, también en *Escribanías de Cámara,* año 1721, exp. 147.

[87] ARV *Procesos Real Audiencia, 3ª parte apéndice*, sig. 8090, año 1672, entre Joan Pons, guanter con el Mustasaf de Valencia por obras en una casa.

[88] Tomás Cerdán de Tallada, *Repartimiento sumario de la jurisdicción de su majestad en el reyno de Valencia,* s/f. Entre la documentación aportada en un proceso interpuesto ante la Real Audiencia, se contenían los litigios vistos ante el *Portant-veus* y el justicia civil, A.R.V., *Procesos Real Audiencia, 3ª parte, apéndice,* sig. 8380, año, 1686.

[89] Se contienen procesos de estos tribunales en A.R.V. *Escribanías de cámara,* sig. 6, año 1719, entre Pedro Perpiñá y Pedro Castañer sobre servidumbre de cierta ventana en la ciudad de

A este cúmulo de instancias procesales, debemos añadir las jurisdicciones señoriales, extendidas por la mayor parte del reino gracias a la jurisdicción Alfonsina, mediante la cual conocían las causas civiles los jueces nombrados por la nobleza feudal.

A pesar de los numerosos tribunales competentes, y esta sería la tercera conclusión, sigue siendo difícil rastrear los problemas sobre servidumbres. Las razones son variadas. En unos supuestos porque la documentación ha desaparecido, como en el caso del *mustaçaf* y de muchos tribunales señoriales; en otros porque permanece oculta entre miles de cuestiones de jurisdicción voluntaria resueltas por los justicias y tribunal del *portant-veus*; y, en último lugar, porque en ocasiones se resolvían de forma oral como en el caso de los *cavacequieros*.

Sin embargo, con los pleitos localizados puedo añadir a las anteriores conclusiones, algunas aclaraciones sobre la práctica y conflictividad de esta materia.

1º. Una gran mayoría de los pleitos se inician interponiendo una de las partes, un interdicto posesorio llamado en la Valencia foral, *ferma de dret*[90]. Su contenido principal consiste en solicitar del tribunal que se le mantenga en la pacífica posesión de una situación de hecho, como puede ser pasar por un camino, poseer una ventana, etc. Para ello se alega como cláusula de estilo que desde *cinch, deu, vint, trenta, quaranta, cinquanta y mes anys y de temps que memòria de homens no es contrari te y ha tengut pas y entrada y eixida a sinc cafissades de terra…* y que lo ha hecho —en el caso de servidumbres de paso— *a peu, com a cavall y cavalcadures carregades…*[91] Para no ser perturbado por terceros solicita dicha *ferma de dret*, en la que además también se fija una cantidad como sanción para aquel que la contravenga[92].

2º. Los litigios son determinantes porque perfilan, dan vida al derecho y nos proporcionan respuesta a cuestiones que no estaban claras, ni tampoco reguladas en la legislación. Por poner un ejemplo relativo a las servidumbres de luces. ¿Qué ocurría si nuestro vecino tenía ventanas, balcones o miradores no en la medianera como regulaba la norma, sino en otra pared que, dando

---

Elche; también en la misma serie sig. 140, año 1720 entre Don Bernardo Berthomeu y Miguel Verdú, vecinos de Alicante sobre derecho de paso.

[90] Sobre este mecanismo procesal, Eugenio Císcar Pallarés, "La *ferma de dret* en el Derecho foral valenciano", *A.H.D.E.,* 62(1992), 327-354.

[91] La fórmula toma la distinción romana en función de cómo se realizaba el paso, una distinción que no se recogía en Fueros pero que se convertiría en una cláusula de estilo introducida en los escritos procesales.

[92] A.R.V. *Procesos Real Audiencia, 3ª parte, apéndice*, sig. 8330, año 1686.

igualmente a la casa del vecino, estaba separada de aquella? ¿Hasta dónde alcanzaba su derecho o servidumbre de luces cuando yo deseara levantar una nueva casa? Atendiendo al principio plasmado en los fueros y ante la falta de una legislación complementaria, deberíamos afirmar que se encontraría en su derecho de imponerla e impedir dicha construcción. Sin embargo, la realidad nos demuestra lo contrario. En numerosos pleitos se aclara el precepto y su significado, afirmándose en uno de ellos, que *la persona que per servitut està obligada a donar-la a la casa del vehy, tansolament se li prohibix edificar, de tal manera, que totalment li lleve la llum y tantum pot ser obligada a que done llum quanta baste per a que la cassa del vehy puixa ésser habitada…*[93].

Las cuestiones que las fuentes prácticas nos aportan son reveladoras. Así conocemos que la servidumbre de vistas se llamaba "vulgarmente" *prospectuy* —también *per a espayar la vista—,* una adaptación simplificada de la expresión latina *servitus ne prospectui officiatur*[94]. Los matices no acaban ahí. En otro proceso se nos aclara que la servidumbre de luz se respetaba en Valencia "por costumbre de esta ciudad" en nueve palmos[95].

La jurisprudencia interpretó y adaptó el texto foral. En un litigio planteado ante la Audiencia de Valencia un vecino deseaba elevar su casa con otra altura, privando de luz y vistas a su vecino de enfrente. Había una calle entre las dos viviendas y, a tenor del fuero, la cuestión parecía fácil de responder. Sin embargo, las calles angostas de nuestras ciudades exigieron la adaptación de las normas. En este proceso, se sentenció que para poder elevar dicha edificación debía tener la calle nueve palmos de ancho y doscientos de largo[96]. Una solución que no poseía fundamentación legal.

3º. Fueron muy frecuentes los litigios en los que se vieron implicados conventos y monasterios. En la mayoría se trató de servidumbres urbanas de vistas. Era lógico que fueran las manos muertas las más celosas en velar por

---

[93] A.R.V. *Procesos Real Audiencia 3ª parte, apéndice*, sig 8066, año 1671, entre el Convento de la Merced de Orihuela y Salvador Utiel, cirujano.

[94] A.R.V. *Procesos Real Audiencia 3ª parte, apéndice*, sig. 8066, año 1671.

[95] Al medir los palmos valencianos entre veintiuno y veintitrés centímetros, véase Alcocer que precisa la de 226 m/m y *Tablas de reducción de kilos a arrobas valencianas de 36 y 30,* Valencia, 1894, p. 107, aporta 23 cm. esta distancia resulta coincidente con la regulación contenida actualmente en el Cc. art. 582, donde se establece que: "No se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad".

[96] Luis Tagel, *Epitome sententiarum…*,la sentencia se dictó en 1623 y estableció que *es pot en la propia casa y sobre lo terrat quant nos lleva la llum del vehí y ha carrer en mig que te nou pams de amplaria y 200 de llargaria y en lo dit carrer y havia moltes cases que tenien en aquell la porta principal y quant la obra es necessaria.*

ellas, por su intimidad y recogimiento pero también porque sus rentas permitían llevar adelante procesos que para otros pleiteantes serían demasiado gravosos. La cuestión tuvo tanta trascendencia que J. Bautista de Luca[97], inició sus comentarios a esta materia sobre la *servitute altius non tollendi aedificia* —derecho a impedir que se edifique más de cierta altura— y, en concreto, sobre el privilegio de los religiosos *circa prohibendum aspectum vel introspectum in eorum monasteria vel conventus*. Según De Luca la polémica se basaba en determinar hasta dónde llegaba la prerrogativa de estas instituciones religiosas y si podía imponerse frente a las legislaciones de los diferentes reinos, citando expresamente la legislación castellana y de la Corona de Aragón[98]. Entre las opiniones más reputadas de la doctrina hispánica estuvo la de Antonio Gómez, que afirmó que los lugares píos no gozaban del privilegio de limitar la libertad del propietario, salvo que éste llevara a cabo la obra sin beneficio alguno y en perjuicio evidente de su vecino, en cuyo caso, la mano muerta podía exigirle que le vendiera la servidumbre de no ejecutar aquellos actos[99].

Como toda cuestión doctrinal, no fue tajante y las disputas alcanzaron la jurisprudencia de los tribunales. Uno de los litigios que sintetiza la cuestión fue el que se planteó ante la Audiencia de Valencia entre el Convento de San Joan de la Ribera y Frances Geroni Arboreda. El primero pretendía prohibir la apertura en la fachada de la casa de Arboreda de unas ventanas por las que podrían verse las celdas y patio del Convento, lo que atentaba contra *honestatem religiossorum*. El demandado alegó que por fueros cualquiera podía abrir las ventanas en su fachada existiendo, como en este caso, una calle entre ambas edificaciones[100].

A lo largo del proceso se dictaron dos sentencias. La primera a favor del Convento, el 14 de junio de 1624, en la que se impuso el argumento de que

---

[97] *Theatrum veritatis et justitiae*, volumen IV, utilizo la edición de Coloniae Allobrogum de 1697, en el que se aborda el estudio de las servidumbres prediales junto al usufructo y al retracto, además de dedicar otras partes a la enfiteusis y al arrendamiento.

[98] La disputa consistía, según De Luca: *an privilegium de iure competens monasteriis monialium cogendi vicinos ad claudendas fenestras, seu alias elevandi vel demoliendi propria aedificia, et de quo hoc eodem titulo pluries, competat etiam monasteriis et domibus religiosis virorum*… Se alega como principal argumento controvertido, la regulación contenida en una constitución del emperador Zenón recogida en *Código* 8.10.12, en la rúbrica relativa a los "Edificios privados". El análisis pormenorizado de esta disposición en Belén Malavé Osuna, *Legislación urbanística en la Roma imperial. A propósito de una Constitución de Zenón,* Málaga, 2000.

[99] *Ad Leges Tauri*…, 46.5 a 9, pp. 358 y 360.

[100] A.R.V. *Sentencias Real Audiencia,* escribano de mandamiento F.P. Alreus, sig. número 11469: *…cum iuxta foros praesentis Regni cuilibet liceat edifficare domum in suo loco a coelo in abissum et in ea fenestras ad suam voluntatem aperire dummodo inter domum et vicinum platea seu via publica existat*…

el demandado no obtenía ningún beneficio ni utilidad abriendo dichas ventanas y, por el contrario, podía atentar contra la soledad y quietud en la que debían vivir las comunidades religiosas[101]. La segunda sentencia llevaba fecha de 5 de noviembre de ese mismo año, y revocó la anterior. Entre los fundamentos aportados destaco aquel que consideró demostrada la utilidad para su propietario, estimando que con la apertura de dichas ventanas se incrementaba el valor de la edificación[102].

Pero más allá de cuestiones concretas lo que pretendo destacar fue la falta de unos criterios claros y determinantes en la jurisprudencia. De hecho, los litigios continuarían con argumentaciones muy similares en los años posteriores. Uno de los más interesantes que he encontrado tras la Nueva Planta, se produjo entre el Convento del Remedio de la ciudad de Valencia y doña María Flores[103]. Ahora se discutía si ésta tenía derecho a edificar su casa junto a dicho convento. La institución eclesiástica alegó que "permitiéndose dicha fábrica, se registrarían las principales celdas de los religiosos y lo interior de él". Por su parte, la parte demandada aportó como fundamento que: "Es proposición assentada y comúnmente admitida entre todos que el dueño del suelo, área o cosa inmueble, puede en él edificar *ad limitum suae voluntatis*. Y es la razón legal porque cualquiera en su territorio es moderador *et arbitrer*; y procede dicha facultad aunque sea con detrimento de vecino, quando no ay ley, estatuto o costumbre prescrito que prohíba edificar hasta cierto modo y latitud o no tenga servidumbre constituida o prescrita y se dexan los palmos de luz prevenidos por la ley…"

---

[101] En ella se declaró que *no es permés licet y haja carrer en mig en perjuhi et in emulationem vicine, maxime contra honestatem religiossorum precipue dels religiosos descalsos de la orden de San Francisco qui solitudinem profitentun y, per ço, se li prohibí a Arboreda fer finestres en la sala deves del Convent y que en lo apossento de les andanes sols pogués fer les finestres deves lo convent en la filera més baixa arrant del traspol y ab llargaria y amplaria de tres pams per la filera més alta junt a la cuberta ab la mateixa medida y que no fes terrat ni torreta,* términos según la síntesis de Luis Tagel.

[102] Según se dijo: *es licit y permés edificar y alçar lo edifici y fer en aquell finestres por libito licet sia en frontera del monastir, dummodo es fasa ad utilitatem edificantes et non ad emulationem et quod id frequentissime ómnium consensu receptum est, et quod emulatio cessat conflito de utilitate edificantis la qual se prova si valdrà més lo edifici de una manera que de altra y que fortare quoties ex novo edifcio fravissimum immineret damnum domui religiossa foret prohibitum prejudicium ob publicam utilitatem pero que en este cas nec de fravissimo ne de fravi praejudicio constava quod per rei evidentiam intuenti patebit*.

[103] B.H.U.V., *varios,* sig. R-2/361.38, *Succinta legal demostración que desvanece los motivos y fundamentos con que el ministro y religiosos del Convento de Nuestra Señora del Remedio extramuros de esta ciudad, pretender impedir a Doña María Flores y de Pezonier, viuda, la construcción y prosecución de la fábrica que tiene empezada enfrente de dicho Convento,* Valencia, 1747.

A lo largo de la alegación jurídica descubrimos una cuestión interesante: como argumento indubitado se acepta por las dos partes que el privilegio de la "honestidad" era siempre reconocido cuando se trataba de conventos y monasterios de monjas[104]. Un ejemplo más del casuismo imperante en el Derecho del Antiguo Régimen.

[104] "Sólo por este motivo no se debe condescender en su pretensión porque sería muy dañoso y perjudicial para la República que lo que se concede a los monasterios de monjas, se extienda indefinidamente a los religiosos, en quienes no milita la misma razón de honestidad que en aquellas".

SERVIDUMBRES PREDIALES Y RELACIONES DE VECINDAD EN EL DERECHO ARAGONÉS, 1247-1967 (LEGISLACIÓN, PRÁCTICA, DOCTRINA)*

Francisco Luis Pacheco Caballero
Universidad de Barcelona

---

* Las páginas que siguen tienen su origen en "Servidumbres en las fuentes de derecho aragonés", título de mi intervención oral en el *VI Encuentro interdisciplinar sobre la Historia de la Propiedad. Servidumbres y limitaciones de dominio*, Salamanca 17-19 de Septiembre de 2008.

Proyecto de Investigación SEJ2006-04481.

SUMARIO: I. LOS FUEROS DE ARAGÓN: 1. Derecho de paso forzoso a favor de predios sin acceso a camino. 2. La obligación de recoger las aguas pluviales. 3. El derecho de pastos recíproco entre villas con términos colindantes (alera foral). 4. La prohibición de construir molinos en aguas ajenas.—II. EL VIDAL MAYOR: 1. El uso técnico del término *servitud*. 2. Heredades urbanas y heredades rústicas. 3. Servidumbres de las heredades urbanas. 4. Servidumbres de las heredades rústicas. 5. Constitución de servidumbres. 6. Obligaciones de los propietarios de los fundos derivadas de la vecindad y ajenas, en la sistemática del *Vidal Mayor*, a las *servitudes*. 7. *Promiscuo uso terminorum* (alera foral).—III. LA TRADICIÓN TUROLENSE: similitudes y diferencias con la disciplina contenida en los *Fueros de Aragón*.—IV. OBSERVANCIAS Y GLOSAS A LOS FUEROS: La superación de los fueros de Aragón en materia de construcción de molinos. Precisiones prácticas sobre el ejercicio y alcance del derecho de pastos recíproco entre villas vecinas. El título *De aqua pluviali arcenda*, sede preferente del desarrollo teórico de las relaciones de vecindad y régimen normal de la propiedad: las inmisiones *causa nulli nocendi*. Escasa preocupación por las *servitutes*, salvo a propósito de su prescripción.—V. LOS JURISTAS ARAGONESES DE LA EDAD MODERNA (DEL MOLINO, PORTOLES, BARDAJÍ, LISSA, FRANCO): *servitutes*, *servitutes forales*, *pascua foralia, servitutes reciprocae*. La diferencia entre el ejercicio de facultades *iure servitutis* y las obligaciones que *a foro patitur*. Diferencias entre el *ius (servitus) pascendi* y la alera foral.—VI. EL CAMINO HACIA EL APÉNDICE Y LA COMPILACIÓN: la categoría de las servidumbres legales, coartada para la conservación de las especialidades en tema de relaciones de vecindad. Ausencia de una reflexión específica sobre servidumbres prediales.

I

La doctrina aragonesa en torno a las servidumbre prediales procede fundamentalmente de la reflexión tardía llevada a cabo por los juristas en torno al material llegado con la recepción del *ius commune* y de la reconducción realizada por aquéllos, con más o menos acierto, de determinadas disciplinas

a la categoría de las *servitutes* y a la terminología de la compilación justinianea. También procede, más tardíamente, de la atracción a la materia de las servidumbres de disciplinas históricamente ajenas a la institución. De servidumbres prediales, de *iura praediorum*, esto es, de las relaciones entre fundos vecinos pertenecientes a distinto propietario que derivasen en un estado objetivo de servicio de un fundo respecto de otro, consecuencia de una acuerdo entre los propietarios vecinos en tal sentido o consecuencia de la adquisición mediante prescripción de la facultad para ejercer determinadas inmisiones en el fundo de otro, había, en realidad, bien poco en la legislación autóctona aragonesa a las alturas de mediados del siglo XIII. Si tomamos como punto de partida la redacción de 1247 de los *Fueros de Aragón*, el *Vidal Menor*, encontraremos lo siguiente:

1. Un derecho de paso forzoso, no por lo tanto una servidumbre voluntaria, para lo que podríamos llamar fincas enclavadas y para aquellos casos en los que, habiéndose disfrutado por gran tiempo de una normal entrada y salida a campo, viña o huerto, una plantación sobrevenida realizada por otro viniese a impedirla. Los *Fueros* establecen la obligación de dar el paso por aquel lugar por donde anteriormente el propietario acostumbraba a sacar los frutos y acceder a camino público o por los márgenes de las acequias si estos existiensen:

> Item si aliquis habuerit vineam, vel hortum, et alii in circuitu eiusdem vineae plantaverit vineas aliquas: in tantum quod via claudatur per quam uvas, aut sarmenta de sua vinea extrahebat: ut non habuerit unde possit extrahere dictas uvas et sarmenta: secundum Forum debet habere viam, per locum illum unde citius possit exire ad viam publicam, per illam partem, scilicet quam praeterito tempore uvas, et sarmenta consueverat ducere apud domum suam, vel aliter quod debet habere liberum exitum per marginem cequiae per quam intrat ad rigandum eam vineam: nisi fuerit talis locus qui habeat certam cequiam, vel aquam qua rigetur vinea sepè dicta: et etiam quae sit iuxta viam publicam[1],

cuya traducción aragonesa insinua que un pacto —*contencion*— entre los propietarios de los fundos implicados podría modificar lo que se presenta como disciplina general para los casos de privación de acceso a camino público:

> Si alguno possedirá so canpo o so vigna o so orto con buena entrada que aya posedida e costunpnada por grant tiempo e pues viene otro e plantará

[1] Pascual SAVALL Y DRONDA-Santiago PENEN Y DEBESA, *Fueros, Observancias y Actos de Córte del Reino de Aragón* I-II, Zaragoza, Establecimiento Tipográfico de Francisco Castro y Bosque, 1866, I, 112 (=*FA* SAVALL-PENEN).

> vygna o uerto o parral cerca d'el e que ensierre aquella carrera, el sennor que primero possedio la carrera debe aver entrada e exida a su canpo o a su heredat por aquel logar que avía costunpnado, por ond sacava la huvas e los sarmientos entroa la carrera mayor; o al menos deve entrar e exir por la marguin que es entr'ellos menos de contencion[2],

decían, en unas de sus versiones romances, los *FA*, transponiendo, como veremos en la mayoría de los casos, una disciplina que ya estaba en el *Fuero de Jaca*[3].

2. También procedente del derecho jacetano[4], los *FA* imponían la obligación de recoger las aguas pluviales que cayesen sobre la propia edificación de forma que causasen el menor daño al vecino. No se trata, pues, de la disciplina de una facultad que llevase inherente el derecho de desagüe sobre finca vecina, sino más bien de un deber derivado de la contigüidad y de la disposición espacial de los fundos, que la tradición romana había canalizado a través de la *actio aquae pluviae arcendae*, y que obliga al propietario del fundo a realizar a sus expensas todo lo necesario para la que las aguas pluviales recogidas en el propio fundo vayan a parar sin daño de los fundos vecinos a las canalizaciones comunes habilitadas para el desagüe:

---

[2] Cito por Antonio GARGALLO MOYA, *Los Fueros de Aragón [según el ms. del Archivo Municipal de Miravete de la Sierra (Teruel)]*, Zaragoza, Anubar, 1992 (=*FA* [Ms. Miravete]) 205; Gunnar TILANDER, *Los Fueros de Aragón según el ms. 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid*, Lund, Berlingska Boktryckeriert, 1937 (=*FA* [Ms. 458 BNM)] 3.173: "Si alguno oviere vinna, o vuerto, e algunos otros plantaran vinna a derredor daquella vinna o daquel vuerto, en tanto que la carrera sea serrada ad aquella vinna o ad aqual vuerto, por la qual solia sacar sos uvas e sos exarmientos a la carrera pública, ço es a saber, por aquella ont ovo costumnado de sacar sos uvas e sos exarmientos escuentra so casa, o encara de otra manera, que deve aver franca exida por la marguin de la çequia por la qual el agua entra a regar la vinna, si oviere cierta aqua por la qual se riegue aquella vinna e encara que sea cerca la carrera publica". Estas dos versiones romances, junto a la del Códice de la Blibioteca Universitaria de Zaragoza y a la de los Archives Nationales de Paris pueden verse, a cuatro columnas, en Antonio PÉREZ MARTÍN, *Los Fueros de Aragón: la compilación de Huesca. Edición crítica de sus versiones romances*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1999, cuya aparición no excusa el manejo de la insuperable edición de Tilander.

[3] *FJaca* 100: "Si algun homme ha vinna et alguns altres hommes planten vinnes en torn aquella vinna assi que lo camin li ensarrien, per ont lo seynnor dela vinna solia entrar et ystre et trayre ses fruytz, et no a per ont ystre, per for aver deu camin per ont mas len puysca ystre al camin mayor" [Utilizo José Mª RAMOS Y LOSCERTALES, *Fuero de Jaca (última redacción)*, Barcelona, Universidad de Barcelona. Facultad de Derecho, 1927 (=*FJaca*); es la redacción E de las editadas por Mauricio MOLHO, *Fuero de Jaca. Edición crítica*, Zaragoza, Escuela de Estudios Medievales, Instituto de Estudios Pirenaicos, 1964.

[4] *FJaca* 101: "Sy layga dela gutera cat en la casa del vezin lo seinnor dela casa ne deu far bon passage sens daun del veizn. Et si per aventura sa casa ha albuyllon comunal de totz per ont carrien les aygues de totz les vezins, ab sa mession faga passage a layga que vaya al albuyllon; et si lalbuyllon es embargat devant o en dreyt de sa casa escombrialo assi que layga non faga domage a el nin a ses vezins".

> Omnes secundum Forum debent dare liberum exitum de domibus suis aquae pluviali, ne sibi damnum aliquod, vel suis etiam convicinis faciat, et debet etiam ducere ipsam aquam suis expensis propriis per subterraneos meatos, aut aliter, usque ad illum meatum subterraneum qui transit subtus viam publicam, in quo omnes aquae decurrunt de domibus omnium vicinorum: et adhuc debet cum suis expensis mundare ipsum publicum meatum, ut aquae inde transire valeat liberè, quantum frontaria, sive afrontatio suarum domorum tenuerit[5].

La traducción aragonesa ya deja entrever que el lugar por donde el desagüe ha de tener lugar para que ninguno de los convecinos reciba daño venga determinado por la costumbre o pueda ser fijado por hombres buenos en casos de conflicto y, como en último término se trata de una disciplina que afecta al interés general, en dicha traducción ya se contempla la posibilidad de que sea el común de la villa quien se encargue de la limpieza de los cauces comunes:

> Por esquivar contenciones malas entre vezinos, establimos e mandamos que tod ome, qualque sia, que dé buena exida al agua de pluvia de su casa, en I manera que non faga danno a si e mayormientre a sus vezinos, mas que quiscuno aya su dreyto, segunt que será acostupnado en el lugar, menos de danno ninguno a conexença de buenos omnes.
>
> E quiscuno deve aguisar e aparellar buena exida al agua de su casa con sus despesas deyús tierra, menos que no faga fastío e enoyo a vezino que aya entroad aquel logar o es establido comunal de todos.
>
> E que quiscuno es tenido de linpiar e de mondar aquel albollón tanto quanto tiene su afrontada, en manera que el agua en pueda bien passar buenamientre; enpero si es costupne del logar que el común de la villa l'aya a mondar de comunal mesión, que se faga, e si no, quiscuno deve mondar su afrontada por el fuero[6].

3. Aunque algunos autores más modernos tienen dudas sobre su encaje institucional, el derecho de pastos recíproco a beneficio de las villas que tie-

---

[5] *FA* SAVALL-PENEN I, p. 105, col. 2.

[6] *FA (Ms. Miravete)* 308; *FA (Ms. 458 BNM)* 7.279: "Tod ome deve dar segunt fuero desembargada exida a la agua de la pluvia de sos casas, o de sos corrales, porque non faga danno a si, ni a sos vezinos, e tanbien a las otras aquas que si plegan, qualesquier que sean, e deven adozir con sos proprias personas aquellas aguas a la madre o se plegan todas las aguas de las pluvadas que están a derredor. E deve seer desdreito quiscuno de los vezinos de mondar el albullón que está delant sos casas en aquel logar o aquel albullón passa comunalmientre. E si son dos casas o más que sean la una delant la otra, o como quiere que sean, quiscun sennor de las casas deve seer costrenido de dar part en las devanditas expensar, segunt que quiscuno dellos oviere o mayor o menor part en la frontera daquel albullón".

nen términos colindantes y que acabará conociéndose como alera foral[7], nunca fue considerado servidumbre por los autores de la tradición jurídica aragonesa más antigua; es más: señalaron las diferencias respecto de las *servitutes*. También contemplada antes en el derecho jacetano[8], dicha facultad quedó formulada así en las redacciones de derecho general del reino:

> De Villis, quae habent terminos contiguos, sive magnae fuerint, sive parvae, una potest in terminis alterius libere pascere bestias, aut alios greges suos de area usque ad aream: excepto illo loco illo, qui dicitur boalare. Tamen cum ad pascendum solutus fuerit locus ille: quales bestias ibi paverit Villa cuius est boalare, tales poterit ibi pascere Villa, quae est sibi convicina. Si vero bestiare extraneum, sive oves transitum fecerint per terminos aliucuius infantionis, possunt ibi hospitari, et tentoria ibi figere per unam noctem, vel per duas, si citius non possunt inde exire, et non tenentur por tali transitu infantioni aliquid dare, et quandocumque oves transitum faciant per terminum infantionis: ipsas oves permittere adaquari semel subtus Villam, et semel supra, inde tamen salario aliquo non exacto: quod si facere noluerint, ii cuius oves extiterint per quaecumque loca voluerint adaquent libere greges suos, hoc tamen salvo quod nullum damnum in fructibus subsequatur[9],

cuya versión romance, en lo que aquí interesa, es la siguiente:

> Quando dos villas, sian grandes, sian pocas, han sus terminos cercanos entr'ellas, bien pueden paxer los ganados menudos e mayores de la una villa e de la otra villa de las heras de una villa entroa las heras de la otra, exceptado aquel logar que es clamado boalar o vedado[10],

---

[7] Ignacio Pérez-Soba Díez del Corral-Miguel Ángel Solá Martín-José Luis Argudo Périz, *La alera foral de pastos en Aragón*, Zaragoza, el Justicia de Aragón, 2004, 99: "la doctrina aragonesa no se planteó la cuestión hasta el proceso codificador", se dice, con razón, allí.

[8] *FJaca* 96: "Totes les grantz viles et petites que son pres a pres et an terminatz ensemble tenentz, puyscan paystre lurs ganatz francament de hera a hera sens domage, pero si no y a buyalar, mas si lo buyalar es solt qualsevol vezin dela vila hy puysca paystre et metre atals besties com hy metra la vila de qui es lo buyalar. Et si altruy bestiari ha de far passage per lo terminat del infançon aya poder dalbergar et de ficar ses cabanes una nuyt o dos si en tant de temps non poden yssir daylli, et aquels que menen les ganatz non deven res al infançon. Pero si per aventura lo ganat dels hommes del rey o altre ganat es els terminatz dalgun infançon o ses homnes donguen em patz ad aquels ganatz un bon abeurador deius lur vila sens pretz ningun et altre sobre la vila; et si dar non les volen prengan les homnes del rey layga et abeurien lur ganat em patz or que se vuyllguen sens domage dels fruytz".

[9] *FA* Savall-Penen I, p. 106, col. 2.

Anque haya sido sugerido, nada tiene que ver el derecho de pastos recíproco entre villas vecinas con la faculdad reconocida en el antiguo Fuero de Jaca a sus pobladores: "Quantum uno die ire, et redere in omnibus partibus potueritis, habeatis pascua, et silvas, in omnibus locis, sicuti homines in circuitu illius habent in suis terminis"; no hace falta explicar por qué.

[10] *FA (Ms Miravete)* 310.

FA (Ms 458 BNM) 7.281 incorpora la novedad, que más tarde veremos en el *Vidal Mayor*, consistente en permitir el aprovechamiento recíproco de los pastos no sólo de era a era, sino de

o lo que es lo mismo: salvo en el boalar acotado, la dehesa boyal, los vecinos de las villas que tengan términos colindantes pueden pacer sus ganados, sean del tipo que sean, mayor o menor, de era a era, en las tierras de la villa vecina. Esta es la regla general, ya que el fuero contempla la posibilidad de que dos villas colindantes se pongan de acuerdo sobre que incluso en el boalar los vecinos de una y otra metan a pacer sus ganados mayores[11]. El boalar está siempre dedicado al ganado mayor, de forma que, salvo coto de dineros, los vecinos de una villa tienen prohibida la introducción de ganado menor, ovejas, en el propio boalar si no quieren exponerse a la *degüella*[12].

4. Nada había en los *Fueros*, en fin, parecido a las servidumbres de conducción de agua, como no fuese, al contrario, la advertencia de que, sin consentimiento del *dominus*, nadie estaba autorizado a la elevación de molinos en aguas o en términos de otro:

> Secundum forum nullus potest construere molendinum in aqua infra terminos alicuius discurrenti: nec etiam furnum nisi de eius qui Loci dominium obtinet voluntate[13],

cuya traducción aragonesa es la siguiente:

> Establida cosa es por el fuero viello que ninguno no ose bastir molino ninguno en ninguna agua ni en rio ninguno que sia dentro término d'otro ni

---

puerta a puerta, cuando las eras no están juntas o cercanas las unas con las otras: "Los vezinos de las villas de las quales los términos se tocan unos con otros, sin remedio neguno pueden passar los ganados de la una villa en el término de la otra, de era ad era, en aquellas eras que son cabo de la villa, porque si en aquellos logares son las eras departidas de la villa, pueden pascer los ganados daquellas villas de puerta a puerta, assi enpero que se guarden saviamente que non fagan danno en los logares semnados en en las villas e en los otros fruytos e en los árboles. Et en aquella misma manera se tiengan de pascer en el tiempo de los bolares, assi como tienen los vezinos en cuyos terminos aquellos boalares son establidos".

[11] *FA (Ms Miravete)* 182: "En algunos logares, son boalares establidos entre vezinos e entre terminos de dos villas e son vedados a tienpo. Mas pues que los vezinos de la una villa meten aquí sus bueyes o sus ganados mayores por paxer, los vezinos de la otra y pueden meter los suyos menos de calonia. Mas si, dentro el término que será entre ellos establido, alguno y metrá ganado, debe peytar la colonia que y será possada entr'ellos".

[12] *FA (Ms Miravete)* 181: "Son otros logares que son clamados boalares, que son vedados de los vezinos de la fiesta de Sancta Cruz de mayo entroa Sant Miguel. Et tales lugares, si ganado menudo hi será trobado dentro aquel tienpo, deven ser degolladas por el fuero, como de suso es dito, mas no en otro tienpo. Empero, si los vezinos d'aquel logar establirán coto de dineros entre ellos sobre aquel vedado, aquél de qui serán las ovellas que sían presas en el vedado deve pagar el coto e non deven seer degolladas, qual ninguno non deve ser tormentado en doble pena".

[13] *FA* SAVALL-PENEN II, 110.

adu que no y faga forno menos de voluntat del sennor del termino d'aquel logar por ninguna razón[14].

II

1. Alejándose del arcaismo de los *Fueros* y totalmente imbuído de las categorías de la compilación justinianea, la obra que Vidal de Canellas realizó paralelamente a los Fueros de Aragón y que, de no haberse opuesto la nobleza, estaba destinada a sustituirlos, ofrece el primer planteamiento teórico y sistemático en tema de servidumbres en los textos aragoneses. En el libro cuarto del *Vidal Mayor*, obra de cuya memoria, sin embargo, no prescindiría totalmente la jurisprudencia aragonesa —ya he señalado en otros trabajos la existencia de decisiones judiciales ajustadas a sus plantemientos y en materia de servidumbres veremos más adelante al mismísimo Jaime de Hospital remitirse a él en su *Observancias*, por no aducir ahora las innumerables citas que el *Repertorium* de Del Molino contine del *Vidal Mayor*—, nos encontramos, ya con la terminología técnica ("*quando las mis casas han servitud en las tus casas"*, "*heredades que deven entre si muitas y varias servitudes"*, "*dreyto que pertaynesce ad alguna heredad"*, "*quando la tu heredad es obligada"*; servidumbres prediales, por lo tanto; derechos de los predios, no derechos personales), un título dedicado las *servitutes prediorum urbanorum*, atinente a las servidumbres de las *heredades pobladas*[15], un título dedicado a las *servitutes prediorum rusticorum*, relativo a las servidummbres de los *heredamientos que no son poblados*: viñas, piezas (de tierra), huertos y otras posesiones[16], y un título separado para el *aquaeductum* o *aduzimiento o traymiento de agua*[17]. Todavía en el libro cuarto nos toparemos con la disciplina relativa las fincas enclavadas carentes de acceso a la vía pública[18], mientras que fue a parar al libro octavo la problemática de la *actio aquae pluviae arcendae*[19] y, como Don Vidal sabía de lo que

---

[14] *FA (Ms Miravete)* 314; FA *(Ms. 458 BNM)* 7.284: "Nengún omne non puede según fuero fer molino en agua, ni en río que corre de dentro en los términos dotro, sin consentimiento daquel qui a sennorio en los términos (...)".

Dejo aquí al margen toda la disciplina sobre molinos y veces para riego, presente de forma prolija en los *Fueros*.

[15] Gunnar TILANDER, *Vidal Mayor. Traducción aragonesa de la obra In excelsis Dei Thesauris de Vidal de Canellas*, Lund, Håkan Ohlssons Boktryckeri, 1956 (=*VM*) 4.38. *De servitutibus prediorum urbanorum: es assaber: De las servidumpnes que vienen de las heredades pobladas*.

[16] *VM* 4.39. *De servitutibus prediorum rusticorum, es assaber: De las servitudes de los heredamientos que non son poblados, como vinnas, pieças, huertos et otras possessiones*.

[17] *VM* 4.40. *De aqueductu, es assaber: De aduzimiento o de traymiento de agoa*.

[18] *VM* 4.44. *De itinere actuque privato. De la carrera et del fazimjento privado*.

[19] *VM* 8.23. *De cloacis et aqua pluviali arcenda, es assaber: De fazer las privadas et de tomar las aguas pluviales de las goteras de su casa*.

hablaba porque conocía la Compilación de Justiniano, también llevó al libro octavo, bien lejos de las servidumbres y sin utilizar la terminología propia de las *servitutes*, la disciplina de lo que el llamó *promiscuo usu terminorum coniuctorum castrorum villarum aliorum vel locorum*[20], es decir el derecho recíproco de pastos de los vecinos de las villas colindantes que se conocerá como Alera foral. Veámos con atención el contenido de estos títulos.

2. Don Vidal comienza por establecer un criterio de distinción entre predios urbanos y rústicos que no parte de la dicotomia campo-ciudad: cuando el *Vidal Mayor* destina un título a las servidumbres de las heredades pobladas y otro a las servidumbres de los heredamientos que no están poblados, está insinuando que el criterio es el de la existencia, o no, independientemente del lugar (el campo o la ciudad), de edificios con el fin de habitarlos de alguna forma, lo que explica que ingrese dentro de la categoría de las fincas urbanas la casa cerrada y delimitada por paredes que se construye en ámbito rústico, esto es, en el campo, dentro de un huerto o dentro de una viña:

> De las heredades las unas son ditas urbanas, es assaber casas, et las otras son ditas rústiquas, es assaber campos et heredades otras et vinnas et todas otras cosas que son fueras de las casas, quoál maraveilla, si huerto, campo o vinna sea murado, será contado empero entre las heredades rústiquas, empero si en la partida de la heredat o del huerto o de la vinna fuere puesta casa o tor, quoanto fuera çerrado a derredor con las paredes de la casa o de la tor, quanto fuere cerrado a derredor assi como corral será contado et tenido del todo del dreito de heredades urbanas. Empero predios urbanos, es assaber son ditas aquellas cosas que son puestas en casas o en otros hedifitios ho çerrados a derredor con otros hedifitios, empero que sean feitas por razón et por gracia de morar en eillas, empero lo palombares et corrales de oveillas et los otros hedifitios que son feitos por los otros ganados con sus espatios et con sus çarraduras, entre las heredades urbanas son contadas[21].

3. La adopción de este criterio que toma en consideración la finalidad y el uso económicos dados a la heredad y no la distinta localización basada en la distinción campo-ciudad, explica que entre las servidumbres urbanas puedan contarse servidumbres típicamente rústicas, como el paso o la toma de agua, si éstas, independientemente de la situación de los fundos, lo son entre fundos entendidos como urbamos por el uso que de ellos se hace:

---

[20] *VM* 8.25. *De promiscuo sive usu terminorum coniunctorum castrorum, villarum aliorum ve locorum, es assaber: De uso común de los castiellos cerquanos, de las villas et de los otros logares*.

[21] *VM* 4.38.2-5.

> Et car estas heredades rústicas et urbanas deben entre si muitas et varias et diversas servitudes, veamos de cada una d'eillas por orden, et primeramente de las servitudes de las heredades urbanas, las quales son como lumpnera et miradores et metimiendo de agoa perdurable o temporal et metimiento de viga et de non alçar más alto, recebimiento de suziadades. Item, fazimiento, passada ho carrera o prendimiento de agoa de rio, castiellos o fazer pozo o cisterna con rueda entroa al alude o con cuerda, de las cosas es de ver de dizir de cada Iª por sí[22].

a) La servidumbre *de lumpnera* impide al titular del predio que funciona como sirviente realizar cualquier obra que obstaculice la vista del cielo o la visión, esto es, las luces, al titular del predio dominante, bien porque éste recibiese la luces de forma directa porque las recibiese por refracción:

> Quando las mis casas han servitud de lumpenera en las tus casas, non puede ser feito ren por aqueilla part de las mis casas a la quoal viene la lumpnera, assi que non pueda ser vedado la visión del cielo ni la dita vision sea estreitado del todo que menos de lumpnera aya que solía, o más que non sea menester, a la vista del omne, quar si amenguamiento del uso que ha menester el omne, sea constrynnido la visión del cielo, podrás fazer la tu obra, et no nozdrá aquella devida servitud de lumpnera. Empero la vista de la lumpnera es, o lumpnera de la ferida de la lumpnera del cielo que es embiada en alguna part de la tierra, que aiuda la visión, del cielo o d'algún cuerpo de estrellas, la quoal cosa se faze quoando la tu paret, recebiendo claridat del sol o del cielo, alumpna, segunt que puede, la mi casa, que no ha vista del sol o del cielo, alumpna por referimento de los rayos[23],

mientras los *miradores* o la *vista* implican para el titular del predio dominante la facultad de ver sobre las casas vecinas:

> (...) empero la vista es quando las mis casas han servitud en las tus casas que io pueda ver et mirar de la finiestra do yo suelgo cenar o de quoal se quiere otro logar, et encara que pueda ver las cosas que son en tus casas[24].

Un facultad, por otra parte, que no se presume, de la misma forma que no se presume la existencia de una servidumbre y sí, en cambio, la libertad de los fundos. Por ello mismo, cuando las heredades urbanas están separadas por un muro o una pared, la facultad para abrir puertas o ventanas por el propietario de uno de los fundos colindantes queda limitada al caso de que por

---

[22] *VM* 4.38.6-7.
[23] *VM* 4.38.8-11.
[24] *VM* 4.38.12.

tales ventanas nunca quepa la cabeza de un hombre, esto es, al caso de ventanas o agujeros estrechos que impidan que *parezquan los secretos e los espatios* de la casa del vecino:

> Empero non deve dubdar ninguno que ninguna heredat deve a otra heredat servitud, empero el uso d'aquellas heredades es entremesclado et departido por ciertos términos et por ciertos moiones et seynnalado por ciertas reglas. Quar, si la mi heredat urbana se atiene con la tu heredat urbana et entre mí et tú aia paret o muro, non devo io abrir puerta nin finiestra escontra tú por la quoal abertura pueda caber la cabeça del omne, empero puedo abrir et aver escontra tú finiestra estreita, maguer luengua, como sayetera, o otro forado, empero uno o muitos. Empero tales finiestras non deven ser feitas con entendimiento que por aquellas parezquan los secretos e los espatios d'aqueilla casa cerquana[25],

de la misma forma que la facultad para obrar por parte de cualquier propietario queda limitada por la obligación de respetar los agujeros o ventanas abiertos de la forma anteriormente vista:

> Et si tú quisieres fazer muro escontra mi en la tu casa o quisieres obrar en qual se quiere otra guisa, assí empero que por el tu muro o por la tu obra aqueillas mis finiestras anteditas non sean ambargadas en su lumpnera, puedes fazer esto[26].

En cualquier caso, las luces y vistas actuales siempre pueden asegurarse imponiendo al predio vecino una *servitud de no alçar mas alto*, que obliga a su titular, como obligaba la *servitus altius non tollendi*, a abstenerse de realizar cualquier obra o edificio que prive al predio dominante de las correspondientes vistas:

> Et es otrosí servitud de no alçar más alto quoando las tus casas son obligadas a las mías que no faguas aillí hedifitio o obra tal que las mis casas ayan por ende menos vista del cielo o de la tierra[27].

b) El *metimiento de agoa*, forma aragonesa de designar las antiguas *servitus stillicidii* y *servitus fluminis*, es una servidumbre que obliga al fundo sirviente a recibir las aguas sobrantes procedentes del predio dominante y a recoger las aguas de pluviales y las procedentes de fuente, bien de forma permanente, bien de forma intermitente, bien utilizando canales y fístulas, bien se trate de aguas que fluyen de forma natural:

---

[25] *VM* 4.38.43-45.
[26] *VM* 4.38.46
[27] *VM* 4.38.18.

> Empero metimiento d'agoa es quando las mis casas han servitud en las tuas casas que pueda meter dentro en las tus casas por canales las agoas que non son aproveitables a la mi casa, de poner por caynnos las fistulas, es assaber vasos, ho quales se quiere otras cosas d'otra manera, en guisa que las tus casas sean tenidas de recibir aqueillas agoas, el qual metimiento de agoa es departido en muitas maneras, quar por gotera de pluvia, de la quoal se faze el metimiento de la dita agoa, o de castiello, la qual cosa es clamada laguna o balsa, o de cisterna o de rio o de fuente, si acontesciere que fuent o río aya de manar en las mis casas o por las mis casas; et es perdurable, como tal metimiento sea de rio o de fuent o en otra guisa que siempre es continua aqueilla aguoa, empero temporal es aqueilla, la quoal empero no ha perdurable decorrimiento, mas manará et non mana, segunt que li dan los tiempos[28],

mientra para las aguas sucias y para la descarga de otras sustancias, no necesariamente líquidas, enumera Don Vidal la servidumbre de *recebimiento de las cosas suzias*, equivalente a la antigua *servitus cloacae*, que obliga al fundo sirviente a recibir dichas aguas y cualquier otra cosa *non corribile* o desecho sólido:

> Recebimiento de las cosas suzias es quoando alimpiaduras, que son en agoa o en otras cosas, corribiles et raras o sustantia non corribile como estierco, o agoa de las lavaduras de la ostilla de casa o de la cozina o aqueillas cosas que son necessarias a la natura de omne, como meados et saillida de fuera o quoales se quiere otras cosas, por itamiento de las quoales cosas es demonstrada la condition d'aqeuill qui las ita, et es esquivado aqueilla suziadat et aqueill fastio, et la tu casa es tenida de recibir todo aqueillo de las mis casas[29].

c) La facultad de introducir vigas o troncos en la pared vecina que soporten la propia construcción es, en el *Vidal Mayor*, la servidumbre de *metimiento de tronco*, que debe en cualquier caso ejercerse de tal forma que por razón de la carga no se ponga en peligro la pared vecina:

> Metimiento del tronco es quoando pertaynnesce a las mis casas dreito que la viga o el cabo de la viga se puesta en tal guisa en la paret del vezino que aqueilla viga et la cargua puesta sobre eilla o el hedifitio ayan sostenimiento d'aqueilla part, segunt la fuerça d'aqueilla paret, quar, ni el vezino es tenido de enfortir la paret por razón de aqueilla servitud, nin yo devo cargar tanto aqueilla paret que por razón d'aquilla cargua aya de cayer aqueilla paret o l'in venga daynno[30].

---

[28] *VM* 4.38.13-16.
[29] *VM* 4.38. 19-20.
[30] *VM* 4.38. 7-17.

d) El paso entre fincas urbanas viene calificado por Don Vidal como *passada de carrera*:

> Passada de carrera en quoando las mis casas han franca entrada et saillida por las tus casas[31],

pero ignoro por qué razón Don Vidal ha incluído en el título dedicado a las servidumbres de las heredades pobladas, esto es, en el título de las servidumbres urbanas, unas servidumbres de paso que en el derecho romano eran típicamente rústicas, para después tener que advertir que aunque dichas servidumbres puedan darse entre fincas urbanas, son realmente servidumbres rústicas, debidas más en razón del suelo que en razón de los edificios:

> Empero, maguer passada o carrera aya por servitud la heredat urbana, aqueilla servitud non deve ser dita urbana mas rústica, quar aqueilla servitud más es devida por razón del suelo que por razón del hedifitio[32].

Sea por la razón que fuere, en el *Vidal Mayor* se incluye en el título de la servidumbres urbanas y sobre la base de la advertencia anterior, una versión de la antigua tripartición *iter-actus-via*, la típicas servidumbres de paso que el derecho romano distinguía en función del tipo de paso para el que fuesen concedidas: paso humano, paso con ganado y conducción o paso en general, fuese del tipo que fuese. Mientras el *actus* viene designado en el *Vidal Mayor* por el término latino, el léxico aragonés no es capaz de distinguir entre *iter* y *via* —las dos servidumbres vienen designadas como *carrera*— por lo que su diferencia se alcanza a través de la descripción de su contenido. La *carrera* equivalente a la *via* romana —la que incluía el *iter* y el *actus*— ha, además, aumentado su amplitud: tiene ahora, en el derecho aragonés, diez pies de ancho en línea recta y veinte en las curvas o en las encruzijadas, en lugar de los antiguos ocho y dieciséis *in prorrectum* e *in anfractum*:

> Carrera es dita por la coal solament los omnes suelen passar, la quoal cosa aitorgada, los cavalgantes et los carros et las semeillabes cosas suelen passar por end, empero no es aitorgado de passar por hy bestia si non por razón de cavalgar, ni carro si non van omnes en eill tant solament, al quoal aqueilla carrera es aitorgada solament. Actus es dito carrera por la quoal van los omnes et las bestias et cavalgantes o el carro qui traye los omnes et aqueillos qui las bestias aduzen o los carros, et encara non por razón de cavalgar mas de traher los omnes, et ad aqueill qui ha aqueilla passada no es aitorga-

[31] *VM* 4.28.29.
[32] *VM* 4.38.28.

do que pueda passar por end vigas o piedras o asta levada. Otrosí carrera es dita por la quoal conviene fazer et aduzir todas las cosas anteditas, quar todas cosas que vienen han su fazimiento, et sobre todo esto aqueillas III cosas son que ande con la asta levada y passe por hy la piedra et la madera. El cavalgant passa con la asta levantada, teniendo con la mano la lança dreita et alçada entra'l cielo, lo quoal non deve ser abaixada por la árbores ni por las casas. La carrera que es aitorgada por passar deve aver tanta de amplura que todas las cosas anteditas puedan ser advitas por aqueilla carrera, el espatio de la quoal deve ser doblado en la cruzillada, es assaber que aqueilla, do dreita es aqueilla carrera, aia X pies en anplura, et aillá do es cruzillada, es assaber tuerta, la anplura d'aqueilla deve aver espatio de XX pies[33].

e) También en el título correspondiente a las servidumbres urbanas, incluye el *Vidal Mayor* una servidumbre de *prendimiento de agoa*, consistente en la facultad, para las casas dominantes, de tomar y sacar agua del fundo sirviente mediante cualquier mecanismo extractor:

> Servitud de prendimiento de agoa es quoando de castiello, es assaber de villa, de pozo, de fuente, de rio o de ciesterna es aitorgado usage a las mis casas de prender o de saquar agoa en tus casas, el quoal uso de prender agoa se faze quoando la rueda ata alude con cuerda, con pozador, con agoamanil o quoal se quiere otra manera deve ser[34],

que incluye, aunque no se otorgue de forma expresa, el derecho de paso necesario para sacar el agua de la fuente o pozo de las casas del predio sirviente:

> Si tu aitorguest a mí que io podiés tomar agoa del pozo o de la fuente que es en tus casas, tan bien as aitorgado a mí carrera pora passar ad aqueilla fuente o pozo, maguer esto no sea dito, quar ¿qué aproveita a mí el aitorgamiento de prender aqueilla agoa, si aqueilla cosa es vedada, por que io non pueda prender la agoa?[35].

4. El título dedicado a las servidumbres rústicas del *Vidal Mayor* vuelve a enumerar el *fazimiento de carrera* y la toma de agua, aunque para efectuar la correspondiente remisión, ya que de ellas, como acabamos de ver, se ha ocupado Don Vidal en el título de las urbanas[36]. Teniendo, pues, en cuenta,

---

[33] *VM* 4.38.21-27.
[34] *VM* 4.38.30.
[35] *VM* 4.38.70-71.
[36] *VM* 4.39.3: "De la carrera: del fazimiento de carrera ia es dito de suso"; *VM* 4.39.4: "La servituad de tomar agoa es dreito a Iª heredad que los biven hy que tomen agoa de pozo ailleno, de castiello, ço es de villa, de río, de fuent, de la quoal cosa es dito de suso en el título de cerqua".

esta doble inclusión, y teniendo en cuenta que el acueducto tiene un título separado[37], la tipología de las servidumbres rústicas es la siguiente:

a) La servidumbre de abrevadero es, en la terminología aragonesa, la servidumbre de *itamiento de ganado*, que autoriza a dar de beber al ganado en heredades ajenas, e incluye el uso de canales y otros instrumentos al efecto:

> La servitud de itamiento de ganado es dreito que pertaynnesce ad alguna heredat que los que hy biven puedan dar agoa en la heredat aillena en el pozo, castyello, es asaber aliub, o en la fuente o en el rio o en laguna al su ganado, la qual servitud aitorga uso de canales o del pozador o de todo otro instrumento que son pora abeurar el ganado de la heredat que da la servitud, encara los que usan d'aqueilla servitud siempre usen por aqueilla manera et por aqueill tempramiento que non reciba daynno aqueilla heredat que da el servitio ni el seynnor d'aquella heredat[38].

b) El *aqueductus*, *aduzimiento de agoa*, es el derecho a conducir agua por la heredad ajena, desde la fuente, desde el rio, incluída la facultad para realizar las obras que hagan posible la conducción, siempre que no se empeore la condición del fundo sirviente:

> Aduzimiento de la agoa es dreito de aduzir agoa por aillena heredat de la fuente, de la laguna, del rio o de aliub, que es aitorgado, maguer aqueill a qui conviene aduzir, por aqueilla manera por la quoal manera es aitorgado a eill del comienço, empero puede fazer aqueill logar por aduzir la agoa de tierra, de adriellos, de pieda o de otro cimiento, solament que la condition del seynnor d'aqueilla heredat non se apiore por la tal obra. Quar por aqueilla guisa deve aduzir aqueilla agoa por la quoal manera menos pueda nozer al seinnor d'aqueilla heredat, solament que el aduzidor d'aqueilla agoa goarde a ssí la agoa aproveitamente, et ni sea agreviado por messiones[39].

Dada la importancia de los sistemas de riego basados en molinos de agua y en acequias que transcurren por más de un fundo, es objeto de una especial atención el deber por parte del titular del acueducto de mondar y limpiar los canales de conducción[40], el deber de hacer retornar el agua una vez utilizada[41], la determinación de los tiempos y horas del día en los que cada propie-

---

[37] *VM* 4.39.6: "Empero l'aduzimiento de agoa es dito et contenido de iuso en su título especial".
[38] *VM* 4.39.5
[39] *VM* 4.40.2-4.
[40] *VM* 4.40.5-20.
[41] *VM* 4.40.21-26.

tario puede efectuar su riego[42] y la resolución de los conflictos entre los propietarios regantes[43].

c) La servidumbre de pastos es el *dreito* o *servitud de pascer*, que obliga al fundo sirviente a recibir a pacer el ganado del fundo dominante, eventualmente acompañada del anterior *itamiento de ganado*:

> Dreito ho servitud de pascer es quoando la tu herdat es obligada a recebir a pascer los ganados de mi heredat, et si assi simplement es aitorgado, en aqueillos logares et en aqueillos tiempos serás tenido de recebir el ganado de mj heredat ad aqueillas pasturas en las quoales pascen los ganados de tu heredat, et si la tu heredat no ha ganados que pascan, io me devo goardar de las sempnadas et de los logares plantados et de los logares çarrados, mas por los otros logares deves recebir a pascer el ganado de mi heredat. Et itar a la agoa el ganado es quoando la tu heredat deve servitut a la mía que por aillí vaya et se torne el mi ganado, empero los ganados aillenos que deven ser abeurados deven ser assí abeurados como los tuios, si agoa hy oviere. Empero, si tal servitud fuere, en aqueilla partida et por aqueilla misma guisa aqueill es tenido de usar d'eilla por la quoal partida menos de daynno parezqua al campo qui da aqueilla servitud[44].

d) Extracción de arena, tierra, cal o cualquier otro material que pueda ser reducido a polvo:

> La servitud de la arena, de la tierra o de qual se quiere otra materia polvorosa que sea de cavar es dreito que pertainnesce al I campo del otro campo que la arena o quoal se quiere otra materia pulverosa o que sea corribile sea cavada en la heredat d'queill que sirve a pro d'aqueill campo al quoal es devida aqueilla servitud[45].

e) Servidumbre de cocer la cal, que obliga al fundo sirviente a tolerar que el titular del dominante lo utilice para cocer cal:

> La servitud de cozer la calcina es quoando la tu heredat es obligada a la mía que quoanta quiera calcina yo quisiero cozer ho aqueill qui por tiempos fuere seynnor de la mi herdat quisiere cozer a las obras de la mi heredat en la tu heredat, et quisiéremos et podamos sacar, lo quoal servitud aitorgada, et piedras et quoal se quiere otra materia pora fazer la calcina convenible, et tai-

---

[42] *VM* 4.40.35-38.
[43] *VM* 4.40.39-40.
[44] *VM* 4.39.7-10.
[45] *VM* 4.39.11-12.

llaré o cuidaré o tomaré leynna o restoillo, segunt que es constumpnado de taillar o de cuillir en cozer la calcina, de la tu heredat, quoanto a mi fuere menester a fazer aqueilla calcina[46].

f) Servidumbre de cortar leña:

La servitud aitorgada de taillar leynna, conviene al seynnor de la heredat a taillar aqueilla leynna a la quoal es aitorgado de servitud a proveito de cremar en la su heredat o de fazer casas et de refazer et encara de adobar, las quoales cosas el seynnor de la heredat que sierve acostumpnó de taillar por sus usos o por fines semeillables[47].

g) Servidumbre de tallar piedra o metales:

Si tú has servitud en la mi heredat de taillar piedra o metal, los taillamientos de piedra, començados de mi o de los otros, son devidas conveniblement en aqueill campo de cavar plata o arampne ho oro o semeillables cosas, a que conviene dreito de cavar et encara de sacar, en quoanto de las anteditas materias quisieres labrar en la tu heredat a proveito d'queilla heredat[48].

5. El *Vidal Mayor* sólo admite dos formas a través de las cuales se constituye o se gana una servidumbre. La primera, el *paramiento*, *aveniença*, *establimiento*, términos todos ellos alusivos al acuerdo entre los propietarios de los fundos, y la segunda es la prescripción, esto es, el ejercicio de las facultades que constituyen el contenido de la servidumbre por un plazo de año y día:

Servitud a penas ho nunqua es devida si no por razón de teniença de tiempo o por paramiento[49],

pero en relación a la *teniença de tiempo* o prescripción, es necesario distinguir. Las servidumbres que el *Vidal Mayor* llama *servidumbres en fazer*, que implican para el titular del fundo dominante la facultad de realizar inmisiones en el fundo sirviente que, de no existir la servidumbre, no podría realizar, pueden ganarse por prescripción de año y día, sin necesidad de título e independientemente de que la *utilitas* extraída por el ejercicio de la servidumbre fuese perpetua o temporal, aunque la prescripción no corre contra menores y ausentes; pero las servidumbres *que son en non fazer*, que implican para el

[46] *VM* 4.39.18.19.
[47] *VM* 4.39.21.
[48] *VM* 4.39.24.
[49] *VM* 4.38.31.

titular del fundo dominante el que el del sirviente se abstenga de hacer algo —ejemplo típico, la servidumbre de no alzar más alto—, no pueden constituirse sino por acuerdo entre las partes y con las solemnidades correspondientes a la enajenación de bienes muebles:

> La servitudes d'esta manera son ganadas por prescriptión, quar, si las mis casas han avido uso de servitud de las tuas casas sin mala voz por ainno et dia, entrando tú o finquando o sailliendo en aqueilla villa, en la quoal villa fué hedificada aqueilla casa, dentro en el dito aynno et dia por dos o más vezes, aqueilla servitud será devida a las mis casas por siempre, en guisa que por razón de las mis casas non converrá allegar o provar titulo. Et estas cosas han logar en las servitudes que son en fazer, assi como es de carrera o de passada o de metimiento d'agoa o encara de recibimiento de suzias cosas et en todas los otras cosas semeillables, si quiere que aqueilla razón sea perdurable o encara temporal, en tanto que el feito Iª vetz sola abasta a complimiento de la prescription antedita, es assaber de la teniença con el tiempo de ayno et dia de suso dito. Quar, si la gotera de las mis casas cayere Iª vegada en las tus casas del teillado aparescient de la mi casa, que ha assentamiento de teillado, ço es de gotera, de tornar o de itar la gotera en las tus casas, et, después, que aqueill caymiento d'aqueilla gotera de agoa fiziere aynno et día sin mala voz, tu seyendo present et sailliendo o entrando en aqueilla villa, assi como es dito de suso, por siempre auré yo aqueilla servitud de las tus casas, empero el dreito salvo d'aqueill qui es menor por edat et de los qui son absentes et de los otros por los quoales aqueillas casas son posseidas, cerqua aqueillas cosas que son declaradas de suso en título "De prescriptionibus". Empero las servitudes que son en non fazer, assi como es de non alçar más alto, non se pueden ganar por ningún tiempo, empero sí son aitorgadas ho si a paramiento pueden ser ganadas aqueillas servitudes con público instrumento, firmado con fiador et con testigos, segunt que es puesto en los otros aillenamientos de las cosas movibles. Et esta misma sollempnidat es menester quoando las servitudes que son en fazer son ganadas por aytorgamiento o por avenenienças[50].

6. *En las heredades la servitud non puede ser establido o devido si no ha otra heredat*[51], advierte el *Vidal Mayor*. Quedan fuera, por lo tanto, de la disciplina de las servidumbres todas aquellas obligaciones de los propietarios de los fundos derivadas de la vecindad de los mismos que no desembocan en un estado objetivo de servicio de un fundo respecto de otro. No forma parte del contenido de ninguna servidumbre la obligación de abstenerse de realizar en el propio fundo actividades que resulten dañosas o perjudiciales para el fundo vecino[52], la obligación de abstenerse de impedir el tránsito por una vía

[50] *VM* 4.38.36-42. También, *VM* 4.38.54-60.
[51] *VM* 4.38.62.
[52] *VM* 4.38.63-67.

pública o una vía privada[53] ni la obligación de los pripietarios de los fundos que amenacen ruina de proceder a su derribo antes de que causen daño o de enmendar éste si se llegase a producir[54].

Y si las servidumbres sólo se constituyen por acuerdo entre los propietarios de los fundos o prescripción, esto es, por el despliegue durante el tiempo correspondiente de inmisiones en el fundo vecino sin que el propietario de éste las obstaculice ni las contradiga, tampoco son propiamente servidumbres, o al menos no son servidumbres voluntarias —las únicas existentes en la tradición romana— aquellas limitaciones impuestas a los propietarios de los fundos que, aunque encuentren su explicación en la contigüidad de los predios, encuentran su fundamento no en la voluntad de los predios implicados, sino en la ley. Esto es lo que ocurre con la obligación, que don Vidal lleva bien lejos de las servidumbres, de todo propietario de dejar paso, por los márgenes de las acequias o por donde proceda, al propietario del fundo que ha sido cercado por las plantaciones vecinas de forma que se le ha impedido el acceso a carrera pública o privada y se le ha cegado el lugar por donde solía sacar la vendimia y los sarmientos:

> Quando la vinna d'alguno por ninguna part non toca carrera pública o privada, por ende que de todas partes es cerquada con las possessiones de los otros, et los seynnores de las possessiones que son de cada part d'aqueilla vinna plantan aquellas en guisa que el seynnor de la primera vinna, el quoal solia sacar la vendema et los sarmientos por aqueillas possessiones, et no eran plantadas d'aquent et d'aillent, et agora no a logar por ont saque aqueillas cosas, del todo deve ser assi que, si aquella vinna a aque ductum, que ha nompne acequia, de la quoal acequia aqueilla vinna se riega, el quoal acequia ha o de rafez puede aver márgines, es assaber estremos, por los quoales puede ir et tornar la bestia carguada entroa a la carrera pública, et por aqueillos margines primeros al seynnor et a los omnes e a la bestia es aitorguado pasado francament, empero, si tal acequia con tales márgines no ha alli aqueill, por la possession del quoal mas breu et mas aproveitadament de la primera dita vinna entroa la carrera publica puede yr et dar carrera convenible et a entrar et saillir et a sacar los sarmientos de la vendema, la quoal carrera es siempre convenible a la primera vinna; et si no lexare, deve ser constrenydo por la cort d'aqueill logar, et non deve ser dado pretio ninguno por end[55].

[53] *VM* 4.38.68-69.
[54] *VM* 4.38.72-76.
[55] *VM* 4.44.

Y esto mismo ocurre con la obligación de todo propietario de recoger en su fundo las aguas y pluviales y canalizarlas a su costa hasta los desagües comunes sin daño alguno para los fundos colindantes:

> Tod omne et cada uno deve dar bona yxida et franqua pora imbiar et itar las agoas pluviales de su casa, por tal que non faga ni a eill ni a sus vezinos daynno, la quoal agoa et las otras cosas que en raro pueden yr como agoa son aplegadas en sus casas por caynnos deiús tierra o por otra manera, por la quoal sea sana cosa a los vezinos et sea proveitable. Todo possessor de casas es tenido de aduzir por sus espiensas a la comunal privada de las privadas que son vezinas, las sus proprias privadas por su caynno. Enpero cada I es tenido de refazer et de limpiar ante su casa et en su endreitura la privada comunal et los caynnos comunes, et aillí o dos casas o más son puestas una ante otra, d'aquent et d'aillent, los seynnores d'aqueillas casas partiendo el espatio por razón a cada uno segunt más et menos, los seynnores d'aqueillas casas deven ser constreynnidos de escotar en las ditas espiensas segunt que fuere de razón, que por entre aqueillas casas aqueilla privada o aqueill caynno pueda pasar comunalment[56].

7. El derecho a apacentar el ganado de los vecinos de la villas colindantes viene calificado en el *Vidal Mayor* —y atendido en un título bien lejano al de las servidumbres— como *promiscuo uso* o *uso común*. El obispo de Huesca hace una particular lectura del derecho al que se referían los fueros: se trata ahora del derecho que tienen los vecinos a apacentar sus ganados no sólo desde la eras a las eras existentes entre villas colindantes, sino también, cuando no existen eras, o están lejanas, de puerta a puerta[57]:

> Los moradores de las villas o de los logares, de quoales se quiere logares, los terminos de los quales se contienen enemble, uso han de pascer los sus ganados dentre eillos, de las heras a las heras, et entiende las heras que se tienen con las villas, quar en aqueillos logares do son lueyn algunas heras de la villa et en aqueillas partes, o en los acostamientos, o no ha heras, de puerta a puerta deven pascer eillos et eillos, assi empero que en todo caso se agoarden aqueillos que usan d'aillenas pasturas, de las sempnadas, de las vinnas et de los otros daynnos de los frutos et de las árbores, et esto fagan curosament, et se agoarden otrosí de las pasturas de los buyes assí como los vezinos d'aqueilla villa do aqueillas pasturas son, et quando empero aqueillos qui fazen aqueilla pastura de los buyes inbían aillí cierto ganado, los vezinos

[56] *VM* 8. 23.

[57] Una particular lectura, es cierto, si no se tiene en cuenta el ms. 458 de la BNM, donde, como se ha señalado, ya se contenía, y en esto se alejaba del resto de los mss. romances, la posibilidad de pastar no sólo de era a era, sino de puerta a puerta (*Vid. supra* n. 10). La mano de Don Vidal parece por tanto clara, también en el texto del fuero tal como la transmite dicho ms.

d'aqueilla villa que son cerquanos inbíen otrosí tales ganados ad aqueilla pastura. Et quoando los vezinos d'aqueill bovalar imbían aillí todo su ganado a pascer, otrosí la villa vezinal imbíe aillá todo su ganado a pascer, empero los ganados de las otras villas que son cerquanas ad aqueilla villa por términos, maguer sean cerquanas las villas, por razón del uso d'aqueill pascer non deve aillí trasnuitar el su ganado[58].

Además, el derecho de pacer no sólo puede ejercerse por la parte en que confrontan los términos, sino por cualquier parte:

Et otrosí aqueill uso de pascer es aitorgado a cada I de las villas no tant solament por aqueilla part que se tienen los términos, mas de todas partes d'aquent et d'aillent pueden pascer a vezes, ni ninguno non deve cerca el término de la villa vezina o que se contiene continuadament fazer casa o finquar o poner tienda o cabaynna, por tal que cada día pueda usar aqueill término sin travaillo et tener hy su ganado, et en otra guisa no avia a retener si non que el término d'aqueilla villa pueda continuadament et quada dia pueda usar francamente, que como fazimiento de engayn a esclarir deve ser tuelto del todo del uso del fuero, et qui est engayn fiziere, por dreito deve soffir que li degoillen et que li peyndren su ganado, assi como los moradores d'queilla villa non fuessen aiuntadas[59].

Ello, evidentemente, implicaba un derecho de paso anexo a la facultad de llevar el ganado a pastar, que el *Vidal Mayor* reconoce de esta forma:

Et sobre todo esto es assaber que a las greyes et a los ganados et a las cabaynnas, de quoal quier manera que sean et dont quiere et de qui quiere, por los terminos de la cipdat, del castiello et de la villa, o de yfançón o de quoal se quiere otro, deven aver franca passada[60]

III

El derecho aragonés, y lo que sigue sirve durante toda la Baja Edad Media y hasta el llamado acto de asentamiento de 1598, no se reduce a la tradición jacetana, básicamente incorporada a la redacción de los *Fueros de Aragón* desde 1247 y convertida, consecuencia de dicha incorporación, en tradición aragonesa por antonomasia. Teruel y la Sierra de Albarracín vivían de acuerdo con un tradición fronteriza, extremeña en el sentido medieval, más cerca-

[58] *VM* 8. 25.2-7.
[59] *VM* 8.25.8-10.
[60] *VM* 8.25.17.

na al *Fuero de Cuenca*. Las diferencias entre una y otra tradición son perceptibles en varios sectores del llamado derecho privado[61] y son perceptibles, por tanto, en la materia que ahora nos ocupa, aunque ello no quiere decir que no existan también algunas similitudes.

Entre estas últimas están las relativas al tratamiento que recibe la viña, huerto o heredad que carezca de entrada o salida. El fuero establece que los propietarios de los fundos colindantes presten salida a camino público por la parte que menos perjuicio cause, si existe acuerdo entre las partes; de no existir acuerdo, serán los jueces quienes asignen el paso de forma estable y firme:

> Item si aliqua vinea sive ortus vel hereditas exitum vel introitum non habuerit, viam et exitum habeat per sulcum aliarum vinearum illa parte, que minus dampni fecerit et ante exierit ad caminum publicum sine calumpnia, iuxta forum. Si forte hereditarii super hoc litigaverint, alcaldes, ut dictum est, viam prebeant conquerenti[62].

Entre las diferencias, en cambio, están las relativas al tratamiento de las relaciones entre fincas urbanas, claramente alejadas de la disciplina que ya conocemos. Sobre el principio de cualquiera puede levantar la altura de su casa cuanto quiera[63], el *Fuero de Teruel* tiene advertido que quien quiera apo-

---

[61] Vid. para la materia sucesoria, Francisco Luis PACHECO CABALLERO, "*Para después de los días y no en otra manera*. Origen y desarrollo de la sucesión contractual en Aragón", en *Initium* 12 (2007) 134 ss.

[62] José CASTAÑÉ LLINÁS, *El fuero de Teruel. Edición crítica con introducción y traducción*, 2ª edición, Teruel, Perruca, 1991, 298 i. f. [=*FTeruel(latino)*]; la versión romance dice lo siguiente: *FTeruel* 381 (romance): "Decabo, si alguna vinna o huerto o heredat exida o entrada non aurá, carrera et exida aya por sulco de la otra vinnas ad aquella part que de menos dano será e antes exirá al camino publical, sin calonia, segunt del fuero. Si por aventura los herederos sobre esto barairán, los alcaldes como es dicho den carrera al querelloso"; *FTeruel* 395 (romance): "Decabo mando que si alguna heredat, assí como es canpo o huerto o vinna, entra et exida non aurá, los alcaldes iurados vayan ad aquella heredat, et ad aquella part que aquellos alcaldes verán por bien que menos danno farán sea dada carrera et exida, et aquella ixca más aýna al camino publical por qual part sin danno antes podrá exir. Mas quien la carrera que los alcaldes aurán dado defenderá o mudará o encerrará e provado'l será, peche XXX: a sueldos e dé la carrera. Qual las carreras e las exidas que los alcaldes aurán fecho o aurán dado sean estables e firmes", que cito por Max GOROSCH, *El Fuero de Teruel*, Stockholm, Almsquist & Wiksells Boktryckeri Ab, 1950 [puede verse ahora en facsímil en *Tiempo de Derecho foral en el sur aragonés*: *los fueros de Teruel y Albarracín* II, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2007] [=*FTeruel (romance)*].

Para la tradición castellana y extremeña en torno a este derecho de paso forzoso, vid. Francisco Luis PACHECO CABALLERO, "Fueros y *Partidas*: algunas páginas más sobre servidumbres", en *Initum* 6 (2001) 287 ss.

[63] *FTeruel* (latino) 288: "Item sciendum est quod quicumque domum hedificare voluerit, ipsam erigat in altum et hedificquet quamtum sibi placuerit, iuxta votum"; *FTeruel* 299 (romance): "De cabo es assaber que qual quiere que casa querrá hedificar, aquella alçe en alto et el dificamiento quanto a él plazrá, segunt del fuero".

Es la misma libertad de edificación *in altum* que se recoge en los fueros del área castellana y extremeña: PACHECO CABALLERO, *Fueros y Partidas*, 293 s.

yar su construcción en pared vecina debe satisfacer la mitad de su precio, si se trata de pared común en la raíz, esto es, de pared cuyos cimientos sean comunes a ambos propietarios; tratándose de pared que no fuese común, nadie está autorizado a edificar ni cargar la propia construcción sin autorización del propietario del predio colindante:

> Si vero domum suam aliquo pariete fulciere voluerit, det prius medietatem illius precii quod paries ille constitit, deinde hedificet super illum parietem sine aliqua calumpnia, quando sibi placuerit, dando primitus medietatem precii, ut superius ostensum. Tamen si paries in radice comuni fuerit, ut est forum. Quia si radix comunis non fuerit, non potest aliquis super illum parietem hedificare, prohibente domino vel nolente. Et propter has lites deviandas mandamus et statuimus quod cum aliquis parietem hedificare voluerit, illum in radice comuni hedificet sine calumpnia, iuxta forum[64].

Radicalmente distinta es la disciplina turolense de las luces y vistas y, por lo tanto la relativa a la facultad de abrir ventanas, comparada con la contenida en las *Observancias*, como hemos de ver. El *Fuero de Teruel* no se refiere a la posibilidad de abrir ventanas en pared común, sino a la facultad de abrir ventanas en pared propia pero sobre la casa del vecino y el planteamiento es que —salvo, evidentemente, que se hubiese constituído una servidumbre en tal sentido— la facultad de abrir ventanas en la propia pared no puede suponer para el predio vecino una pérdida de su intimidad, por lo que dicha facultad sólo se reconoce para las ventanas que se construyen a una altura superior a la del pecho de una persona y para las ventanas cuya amplitud no supera la de una mano. Cualquier otra ventana, o debe ser cerrada o convenientemente rehecha o adobada para ajustarse a las medidas de tal forma que su propietario se expone a la pena de los cinco sueldos diarios si, convenientemente amonestado, no se ajusta al fuero. O lo que es lo mismo: en Teruel, de forma parecida a como se advertía en el *Vidal Mayor*, las ventanas se abren para luces, no para vistas:

> Similiter quicumque fenestram in pariete sue domus super alienam domum aperire voluerit, aperiat eam in altum a pectoribus et supra. Fenestram autem habeat in amplo unam manum tantum et non amplius, iuxta

[64] *FTeruel* (latino) 288; *FTeruel* 300 (romance): "Mas si su casa querrá acostar ad alguna paret, primera mientre pague la meytat de aquel precio que aquella paret costó de far, e despues de allí adelant hedifique sobre aquella paret sin callonia quando a él plazra, dando primero la meytat del precio como de suso es dicho; empero, si la paret fuere en la raíz comunal, como es fuero. Que si la raýz non fuere de común, non puede ninguno sobre aquella paret hedificar, vedando le el señor de la paret o non queriendo. E por estas baraias esquivar mandamos et establimos que, quando alguno querrá hedificar paret en la raíz de común, la hedifique sin calonia, segúnt del fuero".

> forum. Quia si quis fenestram inferiorem vel ampliorem fecerit nisi ut forum precipit, postquam amonitus fuerit, pectet cotidie V solidos iudici et alcaldibus et quereloso, donec ipsa fenestra claudatur. Tamen si ammonicionem probare potuerit, iuxta forum[65].

Las similitudes con la disciplina contenida en los *Fueros de Aragón* vuelven a aparecer, finalmente, en tema desagüe. Cuelquier propietario viene obligado, por fuero, a recoger las aguas de forma que no produzca daño al vecino:

> Similiter quicumque domum habuerit, ipsa suam aquam colligat ne aliquis vicinis dampnum faciat ullo modo. Quia si quis post amonicionem aliquod dampnum fecerit, pectet illud, ut superius est ostensum[66].

IV

El intenso desarrollo teórico que la materia de las servidumbres había alcanzado en la obra de Vidal de Canellas desapareció, por razones obvias, de los textos aragoneses posteriores, con las matizaciones que más tarde señalaré. Ceñidas a los pocos fueros que al principio traje a colación, las colecciones de *Observancias* y la que acabó por ser considerada glosa ordinaria a los *Fueros* no hicieron sino perfilar disciplinas y aclarar conceptos, en la inteligencia de que, allí donde no hubiese pronunciamiento propio al respecto —y rara vez, por cierto, lo había—, todo lo que podía decirse sobre servidumbres estaba fuera del derecho aragonés o, lo que es lo mismo, en la inteligencia de que todo lo que podía decirse sobre servidumbres había que ir buscarlo dentro de la Compilación de Justiniano, que no era derecho supletorio en Aragón, pero era derecho cuyas categorías servían para explicar, al menos desde el punto de vista teórico, aquello de lo que la tradición propia hablaba.

---

[65] *FTeruel* (latino) 288; *FTeruel* 301 (romance): "Otrosi qual quiere que finiestra querrá abrir en la paret de su casa sobre casa agena, abra la en alto de los pechos en asuso. Mas la finistra aya en amplo una mano tan sola mientre e non más, segunt del fuero. Que si alguno la finistra más a iuso o más ampla la fará si non como el fuero manda, después que será amonestado que la adobe, si far non lo querrá, peche cada dia V sueldos al iúdez e a los alcaldes et al querelloso, fasta que aquella finistra sea cerrada o adobada, como es fuero; empero si el querelloso el amonestamiento prodrá provar segunt del fuero".

[66] *FTeruel* (latino) 288 i. f.; *FTeruel* (romance) 303: "Otrosí, qual quiere que casa aurá, él coia su agua en su casa, que a los otros vezinos non faga danno por ninguma manera. Que si alguno después del amonestamiento algún danno fará, peche lo como de suso es demostrado".

Para esta obligación en los fueros castellanos y extremeños, PACHECO CABALLERO, *Fueros y Partidas*, 294 s.

Un derecho de paso forzoso que surge cuando el camino que venía utilizándose como paso es destruído a consecuencia de la mutación del cauce de las aguas fluviales o por cualquier otro motivo recoge la colección de observancias procedentes del ms. latino add. 36618 del British Museum de Londres. En tal caso, aquellos que venían ejerciendo el derecho de paso podrán ejercerlo por el campo colindante, aun en contra de la voluntad del señor del mismo, y sin necesidad de *viam emere*, sin contraprestación. Las acequias destruídas por similares circunstancias, en cambio, no dan lugar a un derecho de conducción por fundo ajeno, que sólo subsistiría, de forma voluntaria, si mediase la correspondiente contraprestación:

> Item nota quod si aliqui habent viam iuxta agrum et per mudationem fluminis aquarum vel alias destruatur, fossunt (sic) illi que habebant viam propriam auctoritate transire per illum agrum et facere ibi viam impugnere (sic), contradictionem alicuius non obstante, nec tenentur viam emere et ibidiem arbores scindere apponiendo ipsam viam. Et hoc verum est ubi cum vendederis hereditatis viam per certam partem fundi tui. Secus est in çequia per quam aliqui heredes ducunt aquam ad rigandum, que si illa destruatur non poteris facere çequiam in fundo meo, nisi emas mihi[67].

Esta misma colección de *Observancias* nos informa de que la prohibición de los *Fueros*, ya vista, de construir molino en agua o en términos ajenos sin voluntad del señor, una prohibición que probablemente estaba pensada para las situaciones de dominio dividido, ha sido, al parecer, derogada por el uso. El autor de las *Observancias* despacha sin argumentación alguna el problema planteado por el hecho de que un fuero, *ius regale*, haya sido modificado por una conducta contraria:

---

[67] Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ, "Dos colecciones de observancias de Aragón", en *AHDE* 45 (1975) 548, obs. 9.

La disciplina fue colocada por Pérez de Salanova bajo el título *De aqua pluviali arcenda*. La transcripción y correspondiente traducción llevada a cabo por Pérez Martín no me acaban de convencenr, y teniendo en cuenta que resulta tener más sentido un cambio en el cauce de las aguas (*mudatio*, por *mutatio*) que una limpieza de las aguas del río (mundatio) —normalmente lo que se monda o limpia son las acequias— me inclino, con todos los problemas, por la lectura hecha en su día por Martínez Díez. Aquí dejo, en cualquier caso, la forma en que la observacia 9 de las del ms. del British Museum, pasa, según Pérez Martín las observancias de Pérez de Salanova: 7.7.383: "Item nota quod si aliqui habent viam iuxta agrum et per mundacionem fluminis aquarum vel alias destruatur, illi qui habent viam propriam actione transire poterunt per illum agrum et ibi facere viam impune, contradicione domini agri seu cuiuslibet alterius non obstante, nec tenetur viam emere, ymo ibidem possunt arbores scindere aperiendo ipsam viam. Et hoc verum, nisi cum vendideris erbas viam per certam partem fundi tui assignaveris. Secus est in cequia per aquam aliqui heredes ducunt aquam ad rigandum, qui si illa destruatur non poterit heres facere cequiam in fundo meo, nisi emat michi fundum vel partem fundi" [utilizo *Las Observancias de Jimeno Pérez de Salanova, Justicia de Aragón. Estudio introductorio y edición crítica Antonio Pérez Martín*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2000] (=*OPS*).

> Item licet de foro de rivis dicatur, quod nullus potest constituere molendinum in aqua aliqua sive rivo infra terminos alicuius sine voluntate domini loci nec furnum, contrarium tamen est de observancia. Quilibet enim in suo, ut vult, molendinum hedificare et furnum construere potest; et hoc quidam dicunt in derogacionem iuris regali, contrarium est verum[68].

Y esta misma colección de *Observancias*, ya aclara que el derecho recíproco de pastos que corresponde a los vecinos de las villas colindantes era, al parecer, un derecho que se ejercía no solo en las villas del realengo, sino en todo tipo de lugares:

> Item in Aragonia in omnibus villis contiguis habentibus terminos alteri in altero termino de area ad aream pascere bestias et alios greges suos excepto loco illo, qui dicitur boalare, in quo etiam possunt pascere quando illi de villa, cuius est, pascunt, ut c. de villis et de pascuis; quem forum, quidam dicunt, debere intelligi de locis regalibus, sed contrarium quod de omnibus intelligitur[69],

y nos informa también, modificándo así el criterio extensivo del *Vidal Mayor*, en relación a que dicho derecho no puede ejercerse sino por las eras limítrofes y colindantes, lo que impide, por lo tanto, atravesar una villa para pacer en una villa ulterior más lejana. Y no hace falta esperar ni a Patos ni, desde luego, a la colección oficial de *Observancias*, para que el derecho recíproco de pastos se configurase ya concretado no sólo de eraa era, sino también de *sole ad solem*[70], lo que impedía la permanencia nocturna del ganado en las eras vecinas, si sus propietarios no deseaban exponerse al degüello:

> Item ubi dicitur de area ad aream intellexunt quidam, ut esset ultra aream primam possit transcendere villam totam et ex alia parte ville pascere, quod non est verum nec usitatum, quia alia pars ville remanet hominibus ville et ville convicine et alia comuniter, et intellegere de area ad aream et sole ad

---

[68] MARTÍNEZ DÍEZ, *Dos colecciones*, 575, *Obs*. 211. Pasó a *OPS* 7.6. Obs. 386, y a las Observancias de Jaime de Hospital, Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ, *Observancias de Jaime de Hospital*, Zaragoza, Caja de Ahorros de la Inmaculada, 1977 (=*OJH*) 6.6.49 de esta forma: "Item licet in foro de rivis dicatur quod nullus potest constituere molendinum in aqua sive rivo in termino alicuius sine voluntate domini loci, nec furnum, secundum Eiminum de Ger. Contrarium tamen de usu, quia quilibet, ut vult, molendinum aedificat et fornum construit secundum Stephanum de Alphagerino. Sed quidam dicunt hoc in derogacione iuris regalis; contrarium tamen est verum"; Pasó a la colección oficial de Observancias (=*OMDA*) 6 *De Generalibus privilegiis totius Regni Aragonum*, 37, que cito por el texto incluido en el tomo II de *FA* SAVALL-PENEN.

[69] MARTÍNEZ DÍEZ, *Dos colecciones*, 574, *Obs*. 209; pasa a *OPS* 7.5 Obs. 384; *OJH* 6.6.47; *OMDA* 6 *De Generalibus privilegiis totius Regni Aragonum* 35.

[70] Cfr. PÉREZ-SOBA DÍEZ DEL CORRAL-SOLÁ MARTÍN-José Luis ARGUDO PÉRIZ, *La alera foral*, 41-42.

solem, nam de nocte non possunt remanere inibi, quin fiat decollatio, licet tamen pascere posint ut predicitur[71].

Inexistente, como hemos visto, en los antiguos *Fueros de Aragón* un título *De servitutibus* o algo que se le pareciese (sólo tardíamente se incorporó un título *De servitutibus aquae*, bajo el que se cobijó un fuero aprobado en 1442 sobre tema procesal que en nada afectaba a lo sustantivo de las servidumbres y del que más tarde hablaré), la *sedes materiae* en la que los juristas aragoneses acabaron por verter sus observaciones a propósito de las servidumbres y derechos similares fue preferente, aunque no exclusivamente, el título *De aqua pluviali arcenda*, aunque ello no se tradujese, sin embargo, en un desarrollo *in extenso* de la materia.

Sólo unos años posterior a las observancias de Pérez de Salanova, todavía en la primera mitad del siglo XIV, Pérez de Patos, autor de la que acabará siendo considerada glosa ordinaria a los *Fueros de Aragón*, acuñará un principio que la doctrina más moderna acabará atrayendo a la materia de las servidumbres, aunque nada tenía ni tuvo que ver en el derecho aragonés con dicha disciplina. Bien conocedor de la Compilación justinianea, Pérez de Patos colocó el fuero *omnes secundum forum* en relación con la sede de la Compilación que más se ajustaba a la materia. Primero aclaró de qué tipo de aguas hablaba aquel fuero, las aguas pluviales que caen en las casas y que cada propietario debe preocuparse de que sean conducidas sin daño a los desagües comunes, a cuyo efecto, además, todas las casas deben estar provistas de un albañal por donde se recojan las aguas o de los canalones que recojan el agua de lluvia y la lleven a la calle, de forma tal que, de no contemplarse las previsiones del fuero, un desagüe incontrolado y dañoso engendraría una responsabilidad per *damnum iniuria datum*, cuya sede era D. 9.3:

Et sic hic tractatr de aqua pluviali, que cadit intra domos cuiuscumque qualiter per meatus subterraneos debeat duci in illam matricem vicinorum communem, que subtus terram debet aquam vicinorum recipere. Alia siquidem aqua pluvialis que cadit de domibus per stillicidia in carreriis vadit per solita loca usque in receptacula oportuna.

Et sic quilibet debet habere in domum suam locum qui dicitur albellonum qui obsorbeat omnes aquas domus et mittat in matriciem per subterraneos meatus, non enim alias quisquis debet effudere quam de quoquinam vel de

[71] MARTÍNEZ DÍEZ, *Dos colecciones*, 574, *Obs*. 210. La Observancia continua adviertiendo la imposibilidad por parte de quien no es vecino de cortar leñar o cazar *nec alia servitute uti in termino alterius villis sine voluntate vicionrum illius ville*. Igual, en *OPS* 7.5. Obs. 385; *OJH* 6.6.48; *OMDA* 6 *De Generalibus privilegiis totius Regni Aragonum* 36.

aliis doliis sive locis sordidis sive inmundis, ut dampnum vicinie sue non faciat sive offensam.

Unde si aliquis in loco per quem vulgo interest effuderit vel eicerit, aquam vel aliud sordidum de dampno et de iniuria tenebitur, ut hic et de Digesto, de his qui eiecerunt vel effunderunt, lege prima, et quasi per totum[72].

Pues bien: justo después de la contextualización del problema que se ventilaba en el fuero *Omnes secundum forum* es cuando Pérez de Patos señala como *argumentum optimum* el princpio de que cualquiera puede hacer en utilidad propia, en posesión ajena, aquello que estime oportuno siempre y cuando no produzca daño:

Et hic est argumentum optimum, quod quilibet potest facere utilitatem suam, per possessionem alienam, dummodo faciat sine dampno illius cuius est illa possessio[73].

O dicho de otra forma y siguiendo el iter lógico de la glosa: si formaba parte del régimen normal del derecho de propiedad la obligación de recoger las aguas de forma que no causen daño al vecino, también lo es el que cualquiera, siempre que no cause daño, pueda realizar en posesión ajena aquello que le beneficie. Lo que se consagra aquí, pues, es una regla en virtud de la cual cualquier propietario vendría obligado a tolerar ciertas inmisiones no dañosas, más exactamente, como veremos decir más tarde a Jaime de Hospital, inmisiones *causa nulli nocendi* o, como se dice modernamente[74], una especie de *ius usus inocui*, un uso no dañino e inofensivo; las inmisiones dañosas, las que vieniesen a disminuir o socavar ostensiblemente el contenido del derecho de propiedad son las que se vehicularían o encauzarían, en su caso, pero no necesariamente, a través de una servidumbre. De no ser así, querría decirse que el derecho aragonés convirtió en derechos reales de servidumbre cualquier inmisión realizada en fundo ajeno y tolerada por el vecino. La cuestión radica, pues, en distinguir aquellas inmisiones realizadas por el vecino que todo propietario está en la obligación de tolerar de aquellas

---

[72] PÉREZ DE PATOS, *Gl*. 1-3, *FA* 7.14.1 *Omnes secundum forum*, que cito siguiendo las numeración de las glosas del editor: Antonio PÉREZ MARTÍN, *Las glosas de Pérez de Patos a los Fueros de Aragón. Estudio introductorio y edición del manuscrito 13408 de la Biblioteca Nacional de Madrid*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, Instituto de Derecho Común de la Universidad de Murcia, 1993.

[73] PÉREZ DE PATOS, *Gl*. 4, *FA* 7.14.1 *Omnes secundum forum*.

[74] Carlos LÓPEZ DE HARO, "El ius usus inocui", en *RDP* 7 (enero-diciembre 1920) 18-29; José Luis ARGUDO PÉRIZ, *Derecho de Bienes*, en Jesús DELGADO ECHEVARRÍA (Director)-Mª Angeles PARRA LUCÁN (Coordinadora), *Manual de Derecho Civil Aragónés*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2006, 634.

otras que, si llegasen a producirse, formarían parte, tras su previa constitución, del correspondiente derecho de servidumbre. O si se quiere, dicho todavía de una forma más: el *argumentum optimum* acuñado por Patos se refiere a aquellas inmisiones que pueden realizarse en fundo ajeno sin necesidad de que exista una previa servidumbre que las autorice porque el *argumentum optimum* acuñado por Patos nada tiene que ver con la disciplina de las servidumbres.

El fuero primero *Secundum forus nullus*, el título *De rivis* había sido dejado sin contenido, según las más antiguas colecciones de Observancias; aunque todavía figuraba entre los fueros que tiene a la vista Patos —en el futuro, desaparecería de los fueros recopilados como vigentes—, su glosa no deja lugar a dudas sobre las transformaciones operadas en torno a esta disciplina. El fuero disponía, en efecto, que nadie, sin consentimiento, estaba autorizado a construir molino en agua en o en términos ajenos, pero Patos trae a ahora a contribución el texto íntegro de una constitución imperial de Diocleciano y Maximiano, del año 286[75], cuya disciplina viene a ser contraria a la del fuero, al establecerse que cuando fuese manifiesto que según costumbre antigua el derecho a que el agua fluyese por ciertos fundos era de utilidad a los mismos para el riego, la autoridad debía proveer para que no se innovase nada en contra de la antigua costumbre:

> Et hoc extractum est lege de servitutibus et aqua, lege *Si manifieste*, ubi dicitur «Si manifeste doceri possit ius aque ex veteri more atque observationes, per certa loca profluentis utilitatem certis fundis irrigandi causa exhibere, procurator noster nequit contra veterm formam atque sollempnem morem, ne innovatur, providebit». Et notatur argumentum ex hoc, ut in predicta lege notatur, quos si quis habet molendinum in flumine quod alius no potest supra facere alius molendinum per quod avertatur aqua a suo[76].

Y en fin, por lo que hace al derecho des pastos recíproco que el *Vidal Mayor* llamaba *promiscuo usu terminorum*, Pérez de Patos viene a hacernos dos advertencias, en la línea de las más antiguas *Observancias*: una, que la facultad para pacer en las eras de la villa vecina no lleva anexa el ejercicio de cualquier otra facultad que desembocase en servidumbre, al entenderse *de foro* que los bienes siempre se presumen libres y otra, que que la expresión de era a era significa por las eras colindantes en línea recta, no *in giro* o al rededor:

> Sed consuetudo hic habet ut dummodo acampaneretur iuxta greges suos et bestias in terminis ville convicine usque ad areas, et non ultra, nec ada-

[75] *C*. 3.34.7.
[76] PÉREZ DE PATOS, *Gl*. 1, FA 7.17.1 *Secundum forum*.

quent vel bibant bestias vel greges in puteis vel fontibus vel basis, ville convicine sine voluntate hominis ille ville, vel domini eiusdem aque, nisi in rivo, tamen in loco designato eiusdem, in cequia autem non licet adaquare, et quia de ratione et foro comuni, quilibet bona sua libera habet, omnis servitus intelligitur vicinis et usus nemorum prihibentur, nisi tantum pastus in terminis alterius, qui concessus est de foro. Sic de supra intellige quod de area illius loci ubi habitat, recte emito usque ad aream loci convicine, possunt pascere ganata vicinorum, et non in giro vel in cirucitu ville, quia fieret praeiudicium aliis vicinis, et sic servatur de consuetudine regni, quia sua ganata non possent ibi pascere[77].

El derecho consagrado en el fuero *De villis* es, además, un derecho que sólo se extingue por prescripción inmemorial, precisión ésta al hilo de la cual Pérez de Patos aprovecha para suministrarnos una de esas noticias que tanto gustan a los historiadores y gracias a la cual sabemos que al menos esta glosa, tiene fecha conocida:

Quid si post editonem istius fori nunquam usi sunt pascere ganata sua, de area ad aream. Dic adhuc potest pettere una villa quos pascat ganata sua in termino alterius, qui non est prescriptum de tempore de quo non extitit memoria, quia a tempore editionis fori extat, qui ista compilatio fuit facta Era MCC octuagesima quinta, undecimo kalendas februari et sic non sunt modo nisi octuaginta octo anni[78].

Las *Observancias* de Jaime de Hospital, sin duda las más interesantes y desarrolladas de entre las que hoy conocemos y se hallan publicadas, no vienen sino a confirmar la impresión obtenida hasta ahora. En el título de *Aqua pluviali*, excepción hecha de una afirmación en torno la inherencia predial de las servidumbres, lo que significa que la servidumbre se transmite con el fundo *etiam si de ea nihil dictum sit*[79] y alguna disquisición en torno a la posesión de servidumbres[80], Jaime de Hospital efectúa, para todo lo demás, una remisión en bloque a la obra de Vidal de Canellas, una obra que aunque no hubiese corrido la misma suerte que los *Fueros de Aragón*, era, sin embargo, el único libro de derecho aragonés —por utilizar la terminología orsiana y gibertiana— en donde la materia había sido tratada *in extenso*, bebiendo de la Compilación Justinianea, remisión que es completada con otra a la *Summa Codicis* de Azzo:

---

[77] PÉREZ DE PATOS, *Gl*. 7-8, *FA* 7.15 *De villis*.

[78] PÉREZ DE PATOS, *Gl*. 8, *FA* 7.15 *De villis*.

[79] *OJH* 7.9.3: "Nota quod servitus acquisita vineae vel fundo transit ad emptorem, etiam si de ea nihil dictum sit, et ita tuli sententiam confirmatoriam in causa Marchi Spada (...)".

[80] *OJH* 7.9.22-24.

> De hac materia servitutum vide plenissime in compilatione domini Vitalis tit. de servitutibus rusticorum praediorum cum tribus titulis sequentibus, lib. IV et per Azonem, Cod. de servitutibus et de aqua per totum titulum[81].

El título de *Aqua pluviali* es, entonces, utilizado por Jaime de Hospital para desarrollar el *argumentum optimum* que ya figuraba en Patos y es retomado en su integridad[82]. El desarrollo de este *argumentum* se efectúa al hilo de la necesidad de ilustrar una disciplina que al parecer era de observancia inmemorial en la ciudad de Zaragoza, y según la cual cualquiera, en pared común, puede abrir ventanas tanto para obtener luz como para tener vistas. Se trata, en cualquier caso, de ventanas que nunca pueden facilitar las fiscalización de la casa del vecino, aunque pueden ser cerradas por éste si realiza una edificación superior, lo que, a su vez, sólo le estaría permitido si no privase absolutamente al primero de las luces, ya que si, de dicha clusura se siguiese que el vecino que había abierto las ventanas se viese totalmente privado de luz, quedaría al arbitrio del juez la designación del lugar por donde dicho vecino tendría la facultad de seguir teniendo luces:

> Item nota quod est observandum in civitate Caesaragusta a tanto tempore citra, quod contrarium hominum memoria non existit, quod quilibet pro libito voluntatis in pariete communi fecit fieri fenestras non solum ad lucem sed ad prospectum, ut pro rei evidentia manifeste patet: et de ratione tales fenestras non sunt prohibitae sed concessae, maxime cum per talem fenestras nihil potest videri in domibus convicini quamvis dominus domorum vicinarum si aedificium contruxerit quod emineat super talem fenestram claudere eam possit. Et hoc est etiam secundum azuniam sarracenorum et ritum iudaeorum a longo tempore observatum, quod tamen intellige habere locum ubi convicina domus de se vel aliunde lumen habere possit, quia alias si propter dictae fenestrae clausuram vicina domus luminibus privaretur et aliunde lumen habere non possit, tunc per ipsam fenestram vel per aliam lumen competens arbitrio iudicis domui vicinae praefatae dare aut dimittere teneretur ne in totum luminibus offuscata domus inutilis ipsi domino redderetur secundum usum Regni et bonam aequitatem[83].

Hace tiempo que fue advertido, y con exactitud, que no estamos aquí ante la disciplina de las servidumbres de luces y vistas, sino ante el contenido nor-

---

[81] *OJH* 7.9.7.

[82] *OJH* 7.9.1: "De ista materia tene quod litera sonat, et est ibi optimum arg. quod quilibet potest facere utilitatem suam per possessionem alienam dummodo fiat sine damno illius cuius est illa possessio"; *OMDA* 7 *De aqua pluviali arcenda*, 1.

[83] *OJH* 7.9.9; *OMDA* 7 *De aqua pluviali arcenda*, 6.

mal de la propiedad en tema de luces y vistas[84]. O lo que es lo mismo: cualquier propietario puede abrir en pared común ventanas que no lleven aparejada una intromisión innecesaria en la casa del vecino y éste a su vez las puede cerrar si realiza una obra que las sobrepase, siempre que no prive totalmente al vecino de sus luces y convierta su casa en una *domus inutilis* por razón de su obscuridad. Dichas facultades, que no implican la exitencia de ningún *ius in re aliena* y, por tanto, de ninguna servidumbre, vienen a constituir el uso normal del derecho de propiedad en relación a las luces y a las vistas y se explican, en último término, en virtud de aquel *argumentum optimum* al que se refería Patos y que ahora, en boca de Jaime de Hospital, constituye la base para afirmar que cualquiera, tanto en su propia pared como en la ajena, puede obrar de la forma que crea conveniente, siempre que no cause daño al vecino. El principio general referido en Patos a *possessio aliena* se transpone y concreta aquí a las *parietes* ajenas y, evidentemente, propias:

> Circa hanc materiam quaero quia hic dicitur quod quilibet potest facere in suo pariete etiam in alieno, dummodo non fiat cum damno illius[85],

para concluir, después de un casuístico discurso, que partiendo de la afirmación de que *quilibet est moderator en re sua*, una inmisión no fradulenta, una inmisión *causa nulli nocendi*, que no perjudicase derechos existentes, sería una de estas inmisiones que todo propietario debe tolerar de su vecino. La facultad de abrir ventanas a los solos efectos de luces y vistas sin que éstas proporcionasen una abusiva facultad de fiscalización en los ámbitos vecinos —*maxime cum per tales fenestram nihil potest videri in domibus vicini*— vendría a ser una de esas inmisiones *causa nulli nocendi* que, sin necesidad de que hubiese constituída una servidumbre, un propietario debe tolerar, como hoy decimos, como consecuencia de las relaciones de (buena) vecindad:

> Pone, iuxta hoc aliquis fecit letrinam iuxta domum meam in domo sua, et in tale loco quod fetet nunquid possum ipsum prohibere; videtur quod sic (...) Dic cum quaeritur nunquid indistincte opus facere in suo permissum sit, distingue quia aut propter illud opus aliquid immititur aut nihil immititur.
>
> Primo casu aut illa immissio reperitur manualis aut naturalis, primo casu prohibere potest, aut facio hospitium et immito tigna in domo tua (...) Secundo casu ut saltem reverberatio reperiatur naturalis et tunc non potest prohibere nisi fraudulenter opus a principio factum (...)

---

[84] Mariano Alonso y Lambán, "Anotaciones a las Observancias 6ª «De aqua pluviali arcenda» y 7ª «De Praescriptionibus», en *Universidad. Revista de Cultura y vida universitaria*, año XXXVII (julio-diciembre 1960) 3-4, 605-606.

[85] *OJH* 7.9.11.

In similia aut nihil immittitur et tunc aut est spes quod in futurum aliquid immitatur propter vicium operis vel loci, aut non est spes; primo casu prohiberi potest saltem quantum ad hoc ut cautionem praestet (...) Secundo casu aut faciendo opus facit contra servitutem impositam aut non: primo casu prohiberi potest (...); secundo casu aut faciendo opus alteri nocet aut non: primo casu aut facit opus fraudulenter aut non: primo casu prohiberi potest, secundo casu non (...) Aut facit causa nulli nocendi et tunc non potest prohiberi, quia quilibet est moderator en in re sua (...)

In praesenti questione distingue aut ille fetor habet exitum in locum publicum aut non: primo casu prohiberi potest nisi impetret a principe (...); secundo casu non potest prohiberi, qui quamvis fetor immitteretur illa tamen immissio naturalis est et sic non potest prohiberi qui non facit fraudulenter (...) Quo autem sit naturalis immissio quia probatur fetor nihil est quam aer corruputus et aer non potest prohiberi (...)[86].

Una concreción práctica de la antigua superación de la disciplina del fuero primero del título *De rivis* y quiza también concreción práctica del *argumentum optimum* en materia *ius usus inocui* es el contenido de la osbservancia 2ª del título *De Aqua pluviali* que introduce ahora Jaime de Hospital, retomando una antigua disciplina que estaba en las redacciones extensas del *Fuero de Jaca*[87] y según la cual el azud antiguamente construído en término ajeno que fuere destruído puede ser reconstruído sin oposición alguna aunque no pueda monstrarse título alguno:

Si azutum antiquitus fuerit constructum in termino alieno et postea appareat destructum, iterum potest construi sine contradicione alicuius, etiam si titulus non appareat, alias non (...)[88].

---

[86] *OJH* 7.9.11-14.

[87] *FJaca* 94: "Si algun troba molin destruyt ey labora tant que li faça moldre forment o altra cevera, et si altre lo y demanda, et aquel li pot provar que aquel qui lo demanda intra et yssi en la vila o el terminat de la qual es lo molin despues que fu començat a obrar, aquel qui lo demanda no y a dret nengun puys tan longament se cala que non lo demanda".

[88] *OJH* 7.9.2; pasó a *OMDA* 7 *De aqua pluviali arcenda* 2, que es completada con la precisión de que si el azud destruído no puede ser reconstruído en el lugar en donde antiguamente estaba, puede serlo en otro lugar cualquiera, incluso con la oposición de su dueño, siempre que se le satisfaga el valor de la tierra según abitrio del juez: *OMDA* 7 *De aqua pluviali arcenda* 9: "Item, de usu Regni, si aliquis habet açutum, vel cequiam in termino alieno, et destruitur açutum, vel cequia, ita quod ibi primitus erat, non potest coommode iterum construi: potest alibi in dicto termino mutari, invito domino termini, facta tamen satisfactione domino termini arbitrio Iudicis competentis de terra, quae de novo accipitur pro constructione açuti, vel cequiae".

La Observancia 2, además, parece tener su paralelismo en los azudes construídos por las villas o los pueblos; *OJH* 3.11. 3: "Nota quod si azutum antiquitus fuerit constructum in termino alicuius loci et postea destructum iterum potest construi, contradictione alicuius nons obstante, etiam si non habebat titulum constructionis; alias si non fuerit constructum antiquitus" (= *OMDA* 3 Finium regundorum 1).

Sobre la ausencia de daño en los frutos se sustenta también en Jaime de Hospital el derecho de pastos recíprocos del fuero *De villis*[89], de forma tal que si los vecinos de una villa plantasen en la era donde acostumbran pastar los ganados de la villa vecina, e impidiesen a éstos entrar a pacer, los vecinos de esta última podrían compeler a los primeros a dar o asignar el lugar correspondiente por donde efectuar el paso necesario para hacer efectivo el derecho reconocido por el fuero:

> Item si vicini pascant ganata sua de aera ad aeram et omnes vicini planctant vineas vel aperiunt campos et seminant eos, et sic impediuntur ganata vicinorum ne possint intrare ad pascendum in nemore nisi per vineas vel campos, hominies villae praedicta possunt et debent compelli ad aperiendum et dandum locum per quem ganata vicinorum possint intrare libere ad pascendum in monte de aera ad aeram; et sic iudicavit Iustitia Aragonum et dixit esset de consuetudine[90].

Como es ya sabido, el derecho de pastos recíproco de los vecinos de las villas colindantes no incluye el boalar o dehesa boyal, salvo acuerdo o concesión expresos en tal sentido[91]. La posibilidad de que los vecinos de una villa acotasen como boalar un determinado territorio, pasaba por contar con la correspodiente licencia regia, aunque se permitía, informa ahora Jaime de Hospital, que los vecinos señalasen un pequeño vedado, un módico boalar que no fuese más extenso que lo que alcanza el tiro de una ballesta, en donde los vecinos de las villas colindantes tiene prohibido introducir sus ganados:

> Nota quod boalare non potest fiere sine licentia domini Regis; tamen bene possunt homines loci facere aliquod vetatum seu bolare modicum quantum una ballesta vel quasi, in quo non possint depascere animalia vicinorum. Sed ex ista causa vel colore magnum facere non possunt, immo habere destrui ut factum contra forum et regni usum; et sic dixit Iustitia Aragonum esse de consuetudine[92].

---

[89] *OJH* 7.10.2: "In pascuis autem iste modum servandum est, quod quilibet potest pascere greges suos in termino cuiuslibet villa sibi convicinae de aera usque ad aeram, excepto boalare, et etiam boalare sicut pascatur ab illa villa cuius est (...) dummodo caveat sibi ut non faciat dammnum fructibus (...)".

[90] *OJH* 7.10.12; *OMDA* 7 *De pascuis, gregibus et cabannis*, 4.

[91] *OJH* 7.10.2; *OMDA* 6 *De generalibus privilegiis totius Regni Aragonum*, 35: "Item, in Aragonia in omnibus villis contiguis habentibus terminos, possunt alteri in altero termino de Area ad Aream pascere bestias, et alios greges suos, excepto loco qui dicitur Boalar, in quo etiam possunt pascere quando illi de villa cuius est, pascuntur, iuxta modum quo pascuntur illi de villa, ut cap. *De villis*, in tit. De Pascuis: quem forum dicunt quidam debere intelligi tantum de locis Regalibus, sed contrarium usitatur, qui de omnibus intelligitur".

[92] *OJH* 7.10.9; *OMDA* 7 *De pascuis, gregibus et cabannis*, 1.

En cualquier caso, el derecho que los *Fueros* concedían a los vecinos de las villas colindantes, como ya comezaron a señalar algunas colecciones de *Observancias* anteriores, era un derecho que solo se podía ejercer en línea recta, no rodeando la villa en cuestión hasta encontrar otra era que, por las mismas razones, disfrutarían los vecinos de otra villa por otro punto colindante:

> Item forus in quo dicitur quod homines locorum circumvicinorum possunt pascere ganata sua de aera ad aeram villa circumvicinae secundum quod termini utriusque villa confrontantur intelligitur recte eundo, non tamen quod ganata unius villae possint ire et pascere in circuitu villae convicinae per totum terminum et econtra. Similiter alii vicini qui sunt in cirucuitu pascere possunt ganata sua secundum affrotantionem sui termini et modo predicto[93].

Ha sido precisamente a propósito de las expresiones de *area ad aream* y de *sole ad solem* a propósito de lo cual la colección oficial de *Observancias* parece haberse limitado a algo más que a reproducir, suprimiendo la argumentación, las *Observancias* de Jaime de Hospital. La aclaración de la expresión *de area ad aream*, destinada a advertir de la imposibilidad de atravesar una villa para apacentar el ganado en una era que fuese colindante por otro extremo con otra villa, procede básicamente, como el lector comprabará enseguida, de las colecciones de *Observancias* más antiguas:

> Item, quod dicitur de Area ad Aream, intellexerunt quidam ut etiam Aream primam possent transcendere villam totam, et ex alia parte villae pascere, quod non est verus, nec usitatur, quia alia pars villae remanet hominibus villae, et villae contiguae ex alia parte: et intelligitur de Area ad Aream, et de Sole ad Solem: nam de nocte non possunt, ut praedicitur, inibi remanere, quin fint dellocatio: immo debent redire sua ganata ad Aream villae vel prope, qualibet die, si volunt iacere nocte sequenti, alias si pernoctarent prope mugam, essent pronta ad pascendum, et destruerent pastus alterius villae, quod esse non debet, attamen non vicini non possunt ligna scindere, nec venare, nec alia servitute uti in termino alterius villae sine voluntate domini, vel hominum vicinorum illius villae[94],

mientras la expresión de *sole ad solem* en Martín Díez de Aux tiene que ver con la exigencia de que quien quiera beneficiarse del derecho de pastos recíproco del que hablan los fueros debe salir de su era a la salida del sol y salir de la villa vecina justamente antes del ocaso:

---

[93] *OJH* 7.10.10; *OMDA* 7 *De pascuis, gregibus et cabannis*, 2.
[94] *OMDA* 6 *De generalibus privilegiis totius Regni Aragonum*, 36.

> Item, quod hic dicitur de area ad aream, et sole ad solem, est intelligendum, quod vicini Villa convicinae, qui volunt huius Fori beneficio uti in teminis alterius ville, debent orto sole exire ab areis suae Villae: vel per tantum tempus, sole orto, stare in terminis suae villae, quanto exeundo ab areis suae Villae starent in suis terminis eundo usque ad bogas terminorum alterius Villae convicinae: et ita quod ante non debent intrare terminos Villae convicinae, et à simili debent exire tali tempore ante solis occassum à terminis Villa convicinae, quod ante dictum occasum solis possint ad areas suae Villae redire. Et si de nocte, vel alias, quam modis, et temporibus supradictis vicini unius Villae cum suis ganatis depascendo reperiantur in terminis alterius Villae convicinae, possunt pignorari, non obstante foro[95].

Abandonado el año y día del que hablaba don Vidal, los plazos de prescripción para las *servitutes in praediis alienis* —prácticamente la única problemática a propósito de la cual estas *servitutes* son nombradas— son los justinianeos: diez años entre presentes y veinte entre ausentes:

> Praescriptio in servitutibus in praediis alienis, ut in riego vel carreria, habet locum inter praesentes per X annos, si possiderit pacifice vidente et sciente petitore; inter absentes per XX anos, Dig. *de servitutibus*, et Inst. *de usucapionibus et longi temporis praescriptionibus*, eodem tit., Cod. *de servitutibus et de aqua* (...)[96],

pero respecto del derecho de pastos, el derecho de cortar leña, el derecho de abrevar y en general respecto de cualquier tipo de aprovechamiento común o *ademprivium*, especie del cual sería el derecho de pastos recíproco que los fueros conceden a los vecinos de las villas colindantes, es efectiva una *longa possessio* pacífica, que suple al título, durante tiempo inmemorial, del que no conste mememoria en contrario:

> Item si homines alicuius villae usi fuerunt scindere ligna in termino alterius villa a longuissimo temproa citra pacifice, acquirunt ius scindendi per illum usum, licet titulum non habeant; quia longa possessio pacifica habetur loco tituli in Aragonia in servitutibus et ademprivis et similibus: de quo dic ut scripsi, tit. *de praescriptionibus*, in VI et VIII observantia[97].

> Item ius lignandi, pascendi et adaquandi potest praescribi sine titulo a tanto tempore citra quod memoria hominum in contrarium non existit, de quo Guidum notatur, XVI q. VII, *si plures*, ad finem, et per Cynum in l. *non quidem*, Cod. *nova vectigalia*[98].

---

[95] *OMDA* 7 *De pascuis, gregibus & cabannis*, 10.

[96] *OJH* 2.7.31. Pasa a la colección oficial de observancias, *OMDA* 2 *De praescriptionibus*, 7,

[97] *OJH* 7.9.4; pasa casi literalmente a 7.10.19; *OMDA* 7 *De aqua pluviali arcenda*, 4.

[98] *OJH* 2.7.33; igual, en *OJH* 7.10.11; *OMDA* 2 *De praescriptionibus*, 9 y 7 *De pascuis, gregibus & cabannis*, 3.

V

Miguel del Molino no tenía mucho que aclarar en tema de servidumbres sobre la base de los fueros y observancias porque para las fechas en que escribe Molino el derecho aragonés sólo había producido una norma sobre la defensa procesal de los titulares de derechos de conducción de agua. El fuero, aprobado en Zaragoza en 1442, ordenaba resolver sumariamente, de plano y sin estrépito ni figura de juicio las cuestiones relativas a la tenencia de azud y acequia en término ajeno o a la servidumbre de tomar agua en fundo ajeno y regar las heredades propias[99]. Pero los fueros no habían regulado la *servitus aquaeductum* y sobre la construcción de azudes sólo tardíamente se habían pronunciado las *Observancias* a favor de la reconstrucción de aquellos de los que, desde antiguo, constase su inicial construcción, presumiendo, por tanto la existencia de un derecho sobre el que se sustentase dicha facultad. Del Molino pone en conexión la disciplina de las *Observancias* sobre el tema con el fuero de 1442, aunque, por los datos que aporta, parece que la costumbre de proceder sumariamente en todo lo relacionado con dicha disciplina es anterior al fuero recopilado:

> Açutum olim constructum nunc vero destructum an possit de novo construi, vide in obser. prima ti. De finium regundorum (…) et vide quattuor vel

[99] *FA* Savall-Penen I, p. 105: "Item statuimus de la voluntad de la cort: que toda hora, é quando será contencion entre partes sobre dreyto, uso, o servitud de tener açut, ó cequia en termino de otri, o sobre dreito, uso, ó servitud de tomar aqua é regar sus heredades con ella: o sobre possession, o quasi de los ditos dreyto, uso, é servitud: o sobre los dreitos é cosas dependientes, é emergentes de aquellas, é á aquellas connexas, que se procida breument, sumaria, é de plano, sin strepitu e figura de iudicio, attendida solament la verdad del feyto: el qual processo, sentencia, é execucion de aquella no puedan ser empachados por appellacion, Firma de dreto de desaforamientos feytos, ó fazederos, ó por inhibicion, que en virtud de aquellos emanará. Antes no obstantes aquellas, se pueda proceir en las ditas causas entre á sentencia diffinitiva, é execucion de aquella inclusivament. E apres aquella executada, las ditas appellaciones, e Firmas de dreito se puedan proseguir en la forma por Fuero statuida. E los processos de las appellaciones ó sentencias, é esecuciones de aquellas, no puedan seyer empachadas por Firmas de dreito de desaforamientos feytos, o fazederos, ni por inhibiciones en virtud de las ditas Firmas o appellaciones emanadas, ó emanaderas: antes no obstantes aquellas las sentencias, que en las causas de las appelllaciones seran dadas, se puedan executar, salvo dreito de retratacion. E despues las ditas appellaciones é Firmas de dreito se puedan proseguir, tanto quanto de Fuero fazerse pueda. E no resmenos statuimos, que la part que sucumbira en la causa de la appellacion sia tenida satisfer á la otra los daños é interesses que haurá havido é sostenido en virtud de la primera sentencia que sera dada. Empero si alguno dentro del termino de su logar querra edificar molino alguno, é edifcar ó construir açut, en el rio que por su termino discorre, por prender agua, ó aquella llevar al dito molino, é de aquesto question, ó letigio insurgiese, que en este caso sia observada la disposicion de los fueros antiguos: é quanto á las ditas questiones, ó letigios, no sia servada la disposicion del present Fuero. E queremos, que el present Fuero dure entro á las primeras Cortes inclusive".

quinque observ. de ista materia in ti. de aqua pluviali arcenda (…) et ibi an açutum possit aedificari in termino alieno.

Açutum construendi seu tenendi ius in termino alieno si aquilis praetendit habere, vide in foro uno. ti. de servitutibus (…)

Açutum destructum reaedificatur secundum foristas antiquos: sub hac practica: quia offertur propositio et non petitio: et petitur ut officialis vadat et oculis subiiciat açutum et relationem faciat. Et tunc iustitia si constat destructione mandat iterum construi açutum per locum ubi solebat vel per alium locum, si per locum ubi solebat commode ire non potest: et dominus termini compellitur consentire in suo termino aperiatur cequia satisfacto sibi de precio. Et in praedictis proceditur sumarie et non ordinaria: sic fuit olim consultum et determinatum in causa de Xarque domini Lupi Ximini (…): et in processu domini Blassii Fernandi de Heredia contra dominum Beltrandum Cosco anno 1433[100].

La consulta de la voz *servitus* en el *Repertorium* es altamente ilustrativa de las afirmaciones que vengo haciendo: dirigida fundamentalmente a poner al lector en conexión con sedes ya conocidas de las *Observancias*, y sin aportar nada que no conozcamos ya, la voz contiene, sin embargo, una reflexión interesante en relación a la distinción entre *servitutes* y otros derechos que los autores más modernos, prendados de la terminología de la Codificación, han logrado atraer a la materia de *servitutes*, aunque históricamente no lo fuesen. Las servidumbres, ya lo sabemos, cuando no se constituyen por prescripción, se constituyen siempre como consecuencia del acuerdo entre los propietarios de dos fundos —la avenencia, el paramiento o establimento de los que hablaba don Vidal. Las servidumbres, las verdaderas servidumbres, son siempre voluntarias. Esta afirmación, dice Molino, encuentra una *fallentia* en el caso de las que él llama ahora —es la primera vez, salvo error por mi parte, que aparece dicha denominación— *servitutes forales*, una de cuyas especies sería el derecho de pacer en los términos convecinos de sol a sol y de era a era, en las que no se requiere la *voluntas domini illius loci*:

Servitute aliqua non potest quis uti in termino alicuius loci sine voluntate domini illius loci, vel hominum ipsius loci. Fallit in illis servitutibus fora-

---

[100] Del Molino, *Repertorum fororum , et observantiarum Regni Aragonum, unà pluribus cum determinationibus consilii iustitiae Aragonum practicis atque cautelis eisdem fideliter annexis (...) In hac quoque tertia editione huius Repertorii fuerunt aliae moderniores fororum et eiusdem autoris apostillae ad marginem additae quae alphabetico signo demonstrantur* (...) Caesaraugustae, Ex Oficina Dominici à Portonariis, S.C.R. M. Regni Aragoniae Typographi, 1585, *s. v. Açutum*.

En la primera edición, de 1513, la voz *açutum* no está elencada en la *Tabula huius operis*, aunque aparece desarrollada después en el lugar correspondiete (f. 7v).

libus, prout est pascere in terminis loci convicini de sole ad solem, et de area ad area. Vide latius in obs. item quod dicitur, tit. de gener. privile. to. reg. fol. 30 et supra verbo ganatum[101].

Lo que Don Vidal llamaba, con razón, uso recíproco de pastos no era, por lo tanto, una servidumbre. Era una facultad concedida por los fueros a todos los vecinos de las villas colindantes para cuyo ejercicio no se requiere autorización alguna; el derecho existe, concedido por los fueros, por lo que no necesita previa constitución y su ejercicio sólo depende del hecho de reunir los requisitos necesarios exigidos para ello. De aquí que cuando Del Molino vuelve a referirse en otra sede a dicho derecho ni siquiera trata de encuadrarlo dentro de la categoría de las servidumbres forales —legales o forzosas, diríamos hoy—; al derecho de los vecinos a pacer sus ganados en los términos de las villas colindantes se le llamaba, dice Molino, *pascua foralia*:

Et est notandum, quod in omnibus villis habentibus terminos contiguos, potest quis cum suis ganatis grossis, aut minutis pascere de area ad aream. Excepto boalare, sine vetato. Et ista dicunt pascua foralia, et non solum habent locum in locis regalibus, sed etiam in omnibus aliis[102].

Del Molino, por otra parte, se había limitado a recoger la disciplina de aquella *Observancia* según la cual cualquiera podía abrir en pared común ventanas a los fectos de luces y vistas, aunque después el vecino pudiese cerrarlas si llegase a elevar una construcción que las obscureciese[103]. Ha sido Portolés, al hilo de sus *adnotationes* al *Repertorium*, quien ha comenzado a llamar la atención en torno a las diferencias existentes entre la facultad de abrir ventanas tal y como la recoge la observancia y la facultad de abrir ventanas para luces y vistas si dicha facultad hubiese que contemplarla desde la perpectiva de las servidumbres, porque aunque según el derecho aragonés tales ventanas puedan abrirse *invito vicino*, de *iure communi* no pueden abrirse ventanas en pared común sin el acuerdo y consentimiento del *dominus vicinus*:

Molinus hoc loco tradit, quod in pariete communi potest quis pro libito voluntatis fiere facere fenestras, non solum ad lucem, sed etiam ad prospectum, ita quod a domo vicina, altera domus vicina, perforato pariete communi, lumen suscipere potest, nec huiusmodi fenestrae apertio prohiberei valet (…) Sed contrarium, quod imo has fenestras super domum, vel hortum vici-

[101] MOLINO, *Repertorium*, s. v. *servitus*.
[102] MOLINO, *Repertorium*, s. v. *Ganatum*.
[103] DEL MOLINO, *Repertorium*, s. v. *aedificium*, i. f.

> ni eminentes, aperire non liceat, si dominus horti reclamet, in terminis iuris ut verius probavit (…) C. de servit. Et aqua (…) Quae sententia in terminis iuris verior est, ut patet l. pen. ff. De servi. Urba. Praed. Et aliis iuribus quod DD. Supra proxime citati adducunt: ex quibus patet, hanc Molini nostri sententiam, et dispositionem observ. Item observatur. De aqua pluviali arcen. Folio 25. quam citat, iuri repugnare, siquidem de iure communis, vicinus non potest fenestram in muro communi facere, nec ex solo alieno lumen invito domino soli suscipere, etiam si domum lumen, aliundo suspere non possint (…) Undde apperte constat, praefatam observantiam, dum statuit, fenestram factam in muro communi, eminentem supra domum vicinam, claudi non posse, si domus fenestrae aliunde lumen suscipere nequit, iuri adversari. Nam attento iure communi, etiam ubi domus praedicta absque luminibus obscurata remaneret, praedicta fenestra invito domino vicinae domus fieri non posset (…)[104].

Que la facultad de abrir ventanas a la que se refiere la Observancia se contemplase desde la perspectiva de las servidumbres[105], tendría, además sus consecuencias en materia de prescripción; es cierto, de acuerdo con el derecho autóctono, que dichas ventanas podrían cerrarse si el vecino sobreeleva una edificación que las obscureciese; de *iure communi*, sin embargo, cabría ir más lejos aún, porque si no existe una servidumbre, si no se ha adquirido por prescripción la correspondiente facultad, sería indiferente que dichas ventanas hubiesen permanecido abiertas durante largo tiempo, porque en cualquier momento podrían ser cerradas:

> Et dum illa observantia statuit, fenestram in muro communi supra domum vicini factam, claudi posse, si dominus vicini soli aedificium construxerit, quod supra fenestram emineat, dicendum est iuri communi consentaneum esse, siquidem de iure communi, etiam si huiusmodi fenestra per triginta, ven centum annos in muro communi aperta extiterit, nihilhominus si

---

[103] Del Molino, *Repertorium*, s. v. *aedificium*, i. f.

[104] Hyeronymus Portoles, *Scholia sive adnotationes ad repertorium Michaelis Molini, super foris et observantiaiis Regni Aragonum*, Caesaraugustae, Ex officina Laurentii et Didaci Robles fratrum, 1587, s. v. aedificium, 589-590.

[105] Nunca se contempló así por los autores; en 1589 había salido a la luz la obra de Monsoriu y, de acuerdo con la traducción que hace de la *Observancia* que nos ocupa, el fundamento de que el vecino no pueda cerrar las ventanas sin dejar totalmente sin luces al otro, no es la existencia de lo que podría ser una *servitus ne luminibus officiatur*, sino sino simplemente la equidad: "En pared comun se puden hazer ventanas para luz y miraderas, y el otro vezino subiendo su casa las puede cerrar, si tien por donde dar lumbre, alis no: porque no es equidad que por subir el otro su casa, quede inutil a este la que tiene sin lumbre": Bernardino de Monsoriu, *Summa de todos los fueros y observancias del Reyno de Aragon y Determinaciones de micer Miguel del Molino. Agora nuevamente recopilados y traduzidos Latin en Romance, y añadidos por Bernardino de Monsoriu alias Calvo, notario causidico, natural de la villa de Mora del Reyno de Aragon*, Çaragoça, en casa de Pedro Puig y de la viuda de Ioan Escarilla, 1589, 351.

postea dominus soli aedificium altius tollat, eam fenetras, etiam è longisimo tempore constructam, claudere poterit[106].

Ha sido también Portolés quien ha llamado la atención sobre las diferencias existentes entre el *ius pascendi* correspondiente a una *servitus* de igual nombre y el *ius pascendi* derivado de la alera foral, lo que no era, en la propia calificación de Portolés, sino *pastus communis villis et locis convicinis*. Así que, en primer lugar, debe advertirse que aunque *de iure*, el titular del predio sirviente no puede realizar cesión alguna del derecho de pastos en perjuicio de los titulares ya existentes de dicho derecho, otra cosa courre según el derecho aragonés, según el cual cualquiera puede realizar cesiones de su derecho que puedan disminuir el derecho de pastos derivado de la alera foral, ya que tal cesión, en el derecho aragonés, no se considera daño:

> Sed antequam hic recedam, à proposito alienum no erit, pro maiori huius iuris despacendi alerae foralis, et pastus communis villis, et locis convicinis quo in hoc Regno utimur, declaratione, aliqua hoc loco praenotare. Quare sciendum est, quod licet in terminis iuris, ubi quis in termino vel agro alieno ius depascendi ex praescriptione habet, dominus praedii servientis, simile ius depascendi alteri concedere nequeat, qui in damnum resultaret illius, qui prius ius despascendi praescripsit, qui per talem concessionem ius depascendi per concursum sibi diminueretur, et ideo alteri concedi non debet (...) Tamen quod in hoc Regno, quilibet Locus potest ius depascendi in suo termino cuilibet concedere, etiam si inde vicinis alterius loci convicini, ius depascendi alerae foralis habentibus minuatur, et damnum resultet, quia id damnum in hoc Regno considerabile non est: ut patet ex obs. Item si aliquae oves herbaiuntur, tit. de pascuis[107].

De la misma forma y en estrictos términos *de iure*, el titular del predio sirviente no puede en su fundo realizar cultivos que perjudiquen el ejercicio de la prístina *servitus pascendi* existente, lo que no ocurre a propósito del derecho de pastos derivado de la alera foral, que puede ser impedido según el derecho de argonés, si los vecinos de la villa vecina reducen a cultivo los campos destinados a pastos:

> Praeterea sciendum est, quod licet in terminis iuris, quando quis habet servitutem iuris depascendi in termino alieno, domini ipsius termini nequeant in praeiudicium pristinae servitutis, praedia servientia ad culturam redigere, taliter

---

[106] PORTOLES, *Scholia*, s. v. *aedificium*, 590.

[107] Hyeronimus PORTOLES, *Tertia Pars Scholiorum sive adnotationum ad repertorium Michaelis Molini, super foris et boservantiis Regni Aragonum*, Caesaraugustae, per Laurentium de Robles Regnum Aragonum, et Universitatis Typographum, 1590, s.v. *Ganatum*, 11.

> quod ius illud depascendi impediri poosit (...) Tamen quod in hoc Regno ius depascendi ratione alerae forlis impediri potest, si vicini omnes agros ad culturam reducant, ut ita sentit obs. si vicini pascant ganata, tit. de pascuis[108].

En fin, aunque *in terminis iuris*, el titular de un *ius pascendi* podría verse privado de su derecho si los pastos del fundo sirviente fueran a todas luces insuficientes para cubrir las necesidades de ambos propietarios, el derecho de pastos derivado de la alera no puede impedirse bajo el pretexto de la insuficiencia de pastos, aunque la afirmación es lo suficientemente dudosa como para no haber merecido una reflexión madura:

> Ultimo sciendum est, quod licet in terminis iuris, ubi quis ius depascendi in alieno termino habet, eo iure uti nequeat, si pastus domino ipsius termini non sufficit, quoniam iustius est, dominum praedii servientis hoc casu praeferri (...) Tamen quod in hoc Regno uti aliqui putant, ius hoc depascendi virtute alerae foralis impediri nequit, sub praetextu quod dominis praediorum servientium pastus deficit, idque asserunt in Curia Iustitiae Aragonum, ita decisum antiquitus fuisse, super qua tamen re, quia dubio non caret, maturius deliberandum erit[109].

Y ha sido también Portolés quien ha llamado la atención de la repugnacia, desde la perspectiva del *ius —commune—*, de la facultad de reconstruir azud en lugar distinto al que antiguamente estaba, sin consentimiento del señor del terreno:

> Mol. Hoc loco asserit quod si ab antiquo açutum in termino alieno habet, et illud destruatur, taliter quod commode in eadem loco iterum construi nequet, poterit illud in alio loco commodiori eiusdem termini iterum construere etsi dominus illius termini contradicat, et clamet, quae sententia sumpta fuit ex obs. Fi. de aqua plu. Arcen. (…) quam Mol. non citat et idem asserunt Ferrer, et Petrus Mol. in locis supram proximi relatis. Sed haec sententia iuri respugnat, quia clusa, aut septa semel aedificata si diruta fuerint, nequeunt in alio loco contra voluntate domini territori aedificari (...)[110].

Casi coincidiendo con las fechas de la aparición de la última parte de la obra de Portolés, Bardaji da a la imprenta sus *Commentarii*. El fuero único del título *De aqua pluviali arcenda* recibe aquí la siguiente lectura:

---

[108] PORTOLES, *Tertia Pars Scholiorum*, s. v. *Ganatum*, 6.
[109] PORTOLES, *Tertia Pars Scholiorum*, s. v. *Ganatum*, 6.
[110] PORTOLES, *Scholia*, s. v. *Açutum*.
Creo que Portolés peca aquí de hipercriticismo respecto de su modelo. Del Molino si conocía y había citado la Observancia a la que se refiere Portolés, aunque lo había hecho en bloque: "vide quattuor vel quinque obser. de ista materia in ti.t de aqua pluviali arcenda", había dicho.

> Iste Forus disponit quod quilibet in domo sua debet dare exitum a quae pluviali, ne sibi aut vicinis noceat, et hoc meliori modo quo possit, et dictam aquam immitere in via publica vel subterraneo illius, quam mundare tenetur, quatenus est sua fronteria[111],

lo que implicaba, según cuenta el mismo Bardaji al hilo de su experiencia como lugarteniente del Justicia, que cualquiera estaba obligado no sólo dar salida a las propias aguas pluviales sin daño para el vecino, sino también a recibir las aguas del vecino y darles salida, limpiando, purgando y mondando a su costa los canales y los depósitos, hasta los desagües públicos, al entenderse que tales desagües pertenecen por mitad a las fincas con las que tocan:

> Per istum forum fuit à me provissum in quodam oculari inspectione, ad quam faciendam profectus fui Iaccam civitatem me existente Locumtenente Iustitiae Aragonum in quadam causa inter Petrum Palacio et Petrum Iniguez, quia dictus Petrus Palacio fecerat in domo sua prope parietem domus Petri Iñiguez quendam puteolum ad recolligendam aquam pluvialem, et aqua dicti putei transbinabat in stabulum Petri Iñíguez et magnopere damnificabat dictam domum: et qui erat contentio, quod aqua in stabulum non proveniebat ex puteum, feci aperire prope parietem Petri Iñiguez et oculariter constitit, qualiter aqua dicti putei intrabat domum alterius, et sic praecepi dictus puteus impleretur, humo, et aquae pluviali daretur aditus ad vicinum quendam iuxta posicionem huius fori, et fuit factum (...) Tenetur igitur quis aditum dare aquae pluviali suis sumptibus, ne sibi et vicinis noceat, et meatum publicum quatenus tangit fronteriam domus suae, purgare etiam suis sumptibus. Ratio est, qui reputatur sua pro dimidia, quae suam partem tantig[112].

Pues bien: inmediatamente después viene aclarar que algo bien diferente ocurriría si, en lugar de tratarse de una obligación impuesta por los Fueros, hubiese constituida una servidumbre en virtud de la cual alguien pudiese desaguar a través del fundo de otro, porque en tal caso sería el titular del fundo sirviente quien podría compeler al titular del fundo dominante a realizar las obras de limpieza necesarias para mantener los depósitos y canales en perfecto estado:

> Aliud esset, si iure servitutis ego habere foveam vel puteum in domo tua, ne aqua pluviali noceat rei meae, quia si contingeret puteu illum repleri, taliter quod ex illa repletione damnum resultaret domi tuae, quia isto casu tu

---

[111] Ibando de BARDAXI, *Commentarii in quatuor aragonensium fororum libros*, Caesaraugustae, Apud Laurentium Robles Regni Aragonum et Universitatis Typographum, 1592, 331r.

[112] BARDAXI, *Commentarii*, 331r.

posses compellere me ad purgandum putueum illum, nisi tu consuevisses illum purgare[113].

Y la posibilidad, en último término, del ejercicio de facultades (como conducir el agua pluvial por el fundo ajeno, a través de meatos subterráneos, para darle salida) que de otro modo requerirían la previa constitución de una servidumbre con tal contenido, la justifica Bardají con base en aquella especia de *ius usus inocui* antes citado y consagrado por las *Observancias*:

> Notatur ex hoc foro id, quod dicitur in observancia. I. isto titul. quod quolibet potests facere voluntatem suam per possessionem alienam, dummodo fiat sine damno illius (...) ex elicitur ex hoc foro, ex eo quod subterraneos fundi alterius teneor ducere meatum, usque sit in subterraneo publico, in quo receptantur aquae pluviales. Itaque licet id facere in fundo alieno, dummodo fiat sine illius incommodo. De isto foro meminit Molin. in verbo aqua et de materia in obser. isto titulum et ff. eo et C. de servi. et aqua[114].

El *promiscuo usus terminorum* de Vidal de Canellas y los *pascua de foralia* de Del Molino o los pastos comunes de Portolés se convierten, en referencia a la alera foral del fuero segundo del título *De pascuis gregibus et capannis*, en *mutuum ius depascendi*, una facultad legal, derivada del fuero, que da derecho a los vecinos de las villas colindantes sin consideración alguna al hecho de que los términos de una de las villas sean sean mayores o menores que los de la villa colindante, a llevar el ganado a pastar a dichos términos:

> Ic forus introducit mutuum ius depascendi inter vicinos locorum, quod uni in terminis aliorum possint depascere de area ad aream sine consideratione, si termini unius loci sint maiores, quam alterius loci, et de boalari vicini promiscui utatur uniformiter[115],

aunque es precisamente el hecho de que no estemos ante una servidumbre constituida *ex pacto*, esto es, voluntaria, sino ante un facultad *ex legis provisione seu usu antiquissimo*, cuyo ejercicio, además, no tiene asignado, si hubiese que utilizar la terminología propia de las *servitutes*, un *locus servitutis*, al tratarse de un uso promiscuo, lo que plantea las dudas en torno a si los vecinos de una de las villas pueden impedir el ingreso de ganado vecino cuando deciden *reducere ad culturam* sus campos:

---

[113] BARDAXI, *Commentarii*, 331r.
[114] BARDAXI, *Commentarii*, 331v.
[115] BARDAXI, *Commentarii*, 336r.

> Aliquando termini non sunt distincti in aliquo, et tunc una universitas sine consensu alterius novillare, seu scaliare et ad culturam reducere. Haec ibi versi. 3.principaliter. Si vero sunt distincti, sed quoad pascua sunt communes aut illus ius depascendi est in certis montibus, et competit ex pacto, tunc in praeiudicium servitutis non potest aliqui statui (...) Et in dubio, ut ibi aserit (...) quando usus servitutis est in certa defesa, intelligitur non posse illam seu partem illam ad culturam reduci (...) Tamen quando usus servituis non est in certo loco, sed promiscue in terminis vicinorum, et hoc ex legis provisione seu usu antiquisimo servari debet secundum quod hactenus observatum sit, et propterea haec area foralis non impedit scalia, nisi prout disponit obs. scilicet ne impediatur ingressus pascendum, non tamen quod vicini intr suos terminos non possint novellare[116].

Algunas de las afirmaciones hechas por Del Molino primero y por Portolés después al hilo de la aclaración de los *Fueros* las volvemos a encontrar más tarde en la lectura que Lissa y Guevara realiza de los mismos siguiendo el esquema de las Institutiones de Justiniano. Resultaba así, en primer lugar, que frente a las formas de constitución contempladas por aquéllas, todas ellas, en cualquier caso, expresivas del hecho ya repetido de que las servidumbres romanas eran todas voluntarias, el derecho aragonés conocía derechos cuyo contenido coincidía con el de alguna servidumbre, pero derechos que tenían su origen no en la voluntad de las partes, sino el la ley misma. Eran servidumbres que *à foro patitur* o, lo que es lo mismo, servidumbres forzosas que se imponían a los titulares de los fundos en determinados casos. Esto es lo que ocurría específicamente con el paso que necesariamente se veían obligados a prestar los propietarios vecinos de quien no tiene acceso a la vía pública para sacar los frutos del fundo —el fuero de 1247 *Item si aliquis*, ya citado— y con el derecho de paso anexo al derecho de pastos derivado de la alera foral al que en primer lugar se refirió Don Vidal y que después recogieron Del Molino y Portolés:

> (...) hanc servitutem viae á Foro patitur, qui Satis seu plantatis vineae aut horto vicino exitum sic clauderet, ut dominus eius uvas et palmites extrahere non possit, nam tunc si viam habere debet per locum illum, per quem citius exiret ad viam pulicam, et antea uvas, et palmites ad domum suam ducere consueverat; nisi liber ei exitus iam esset, per rivi, sive aquaeductus liment, quod propè viam publicam sit, ut expresse statuitur in *For. fin. de Consortibus eius. rei.* et hinc etiam gregi vicinorum iter expeditum causa despascendi ratione alerae Foralis conceditur, ita ut nec illus ob culturam agrorum sive plantationem vinearum á convicinis factam impedire

[116] BARDAXI, *Commentarii*, 336v-337r.

valeant, ut post utrumque Molinum, probat Porteles (*sic*), v. *Ganatum*, à num. 16[117].

Resultaba también, en segundo lugar, que la disciplina de la *servitus ne luminibus officiatur* se veía alterada en el derecho aragonés por aquella observancia que reconocía la facultad de abrir ventanas para la luces y vistas en pared común, acompañada de la facultad de taparlas por parte del vecino siempre que la casa siguiese recibiendo luz por otra parte:

> In nostro Regno cuiquam permititur in pariete communi fenestras extruere non solum ad lucem, sed etiam ad prospectum; quamvis vicinus si aedificium construxit supereminens fenestras claudere eas non prohibeatur, modo vicina domus aliunde lumen habere possit; alias vel per ipsas fenestras, vel per alium locum vicinus lumen competens arbitrio Iudicis domui praefatae dare aut immitere tenetur; ne in totum luminibus obscurata inutilis ipsi domino reddatur, ut traditur in Observ. 6 de aqua plub. arc.[118].

Y resultaba, en fin, y aquí no hacía sino seguir las reflexiones de Portolés que ya conocemos, que la *servitus pascendi* de la que hablaban las *Institutiones* de Justiniano difería notablemente de la *facultas pascendi quam aleram foralem vocamus*, independientemente de que una servidumbre de leña o de pastos o cualquier otra similar pudiesen ser consideradas serviumbres reales o prediales aunque estuviesen constituídas a favor o en contra de una *universitas*, ya que una ciudad podría ser considerada como una *res* que por razón del lugar o debe o disfruta de una servidumbre:

> (...) Sed circa servitutem pascendi esciendum est, maxime differre à facultate pascendi, quam aleram foralem vocamus, et vicini habent in termino convicino, ut supra iam tulimus; nam in praeiudicium servitutis constitutae pascendi nequit dominus praedii servientis ius depascendi alteri concedere, aut praedium serviens ad culturam redigere; secus in praeiudicum alerae Foralis, es Obs. intem si aliquae, et Obs. si vicni de Pascuis, iunto Portoles, v. Ganatum, num 11 (...) Rursus advertendum est servitutes lignandi, et pascendi atque alias similes, reales esse sive praediales, licet Universitatibus imponantur constituanturvé, quiquid sentiat Casanate (...) Nam oppida considerantur, ut res, quae ratione ipsius loci, sive territorii servitutem debent, aut eis debetur (...)[119].

---

[117] Aegidio Custodio de LISSA ET GUEVARA, *Tyrocinium iurisprudentiae forensis, seu animadversiones theorico-Practicae iuxta Foros Aragonum, in IV. Libros Institutionum Iuris Imperatoris Justiniani. Nova editio: cum aliquibus Annotationibus tamipsius Aucthoris, quam aliorum Iurisconsultorum adiectis, et iuxta Ordinem Titulorum, et paragraphorum ad calam Operis appositis*, Caesar-Augustae, Ex Praelo Medari de Heras, 1788, 125-126.

[118] LISSA, *Tyrocinium*, 127.

[119] LISSA, *Tyrocinium*, 129-130.

Ninguna novedad relevante incorporan las notas de Franco de Villalba a los fueros y observancias recogidos en su *methodica compilatio*. Tan sólo debe destacarse la aparición de una nueva terminología en relación con la facultad comprendida en la llamada *alera foral*. Ésta viene ahora, por primera vez, calificada de *servidumbre recíproca*:

> Hic forus declaratur duabus Observant. sub tit. *de Privileg. Gener.* nempe una incipiente *Potest in Arag.* Et alia: *Item*, *quod dicitur*, quaequidem ambae explicant, quod intelligi debeat pro jure vel Servitute ista reciproca Locorum de *Area ad Aream*, et etiam vide Observ. 2 et fin. *tit. de pasc.* (...)[120],

pero, cuando ya en el siglo XIX, Franco y López y Guillén y Carabantes, escriben sus instituciones, distinguen, de un lado, las servidumbres reales (y personales, esto es, el usufructo) y de otro, los *pastos forales*, que ya no vienen calificados como servidumbres. Efectivamente: entre las servidumbres reales, colocadas en el título 6º del Libro Segundo, vienen recogidas, a través de una relectura de las observancias y a veces de la opinión de los juristas lo que, según hemos venido viendo, no eran sino servidumbres forzosas establecidas por el fuero que obligaban a los propietarios de los fundos a tolerar determinadas inmisiones, lo que justifica la advertencia del art. 266:

> Además de las servidumbres de que hablan los artículos anteriores, que son las establecidas por el Fuero, pueden constituirse otras por convención de dos ó mas personas (...)[121],

mientras pasa al título 7º del mismo Libro Segundo el derecho de *Pastos Forales*, la *alera foral*[122].

VI

El Barón de Mora fue años más tarde encargado de realizar, en cumplimiento del Decreto de 2 de Febrero de 1880, la correspondiente Memoria sobre las instituciones de derecho civil aragonés. En ella, fechada el 31 de Diciembre del mismo año, Franco y López atribuía al espíritu de fraternidad

---

[120] Didaco FRANCO DE VILLALBA, *Fororum*, *atque observantiarum Aragoniae codex*, *sive ennodata methodica compilatio jure civili*, *ac canonico fulcita*, *legibus castellae conciliata*, *et omnigena eruditione contexta*, Caesaraugustae, apud Petrum Ximenez, 1727.

[121] Luis FRANCO Y LÓPEZ-Felipe GUILLÉN Y CARABANTES, *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, Zaragoza, Imprenta de M. Peiro, 1841, 125.

[122] FRANCO Y LÓPEZ-GUILLÉN Y CARABANTES, *Instituciones*, arts. 274-285, 127-131.

de los aragoneses la existencia unas instituciones como de las que nos hemos venido ocupando, cuyo desenvolvimiento se producía, evidentemente, en clara oposición al "respeto que el derecho de propiedad merece". Así lo justificaba respecto de la *alera foral* y respecto de la facultad de servirse, sin daño para su propietario, de la posesión ajena, consagrada en los textos que ya conocemos:

> (...) Y para patentizar hasta qué punto llegó en las instituciones y costumbres aragonesas el espíritu de fraternidad, no es necesario más que citar una importantísima institución que no se halla derogada. Entre los pueblos, como entre los individuos, no está ni es dable que esté distribuida la riqueza con una absoluta igualdad; y por lo tanto al lado de poblaciones cuyo término jurisdiccional alcanza una considerable extensión y muy superior á las necesidades de sus vecinos, se encuentran otras que no tienen bastante con el suyo para el mantenimiento de sus ganados. Para remediar en cuanto fuese buena y equitativamente posible esta desigualdad, se halla concedido el derecho que se denomina *Alera foral*, que consiste en la facultad que tienen los vecinos de cada pueblo de introducir sus ganados á pastar en los términos inmediatos, aunque solamente en la porción de ellos que está en la parte por que confronta con los suyos (...) Y puede además presentarse como otro de los comprobantes del espíritu de fraternidad que presidía en los actos de nuestros mayores, y que domina en nuestra legislación, la disposición contenida en la Observancia primera, De aque pluv. arc., según la cual puede cualquiera hacer lo que le parezca en posesión ajena, siempre que no cause perjuicio á su dueño[123],

y así lo justificaba respecto respecto de la facultad de abrir ventanas en pared común o medianera:

> Pocas modificaciones creo sean necesarias en las únicas *servidumbres legales*[124] que deben conservarse. La de mayor importancia es la que propongo en el art. 44 relativa á la más frecuente de las urbanas. Dirigidos los aragoneses por un sentimiento de fraternidad llevado al más alto grado, y queriendo observar religiosamente las consecuencias del principio de equidad "Quod tibi non nocet et alteri prodest, ad id es obligatus", no limitaron,

---

[123] Luis Franco y López, *Memoria sobre las instituciones que deben quedar subsistentes del Derecho Civil aragonés y reformas y adiciones que en ellas es conveniente establecer, con arreglo á lo dispuesto en el Real Derecro de 2 de Febrero de 1880*, Zaragoza, Impresa de orden de la Excma. Diputación provincial de Zaragoza, 1886, 29-30, que ahora puede consultarse en el volumen II de Jesús Delgado Echevarría (estudio preliminar), *Los proyectos de Apéndice del Derecho Civil de Aragón (1880-1925)* I-II, Zaragoza, Institución "Fernando el Católico" (CSIC)-Excma. Diputación de Zaragoza, 2005-2006.

[124] La cursiva es nuestra.

> como en otros países, la facultad del condueño de una pared común á abrir en ella ventanillos de pequeñísimas dimensiones por los que únicamente pudiera recibirse una escasa luz, sino que concedieron el que los pudiese abrir de la extensión que tuviera por conveniente, y no sólo para luces, sino para vistas; toda vez que ningún perjuicio podría seguirse de ello al dueño del terreno contiguo, mientras en uso de su derecho no edificase en él (...)[125].

En cualquier caso, era una fraternidad que, si nacida de las necesidades derivadas del urbanismo medieval o de la disposición espacial de los fundos en el medio campesino de igual momento, había, a finales del siglo XIX, que imponer por ley y de forma forzosa, porque Franco y López, en su texto articulado sobre *Instituciones del Derecho civil vigente en Aragón que deben quedar subsistentes, con las reformas y adiciones que en ellas es conveniente establecer*, dispuso un título segundo, *De las servidumbres legales*, dentro del libro segundo de dicho articulado, en el que dio cobijo a la facultad de abrir ventanas en pared común o medianera y en pared propia (*de exclusiva pertenencia*) tanto para luces como para vistas —introduciendo así una novedad que se separaba de contenido de la Observancia 6ª *De aqua pluviali arcenda*, que sólo hablaba de pared común—, al derecho de paso de los propietarios de fincas rodeadas o enclavadas para exigir salida a camino público y al derecho de reconstrucción de azud anteriormente arruinado, para extraer agua de una *corriente pública*, aunque por o desde fundo ajeno. Esta *fraternidad* hubo que compensarla, bien imponiendo límites a la libertad de abrir ventanas si éstas venían a suponer quedar totalmente expuesto a la mirada del vecino, bien imponiendo el deber de indemnización al propietario que hubiese de soportar, obligatoriamente, el paso por su predio para los casos de fincas enclavadas, o la reconstrucción del azud, para los casos en que éste no se pudiese volver a levantar en el lugar en que antiguamente estaba. Por otra parte, y dado que el derecho de abrir ventanas para luces y vistas no tenía como fundamento una servidumbre que tuviese ese contenido, resultaba que el titular del predio que, de haberla, fungiría como sirviente, tiene en cualquier momento la facultad de cerrarlas y la facultad de oponerse a ser visto por ellas si su propiedad es huerto, jardín o almacén. Silencio, por tanto, en torno a la disciplina del antiguo fuero único del título *De aqua pluviali arcenda* y silencio, también, en torno a la alera foral[126].

---

[125] FRANCO Y LÓPEZ, *Memoria*, 114-115.

[126] FRANCO Y LÓPEZ, *Memoria*, Articulado, art. 44: "El propietario de un edificio puede abrir, lo mismo en pared común ó medianera que en la de su exclusiva pertenencia que se halle contigua á predio ajeno, las ventanas de las dimensiones que tenga por conveniente, tanto para luces como para vistas, pero debe colocar en ellas rejas de hierro y red de alamabre, cuyas mallas no han de tener más de dos centimentros de longitud. Empero el dueño del predio contiguo podrá en cualquier tiempo edificar en él, cerrando las tales ventanas; y aun sin edificar tendrá derecho á opo-

Casi dos meses antes de que Franco y López terminase su *Memoria* habían comenzado las reuniones del *Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*. Éste, en sesión de marzo de 1881 —la Memoria de Franco y López lleva fecha de 31 de diciembre de 1880, como se ha dicho—, a la pregunta *¿Deben conservarse algunas de las servidumbres especiales del derecho aragonés, o aceptarse las del castellano? En el primer caso, ¿cuáles conviene conservar y con qué modificaciones?* había respondido a través de las dos siguientes conclusiones:

> 1ª Deben conservarse las servidumbres especiales de nuestro derecho foral consignadas en los fueros 3º de consortibus ejusdem rei y único de aqua pluviali arcenda, así como la establecida en la observancia 6ª del mismo título, o sean las servidumbres de paso y luces y la obligación del dueño de un predio urbano de dar salida a las aguas de su tejado sin perjudicar al vecino, y suprimirse todas las demás.
>
> 2ª En la servidumbre de paso debe adicionarse a lo dispuesto por el fuero lo siguiente: El punto donde el camino o salida ha de establecerse, será aquel menos perjudicial al predio sirviente, combinando a ser posible este principio con el de mayor proximidad a la vía pública, salvo el caso previsto en nuestros fueros, o sea cuando con anterioridad existía otro punto por donde el paso se verificaba, que entonces habrá que respetar ese precedente[127].

Si dejamos al margen la horrenda redacción de las segunda de las conclusiones (*salvo el caso previsto en nuestros fueros... que entonces habrá que*

---

nerse á que por ellas puede verse su propiedad, si la destinase á huerto ó jardín, ó á tener almacenados ó conservados en ellas efectos de cualquier especie"; art. 45: Art. 45: "El propietario de una heredad que por estar rodeado de otras de ajena pertenencia no tuviese salida al camino público, puede exgir que se le conceda paso, previa la correspondiente indemnización del terreno que con él haya de ocuparse, por la orilla ó parte lateral de una de las propiedades contiguas que no estuvieran cercadas con cerramiento de fábrica. El paso deberá establecerse por la parte más próxima al camino; y su anchura, según haya de serviir para solo el paso de persona, ó de caballería cargada, ó de carro, será la proporcionada á la extensión de la finca. Cuando no estuvieran conformes los interesados en fijarla, lo hará el Juez municipal oyendo á los peritos ú hombres buenos que al efecto nombrarán aquellos. Empero no tendrá este derecho el dueño de la heredad que se halla sin comunicación con el camino cuando por alguno de sus lados no estuviera serparado de él más que por una acequia"; Art. 46: "Nadie puede construir azud ó presa en propiedad ajena con el objeto de extraer agua de una corriente pública para regar su heredad, sin consentimiento del dueño del terreno en que haya de construirse, ó con sujeción á lo que establece la legislación especial de agua; pero si una vez construido se arruinase, podrá levantarse de nuevo aun cuando no existiera título de adquisición de este derecho"; Art. 47: "Si después de destruído el azud ó la acequia que una tiene en propiedad ajena no se pudiera reconstruir cómodamente en el punto en que estaba, podrá hacerse de nuevo en otro distinto de la misma propieda, aun contra la voluntad de su dueño; pero se le deberá satisfacer lo según regulación pericial valga el terreno que con la nueva construcción haya de ocuparse".

[127] DELGADO ECHEVARRÍA, *Los proyectos de Apéndice* I, 79.

respetar ese precedente), la afirmaciones contenidas en la primera no pueden dejar de sorprender. Comenzamos diciendo al inicio de estas páginas que en el derecho argonés —en los textos aragoneses, si quiere— había bien poco de servidumbres. Veamos si dicho de otra forma, a la vez que recapitulamos, nos entendemos: si exceptuamos lo dicho en el *Vidal Mayor* —cuya suerte todo el mundo conoce— el derecho aragonés jamás se había ocupado de las servidumbres de paso en ninguna de sus modalidades, sino de la obligación, impuesta por el fuero, de dar paso a los propietarios de fincas que no tuviesen acceso a camino (lo que, en todo caso, constiuiría el contenido de lo que modernamente y no en los textos históricos, adulterando el antiguo concepto de *servitus*, se llama servidumbre forzosa o legal); si exceptuamos lo dicho en el *Vidal Mayor*, el derecho aragonés jamás se había ocupado de la servidumbre de luces o de vistas sobre predio ajeno, sino de la obligación de soportar, en pared común, que el condueño, en determinadas circunstancias, abra ventanas; y el derecho aragonés, si exceptuamos lo dicho en el *Vidal Mayor*, jamás ha regulado nada parecido a una servidumbre de desagüe, porque el fuero único *de aqua pluviali arcenda*, que efectivamente consagra la obligación del dueño de un predio de dar salida a las aguas sin perjudicar al vecino, consagra exactamente la disciplina contraria a la de una servidumbre: es justamente porque no se es titular de una servidumbre en tal sentido, porque como diría Don Vidal no hay una servidumbre *de metimiento de agoa*, por lo que el fuero prohibe echar las aguas pluviales directamente sobre el vecino. *Sin servidumbre nadie puede echar las aguas á la casa del vecino*, *y debe darles salida por algún conducto*, habían advertido con buen tino Asso y De Manuel[128] (¿desde cuándo la obligación del dueño de un predio de dar salida a las aguas de su tejado sin perjudicar al vecino es una servidumbre?) y antes, según he aducido ya en los lugares oportunos, los juristas antiguos aragoneses, ya habían llamado la atención sobre la diferencia exitente entre el ejercicio de las facultades según las contemplaban los fueros y las observancias y el ejercicio de esas facultades *iure servitutis*. ¿Qúe servidumbres entonces, según el Congreso de Jurisconsultos, deben suprimirse? ¿la facultad de reconstruir azud previamente arruinado? ¿la alera foral?

Ya publicado el Código Civil, y en cumplimiento de la Real Orden de 16 de octubre de 1889, Franco y López, a fin de adecuar la *Memoria* de 1880 y publicada en 1886 a la situación instaurada por la aparición del Código, pro-

[128] Ignacio Jordan DE ASSO Y DEL RIO-Miguel DE MANUEL Y RODRIGUEZ, *Instituciones del Derecho civil de Castilla* (...) *Van añadidas al fin de cada titulo las diferecnias que de este Derecho se observan en Aragon por disposicion de sus Fueros. Edicion quinta, corregida notablemente, y aumentada la parte histórica que comprehende la introduccion*, Madrid, Imprenta de Ramon Ruiz, 1792, 157.

cede a la redacción de un nuevo texto de proyecto de apéndice que se conoce como *Adición a la Memoria*[129]. Con los silencios del anterior texto articulado, el actual, que viene a sustituir al anterior, contiene igualmente, dentro del libro segundo, un título segundo dedicado a las *servidumbres legales*, entendidas por tales la facultad de abrir ventanas en pared común o medianera y en la de exclusiva pertenencia y la facultad de exigir salida a camino cuando la finca estuviese rodeada de otras, mientras aporta como novedad la precisión de que la facultad de reconstrucción de azud destruido aprovecha al propietario que hubiese estado en posesión del mismo por espacio de más de una año y la precisión de que las servidumbres se adquieren, sin necesidad de título, por posesión inmemorial. La intención del Barón de Mora era separarse de la advertencia del artículo 539 del Código Civil[130], pero de paso se separó también del derecho histórico aragonés en materia de prescripción de servidumbres, porque la prescripción inmemorial estaba prevista para la adquisición de servidumbres de pastos, leñas y abrevadero —de las que la Memoria y la Adición han prescindido— mientras que para las restantes las Observancias habían recogido los plazos de prescripción justinianeos de diez o veinte años, según se tratase de presentes o ausentes[131].

Estas tres servidumbres rústicas, la de leñar, pacer y abrevar, fueron más tarde tenidas en cuenta por el llamado Proyecto Ripollés, de 1899. Ya sobre la sistemática del Código Civil, la sección única *De los modos de aquirir las servidumbres*, dentro del capítulo primero, título III del libro II, anuncia que "las servidumbres de leñar, pacer y abrevar se adquieren por la posesión inmemorial"[132]. Un Capitulo II, mismo libro y título, se ocupa de las *servidumbres legales*, entre las que se incluyen la de paso a favor de fincas sin acceso a camino público, la de medianería, configurada fundamentalmente como una facultad para apoyar e introducir vigas en pared medianera y alzar la propia obra, la servidumbre de luces y vistas, que ahora incluye la facultad de abrir ventanas en pared propia, además de en pared medianera o común, y la alera foral[133], mientras un capítulo III, dedicado a las *servidumbres volun-*

---

[129] Luis FRANCO Y LÓPEZ, *Adición á la Memoria que sobre las Instituciones Civiles de Aragón presentó al Gobierno de S. M. en 1880, con areglo á lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de Febrero de 1880 del propio año el vocal correspondiente de la Comisión General de Codificación y senador vitalicio del Reino (...) y reformas y adiciones, que en uso de la autorización concedida por la Real Orden de 16 de octubre de 1889, propone al proyecto presentado con la misma Memoria, para ser apéndice primero del Código Civil Español*, Zaragoza, Imprenta del Hospicio Provincial, 1893, que también manejo por DELGADO ECHEVARRÍA, *Los proyectos de Apéndice*.

[130] FRANCO Y LÓPEZ, *Adición á la Memoria*, 37.

[131] FRANCO Y LÓPEZ, *Adición á la Memoria*, arts. 59-62.

[132] *Apéndice Primero al Código Civil General. Proyecto de Código Civil de Aragón*, Zaragoza, Imprenta del Hospicio, 1899, art. 40.

[133] *Apéndice Primero (Proyecto Ripollés)*, arts. 41-45.

tarias, compuesto de una única sección, se ocupa de la mancomunidad de pastos[134].

Ya en cumplimiento del Real Decreto de 24 de abril de 1899, una comisión presidida por Joaquín Gil Berges, elaboró un proyecto de Ley de Apéndice con una extensa exposición de motivos, obra del mismo Gil Bergés, razón por la cual a este texto, publicado en 1904, se le conoce como Proyecto Gil Berges[135]. El Proyecto recupera los plazos de prescripción del derecho histórico, en algún momento anterior perdidos, y prescindiendo de las distinciones del Código Civil entre servidumbres continuas y aparentes, positivas y negativas, declara prescriptibles, adquiribles por prescripción de diez años entre presentes y veinte entre ausentes todas las servidumbres, cualquiera que sea el derecho en que consistan o la obligación correlativa que impongan, mientras conserva la posesión inmemorial interrupta como equivalente de prescripción adquisitiva específicamente para las servidumbres de leñar, pastar y abrevar. Los plazos de prescripción se cuentan desde el día en que el dueño del predio dominante empezó a ajercer las facultades contenidas en las servidumbre, pero esta forma de cómputo encuentra una excepción en una servidumbre, ahora recogida en este proyecto y de la que, en realidad, nunca se habían ocupado los textos aragoneses de forma separada[136]: la servidumbre del dueño exclusivo de un muro para abrir huecos para luces o vistas sobre suelo ajeno contiguo. (Aquí sí que estamos ante *un ius in re aliena*, porque la famosa observancia 6ª *De aqua pluviali arcenda* hablaba de la facultad de abrir ventanas in *pariete communi*, mientras la facultad del condueño

---

[134] *Apéndice Primero (Proyecto Ripollés)*, art. 47.

[135] *Proyecto de Ley en el cual se contienen como apéndice del Código Civil General las instituciones forales y consuetudinarias que conviene conservar en concepto de excepción del mismo Código para el territorio de Aragón. Lo ha redactado la comisión constituída en Zaragoza conforme al Real decreto de 24 de abril de 1899, y va predicido de una exposición de motivos. Publícase por acuerdo y á expesnas del la Excma. Diputación Provincial*, Zaragoza, Establecimiento Tipográfico del Hospicio, 1904.

[136] El art. 44 del *Proyecto Ripollés* decía: "El poseedor de un edificio puede abrir en la pared propia, medianera o común, contigua á predio ageno, ventanas (...) para luces y vistas".

Salvo lo dicho en el *Vidal Mayor* y salvo la contenido en el *Fuero de Teruel*, el derecho aragonés nunca se había ocupado de disciplinar la facultad de abrir ventanas en pared propia pero sobre fundo ajeno, esto es, de la verdadera servidumbre de luces y vistas. *Vid*., en cualquier caso, Marcelino Isabal y Bada, *"Fueros y Observancias del Reino de Aragón" derogados por el Apéndice al Código Civil Español, prólogo del Presidente de la Comisión General de Codificación, Excmo. Sr. D. Antonio Maura*, Zaragoza, Imprenta del Heraldo de Aragón 1926 (Zaragoza, Colegio de Abogados de Zaragoza, 1985) 1926, quien en p. 204 lo decía bien claramente al hilo del análisis de la *Observancia* 6ª de *Aqua pluviali Arcenda*: "(...) ¿Qué disposiciones regirán en el caso de apertura de ventans en pared propia? Como en tal supuesto no se encuentra solución especial en el Derecho aragonés, habrá que buscarla en las disposiciones generales de él sobre servidumbres y en caso de haberlas en ellos, ni existir costumbre local, en el Código Civil. Pues bien: solución originada en el sistema general aragonés sobre servidumbres no creo que la haya (...)".

de una pared medianera para abrir ventanas se hace *en razón de su derecho efectivo en ella*[137]), que se adquiere por prescripción de diez o veinte años contados *desde que se hubiese prohibido por acto formal al vecino cosas que serían lícitas sin el gravamen*[138]. Al lado de la servidumbre en favor de finca enclavada sin acceso a camino público, la de medianería y la de abrir ventanas en pared medianera y en pared propia, ya citadas, el Proyecto Gil Berges recupera como servidumbre la obligación del propietario de eras destinadas a la trilla de abstenerse de construir tapias o edificios que impidan la circulación del aire para aventar las mieses en las eras colindantes[139] y no deja dudas, finalmente, sobre la configuración de la alera foral, que tiene capítulo separado del de *De diversas servidumbres*, el III *De la "alera foral" y otras mancomunidades de pastos, leñas y demás "ademprios"*, al establecer que *Por ministerio de la ley*, los vecinos de cualquier pueblo de Aragón tienen el derecho de parovechar con su ganado, sea la que fuere su especie y bajo ciertas limitaciones, el pasto de los montes patrimoniales de los pueblos colindantes, de forma recíproca[140].

Una vez remitido el Proyecto al Ministerio de Gracia y Justicia, "allí quedó, sin que se tenga noticia de ninguna iniciativa del Ministerio"[141]. Es necesario esperar ahora al *Proyecto de Apéndice al Código Civil* correspondiente al derecho foral de Aragón, de 18 de junio de 1923, y publicado en La Gazeta del 2 de marzo de 1924. En tres artículos se despacha ahora la materia de servidumbres. En un primer artículo, dependiente del proyecto de 1904, se disciplina la adquisición de servidumbres a través de prescripción y posesión inmemorial[142]; en un segundo artículo se disciplina la mal llamada servi-

---

[137] Art. 236 del *Proyecto Gil Berges*.

[138] Art. 237 del *Proyecto Gil Berges*.

[139] Art. 238 del *Proyecto Gil Berges*.

Estaba antiguamente descrita en el *Vidal Mayor* 4.39.31: "Quar era sin viento non sería a proveito, non conviene cerrar la era con piedras o con muro o con ciéspedes, en guisa que la otra era que es cabo aqueilla non reciba embargo, por minguo de viento, demientre aqueilla era non puede aver el viendo quando fuere menester, nin non deve ser feita tal cosa en la I hera por que nozimiento venga a la otra hera, sacadas aqueillas cosas que son establidas a la hera (...)".

[140] Art. 239 del *Proyecto Gil Berges*.

[141] Delgado Echevarría, *Los proyectos de Apéndice I*, 53.

[142] Art. 14 del Proyecto de Apéndice de 1924: "Todas las servidumbres, continuas y aparente, cualquiera que sea el derecho en que consistan o la obligación correlativa que impongan, pueden adquirirse por prescripción de diez años entre presentes y de veinte entre ausentes.

El dicho tiempo se contará, si no es interrumpido, desde el día en que el dueño del predio dominante o el que haya aprovechado la servidumbre empezó a ejercerlo.

No obstante, cuando el dueño exclusivo de un muro abriese en él huecos para luces y vistas sobre suelo ajeno contiguo, el tiempo de la prescripción no se contará sino desde que hubiese prohibido por acto formal al vecino cosas que le serían lícitas sin el gravamen.

Con respecto a las demás servidumbres, inclusas las de leñar, pastar y abrevar, la posesión inmemorial pacífica y nunca interrumpida produce los efectos jurídicos de la prescripción adquisitiva".

dumbre de luces y vistas, o lo que es lo mismo, la facultad de abrir huecos con destino a luces y vistas en pared medianera, aunque advirtiendo que en cualquier momento podrán los comuneros obstruir con nuevas construcciones los huecos practicados (salvo a efectos del cómputo de la prescripción, párrafo tercero del artículo 14, ha desaparecido la verdadera servidumbre de luces y vistas, esto es, la consistente en la facultad de abrir huecos en pared propia pero sobre suelo ajeno)[143], lo que, de existir una servidumbre, sería imposible; y en un tercer artículo se recoge la alera foral[144], pese a que de la información pública a que el mismo año 1924 había sido sometido el proyecto no se deducía precisamente la necesidad de su conservación. Su presencia en el proyecto obedece, según los informantes, al prurito de mantener con vida instituciones ya caducas y anacrónicas:

> Muy provechosa resulta la información pública, a propósito de la alera foral, de que trata el artículo 16 del proyecto. Un capítulo especial (artículos 239 y 240) le fué dedicado en 1904; y por prurito de mantener cuantas especialidades hallare con verdadera vida en el antiguo reino, se decidió a [sic] la Comisión a proyectar el artículo 16, porque creyó que aquella propuesta atestiguaba este arraigo. Se infiere que la alera foral no lo tiene; ningún informante aboga por ella; unos proponen enmiendas de tendencia limitativa, y los restantes piden la supresión, como anacrónica, desusada, cohonestadura de abusos y malquista de los moradores en algunas comarcas. Se invoca en abono de tal petición el Congreso de jurisconsultos aragoneses en el año 1881, y se nota que allí donde existía comunidad de pastos entre algunos vecindarios, ella subsistirá bajo el ordinario régimen civil y administrativo. También favorece la supresión del artículo 16 el general criterio restrictivo que se ha de aplicar a los gravámenes limitativos de la propiedad, así comunal como de particulares[145].

Han desaparecido, por tanto, las alusiones al derecho de paso en favor de finca enclavada sin acceso a camino público y las alusiones a la obligación de no impedir al vecino aventar las mieses.

---

[143] Art. 15 del Proyecto de Apéndice de 1924: "El condueño de pared medianera está facultado para abrir en toda la altura de ella, cuando los demás interesados no tienen en su lado edificaciones, o por encima de la común elevación cuando las tienen, cuantos huecos le convengan con destino a luces o vistas, sin sujeción a dimensiones determinadas, pero colocando rejas de hierro remetidas y redes de alambre, cuyas mallas no excedan de 0.02 metros de lado. En cualquier momento, sin embargo, podrán los comuneros obstruir con nuevas construcciones los huecos antedichos".

[144] Art. 16 del *Proyecto de Apéndice de 1924*: "Los vecinos de cada pueblo tienen el derecho de aprovechar con su ganado el pasto de los montes patrimoniales de pueblos limítrofes, a cuyos vecinos asiste recíprocamente igual derecho, con sujeción a las siguientes reglas (siguen 5 reglas).

[145] *Nota de Ponencia para la Comisión permanente en vista de la información publicada [sic] acerca del Proyecto de Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho foral de Aragón*, Madrid, Imprenta de Juan Pérez Torres, 1924, 29 (está recogido dicho texto en DELGADO ECHEVARRÍA, *Los proyectos de Apéndice* I, 105 ss.).

El texto final oficialmente aprobado del Apéndice no se separa sustancialmente del contenido del Poyecto de 1924, salvo en un aspecto. Entre los *casos y asuntos* que quedan recogidos en el Apéndice como regulación de excepción frente a la contenida en el Código Civil, figura un apartado *De las servidumbres*, con tres artículos. El primero y el segundo, el 14 y el 15, son trasunto de los artículos 14 y 15 del Proyecto de 1924. El tercero, el 16, prescinde de la dicción de los seis párrafos de su equivalente en el anterior proyecto y recoge, de forma condescendiente pero *a malincuore*, la alera foral, remitiéndose para su regulación, si existen, al título escrito o a la costumbre fundada. En los demás casos, la alera foral se rige por las disposiciones del Código Civil relativas a la comunidad de pastos en terrenos públicos, con lo que el apéndice termina con las discusiones en torno a la caracterización de la alera como servidumbre:

> La alera foral, cuando su existencia esté fundada en título escrito o en vigente costumbre, se efectuará con sujeción a lo estatuido por el uno o la otra, y en lo demás regirán las disposiciones del Código Civil referentes a comunidad de pastos en terrenos públicos[146].

Cuando, casi treinta años después, la Compilación del derecho civil de Aragón sustituyó al apéndice, se aportaron, según su exposición de motivos, "dos interesantes regulaciones: una referente a luces y vistas, la otra a la usucapión de servidumbres":

> Mediante la norma expresa de que tanto en pared propia a cualquier distancia de predio ajeno como en pared medianera pueden abrise huecos para luces y vistas, sin sujeción a dimensiones determinadas, se zanaja una cuestión suscitada por la deficiente redacción del texto del párrafo 1º del artículo 15 del apéndice. Se vuelve así a la ortodoxa interpretración de la observancia sexta "de aqua pluviale arcenda"[147].

Veamos qué se desprende del articulado. En primer lugar, la afirmación anteriormente recogida, no se encuentra el título II (del libro III) *De las servidumbres*, sino en el título I De *las relaciones de vecindad* del mismo libro, art. 144.1 dedicado al *Régimen normal de luces y vistas*[148]. En algo tiene

---

[146] *Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho foral de Aragón formado en cumplimiento de lo preceptuado en el art. 6º de la ley de Bases por la Comisión permanente de Codificación (Gaceta de 15 de Diciembre de 1925)*, Zaragoza, Imprenta del Hospicio Provincial, art. 16.

[147] Exposición de motivos de la *Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho civil de Aragón* (BOE n. 86 de 11 de abril de 1967; corrección de errores, BOE n. 92 de 18 de abril).

[148] *Régimen normal de luces y vistas*. Art. 144.1 de la *Compilación* de 1967: "Tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio ajeno, como en pared medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas".

razón, aunque sin quererlo, la Exposición de motivos de la Compilación de 1967: la famosa Observancia sexta *De Aqua pluviali arcenda* nunca reguló las servidumbres de luces y vistas sino las relaciones de vecindad o el régimen normal de la propiedad en tema de luces y vistas. La facultad de abrir huecos o ventanas en pared propia pero sobre suelo ajeno *no estaba recogida* en la Observancia citada que como hemos dicho recogía dicha facultad sobre pared común. Salvo las precisiones del *Vidal Mayor* sobre luces y vistas, el único texto argonés que disciplinó la forma en que el dueño exlusivo de una pared o un muro podía abir ventanas o huecos en él, sobre fundo ajeno, fue el *Fuero de Teruel* (la tradición callada). Fue primero la *Memoria* de Franco y López (*pared de exclusiva pertenencia*) y más tarde los proyectos de Ripollés y Gil Bergés quienes comenzaron a hablar indistintamente de la facultad de abrir ventanas tanto en pared común o medianera como en pared propia, extendiendo así la disciplina de la citada Observancia, que no se ocupaba de la servidumbre de luces y vistas (que, por cierto, puede recaer también sobre pared totalmente ajena, la constituída cuando el propietario del fundo sirviente admite abrir huecos en su pared para dar luces al predio dominante). En segundo lugar, es cierto que los huecos pueden practicarse sin sujeción a dimensiones determinadas, pero no sin sujeción a distancias determinadas, que son las marcadas por el art. 582 del Código Civil, y no sin sujeción a determinadas características: los huecos no pueden tener balcones ni voladizos y, como en el art. 581 del Código Civil, deben estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre[149]. En tercer lugar, la facultad de abrir ventanas en los términos vistos no impide al propietario del fundo vecino edificar o construir sin sujeción a distancias, esto es, no impide que, si ejerce su derecho a edificar, haga inútiles las ventanas abiertas[150].

Ya en el título II, *De las servidumbres*, se nos informa, en cambio, que los voladizos en pared propia o medianera que caigan sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas[151], prescriptibles, por lo tanto, como todas las servidumbres aparentes, sin necesidad de título ni buena fe, a los diez o veinte años según se trate de presentes o ausentes[152]. De for-

---

[149] Art. 144.2 de la *Compilación* de 1967: "Dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código Civil, los huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente".

[150] Art. 144.3 de la *Compilación* de 1967: "La facultad concedida en este artículo no limita el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna".

[151] Art. 145 de la *Compilación* de 1957: "Los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas. No lo son la falta de la protección señalada en el artículo anterior ni tampoco los voladizos sobre fundo propio (…)".

[152] Art. 147 de la *Compilación* de 1967: "Todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe", mientras las servidumbres no aparentes se adquieren por los mismo plazos,

ma tal que nos encontramos con dos disciplinas bien diversas: todo propietario viene obligado legalmente a admitir —no hace falta que exista una servidumbre alguna constituída— que el medianero o el vecino abra huecos para luces y vistas, sin voladizos ni balcones, respetando las distancias y protegidos de la forma vista. Porque dicha facultad está reconocida a todo propietario sin necesidad de que exista servidumbre es por lo que se contrarresta con la facultad del vecino para edificar o construir en su fundo sin sujeción a distancia alguna, según el art. 144.3 de la Compilación (régimen normal de la propiedad en materia de luces y vistas). Pero quien, al abrir huecos en pared propia o medianera, lo hace con balcones o voladizos constituye un signo aparente de la existencia de una servidumbre, bien porque la haya constituído con anuencia del fundo que actúa como sirviente, bien porque la haya adquirido por prescripción y en tal caso, dice el art. 585 del C. Civil, cuando por cualquier título se hubiere adquirido derecho a tener vistas directas, balcones o miradores sobre propiedad colindante, el dueño del predio sirviente no podrá edificar a menos de tres metros de distancia. Dicho de otra forma: quien a cualquier distancia del vecino, en pared propia o en pared medianera, abre ventanas sin balcones ni voladizos no está ejerciendo las facultades que corresponderían al titular del predio dominante, sino las facultades que le otorga la ley en materia de luces y vistas. Por esa misma razón, el propietario del fundo vecino, que no aparece aquí como propietario de un fundo sirviente, un fundo sometido, puede edificar sin sujeción a distancia alguna, lo que implica la facultad de cerrar o dejar sin luz los huecos practicados, cuya persistencia en el tiempo, no habiendo servidumbre, no tiene más fundamento que la tolerencia del vecino mientras no ejerza la facultad de edificación antedicha. El propietario de un fundo que ostenta signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, bien porque la haya constituido bien porque la ha adquirido por prescripción tiene, sin embargo, derecho a que se le respeten las facultades que como propietario del fundo dominante tiene y, en consecuencia, la facultad para exigir al propietario del fundo sirviente que se aleje lo suficiente si decide edificar como para no impedirle las luces y la vistas. Y todavía queda incrustada en el título *De las servidumbres*, aunque ya a los solos efectos de señalar el régimen por el que han de regirse y como una reminiscencia de antiguos tiempos, la alera foral, junto a las mancomunidades de pastos, leñas y otros *ademprios*[153].

---

pero con buena fe y justo título o, en todo caso, a través de la posesión inmemorial, pacífica y no interrumpida, que produce los efectos de la prescripción adquisitiva (Art. 148 de la *Compilación* de 1967).

[153] Art. 146 de la *Compilación* de 1967: "La alera foral y las mancomunidades de pastos, leñas y demás *ademprios*, cuando su existencia esté fundada en título escrito o en la posesión inmemorial, se regirán por lo estatuido en aquél o lo que resulte de ésta".

Los antiguos juristas aragoneses parecían tener más clara la diferencia entre la inmisiones que todo propietario debe tolerar en su predio por fuero o por imposición legal o que el vecino realiza *iure propietatis*, constituyendo por tanto el régimen normal de las relaciones de vecindad, y las inmisiones que un propietario debe tolerar en su predio *iure servitutis*. El afán, quizá consecuencia del empleo de la bastarda categoría de las *servidumbres legales*, propia de la codificación, por llenar la materia de las servidumbres a base de la disciplina de lo que históricamente no lo eran, ocasionó las discusiones, con las que la *Compilación* de 1967 parece haber acabado, no ya en torno a un problema de calificación jurídica, sino en torno al alcance de los derechos de los distintos propietarios y en torno a las formas de adquisición o extinción. Competencia del historiador es señalar cuál es el origen del problema, no su solución.

NAVEGACIÓN FLUVIAL Y LIMITACIONES DE DOMINIO EN EL REINO DE VALENCIA

Ramon Aznar i Garcia
Universidad Carlos III de Madrid

INTRODUCCIÓN

Los principales ríos europeos han sido utilizados históricamente como vías de transporte y comunicación[1]. También varios cursos fluviales españoles han conocido estos usos[2]. En nuestro caso, existen estudios referidos, tanto a la actividad comercial de las embarcaciones[3], como a los límites que esta navegación impuso a los derechos dominicales sobre los predios ribereños[4]. Este segundo aspecto constituye el eje de las páginas que siguen.

El marco territorial y cronológico elegido es el de la vigencia del derecho foral valenciano. Al respecto, la materia que nos ocupa supuso una clara sin-

---

[1] Para el caso de Francia, pueden consultarse con provecho E. Ph. Engelhardt, *Histoire du droit fluvial conventionel précédé d'un étude sur le régime de la navigation intérieure aux temps de Rome et au moyen âge*, Paris, 1889; P. Robiquet, *Histoire et Droit*, Paris, 1907, pp. 57 y ss.; E. Levasseur, *Histoire du comerce de la France*, 2 vols., Paris, 1911. Tratándose de Italia, véase C. Nardi, Il Tevere e la Città: l'antica magistratura portuale nei secoli XVI-XIX, Roma, 1989.

[2] Véase R. Córdoba de la Llave, «Navegación y transporte fluvial en la Península Ibérica a fines de la Edad Media», en M. Criado del Val (coord.), *Caminería hispánica. Actas del III congreso internacional de caminería hispánica, (Morelia, México, 1996)*, Guadalajara, 1997, pp. 215-233; M. C. Laguna Ramírez, *El Guadalquivir y Córdoba en el antiguo régimen: navegación, conflictos sociales e infraestructura económica*, Córdoba, 1997; L. Martínez Ángel, «Sobre la navegación fluvial en León», *Tierras de León. Revista de la Diputación Provincial*, vol. 36, 101 (1997), 191-199; P. López Vizcaíno «La navegación fluvial en Galicia: la Ribeira Sacra», en M. Criado de Val (coord.), *Caminería hispánica. Actas del V congreso internacional de caminería Hispánica (Valencia, 2000)*, 2 vols., Madrid, 2002, I, pp. 201-214; y A. M. Carreño Rodríguez Maribona, «Caminos del Miño (barcas, puentes y transbordadores) desde el Sil hasta el Atlántico», en *Caminería hispánica. Actas del V congreso internacional*..., I, pp. 215-226.

[3] M. J. Peláez y P. Zambrana Moral, «Notas sobre la historia del fletamiento fluvial», *Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica*, 13 (1997), pp. 1.819-1.828; así como, M. J. Peláez, «Algunas manifestaciones sobre la aplicación judicial del derecho de la navegación en la historia», *Rudimentos Legales*, 1 (1999), pp. 47-64.

[4] G. Tomás Martínez, «Limitations à la propieté riveraine et libre navigation fluviale», *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 48 (2001), pp. 361-372; y «La servidumbre en interés general de la navegación fluvial. Un análisis histórico», en J. I. Echano Basaldúa (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao, 2002, pp. 1.323-1.344.

gularidad, pues los decretos de nueva planta no afectaron a los fueros, usos y costumbres relativos a las regalías[5]. En lo tocante al real patrimonio, la novedad quedó básicamente en la creación de nuevos jueces y tribunales, que se subrogaron en la potestad y jurisdicción de los antiguos[6]. Sólo en 1835 esta situación se alteró definitivamente[7].

Durante el periodo analizado, la doctrina del derecho común tipificó como *servidumbres legales* una gran variedad de limitaciones del dominio. Contrariamente, en el derecho romano, las limitaciones a la propiedad impuestas por la ley no se denominaron ni se encuadraron entre las *servitutes*. Era el caso de los dueños del fundo ribereño, quienes debían soportar no sólo el paso, sino todo lo necesario para el uso público del río. Esta relación entre uso y propiedad se hallaría fuera del esquema de las servidumbres; entre otras cosas, porque faltaría su primer presupuesto: la relación entre dos fundos. En consonancia con este esquema, parte de la doctrina contemporánea ha rechazado la categoría de servidumbre legal[8]. Pese a ello, nuestro código civil la continúa utilizando[9].

* * *

El presente estudio se estructura en tres apartados. En el primero, trato de establecer las principales coordenadas jurídicas que enmarcaron la cuestión en el reino Valencia. En el segundo, constato el uso de embarcaciones en los principales ríos valencianos. Por último, analizo el único caso de limitación de la propiedad que he localizado.

---

[5] Novísima Recopilación, 1, 7, 5.

[6] Novísima Recopilación, 6, 10, 6.

[7] F. Galán, *Tratado de legislación y jurisprudencia sobre aguas, y de los tribunales y autoridades a quienes compete el conocimiento de las cuestiones que se susciten acerca de las mismas*, Valencia, 1849, p. VIII, nota 4. Véase asimismo C. Franquet y Bertrán, *Ensayo sobre el origen, espíritu y progresos de la legislación de las aguas, seguido de los elementos de hidronomía pública del proyecto de ley general presentado al senado, de la legislación general y foral, y de la jurisprudencia civil y administrativa*, 2 vols., Madrid, 1864, II, pp. 246-247.

[8] B. Biondi, *Las servidumbres*, Jaén, 1978, p. 1.344.

[9] El Código Civil español, en su artículo 553, se refiere a dos servidumbres: la de «uso público en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento», así como a la de «camino de sirga». No hay alusión a ellas, en cambio, en las compilaciones civiles forales. Véase F. J. Fernández Urzainqui (coord.), *Compilaciones y leyes civiles forales*, Pamplona, 1995.

PRECEPTOS LEGALES E INTERPRETACIÓN DOCTRINAL

Para el derecho romano, las aguas tenían la condición de públicas o privadas[10]. A la primera clase pertenecían las fluviales a condición de que tuvieran un curso continuo; la regulación de su uso y aprovechamiento era privativa del príncipe[11]. También el goce de los márgenes quedó sometido al derecho público[12]. Estos principios jurídicos pervivieron en las entidades políticas medievales[13]. En Valencia, los fueros afirmaban que «tots los flums, els ports de les aygües dolces o de la mar són públichs e comuns a tots»[14]. También en Castilla, las Partidas dispusieron que «los ríos, puertos y caminos públicos pertenecen a todos en común, y pueden usar de ellos lo mismo los extrangeros que los de la tierra»[15].

Por otra parte, el derecho romano distinguía los ríos navegables de aquellos que no lo eran. Los primeros recibieron una especial atención; seguramente, porque el Tíber fue una vía de aprovisionamiento de gran relevancia para Roma. Se explicaría así la prohibición de cualquier obra que obstaculizase el tránsito de embarcaciones fluviales. Al menos cuatro interdictos amparaban esta navegación: *de fluminibus*[16], *ne quid in flumine publico*[17], *ut in flumine publico navigare liceat*[18], y *de ripa munienda*[19].

---

[10] Digesto 43, 12, 3.

[11] Digesto 43, 12, 1, 3 y 12; Digesto 1, 8, 4, 1.

[12] Instituta 2, 1, 4.

[13] Véase J. Lalinde Abadía, «La consideración jurídica de las aguas en el derecho medieval hispánico», *Anales de la Universidad de La Laguna*, VI (1968-1969), pp. 44-93.

[14] *Fori regni Valentiae*, 9, 11, 11. He consultado la edición de Francesc Joan Pastor, Valencia, 1547-1548.

[15] Partidas 3, 28, 6. He consultado la edición de Gregorio López, Salamanca, 1555.

[16] «Ne quid in flumine publico ripave eius facias, ne quid in flumine publico, neve in ripa eius immitas, quo statio iterve navigio deterius sit fiat».

[17] «In flumine publico, inve ripae ei facere, aut in id flumen ripamve eius immittere, quo aliter aqua fluat quam priorem aestate fluxit, veto; quod in flumine publico ripave eius factum, sive quid in flumen ripamve eius immissum habes, si ob id aliter aqua fluit atque uti priore aestate fluxit, restituas».

[18] «Quo minus illi in flumine publico navem, ratem agere, quove minus per ripam onerare, exonerare liceat, vim fieri veto. Item ut per lacum, fossam, stagnum publicum navigare liceat interdicam».

[19] «Quo minus illi in flumine ripave eius opus facere, ripae, agrive qui circa ripam est, tuendi causa liceat, dum ne ob id navigatio deterior fiat...».

Para el texto de estos cuatro interdictos (Digesto, libro 43, títulos 12, 13, 14 y 15) he consultado *Digestum Novum seu Pandectarum iuris civilis, tomus tertius, ex Pandectis Florentinis, in lucem emissis, quoad eius fieri potuit, repraesentatus. Commentariis Accursii illustratus praeter scholia Contii, & Paratitla Cujacii quibus iam primum additae sunt eiusdem Notae solennes; ad Accursium Dionysii Gothofredi, I. C. Scholia, in quibus observatae sunt Glossae similes, Contrariae, Reprobatae; Obscuriores definitionibus vel divisionibus explicatae. Dictionis, historiae & iuris admissa Accursiana subiecta*, Lyon, 1618, pp. 663-672. Véase asimismo P. González Laso, «El régimen jurídico de las aguas y la protección interdictal de los ríos públicos en el Derecho Romano», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 21 (1999), pp. 65-74.

En Valencia, el ordenamiento foral asumió el principio que salvaguardaba el uso público de los ríos y sus riberas:

> «L'ús de les ribes dels flums és públich, e comú a tots, e perçò cascú ha licència, e poder darribar les naus els lenys aquí, e de ligar aquelles aquí ab cordes, o ab altres coses, e dels flums, e de la mar trer los rets e aquí secar, e exugar, e càrregues aquí posar, enaxí com per lo flum, e per la mar navegar. Mas la propietat d'aquelles ribes és d'aquells de qui són los camps on són les ribes perquè los arbres que són en aquelles ribes són de aquells de qui són los camps»[20].

Uno de los tratadistas que mayor atención dedicó a la materia de las servidumbres fue Bartolomeo Cipolla. En su *Tractatus de servitutibus* se refirió a la navegación fluvial. Siguiendo la estela del derecho romano, sostuvo que el uso de los ríos y de sus riberas era público, y que estaba regulado por el derecho de gentes. Así pues, resultaba lícito el amarre de naves, la colocación y secado de cuerdas y redes, y la navegación[21]. Ciertamente, las riberas pertenecían a los propietarios de los predios lindantes, quienes, no obstante, no podían disponer libremente de ellas, ni deteriorarlas, «sicut alii domini in re sua»[22]. Dichos propietarios podían construir molinos, plantar árboles o levantar estacas; si bien, era imprescindible que no impidiesen la navegación[23]. Tampoco les estaba permitida acción alguna que deteriorase la existencia de una *statio navigium* o *portus*; es decir, el lugar en el que las naves podían permanecer seguras —*is igitur locus demonstratur ubicumque naves tuto stare possunt*—[24]. No podían asimismo obstaculizar el *iter pedestre navigationis*, camino que discurría

---

[20] *Fori regni Valentiae*, 9, 11, 11.

[21] «Riparum autem usus publicus est iure gentium, sicut ipsius fluminis, *l. riparum, ff. de rer. divis. Instit. eod. §. riparum,* & propterea naves ad eas ligare, & funes ponere, retia ex flumine deducere, & in ripis ficcare cuilibet licet. Sicut per ipsum flumen navigare, *ut in dictis iuribus dicitur, & dixi etiam supra, de littore maris, not. Bald. in l. quominus in 6 q. ff. de flum*». B. Cipolla, *Tractatus de servitutibus tam urbanorum quam rusticorum praediorum*, Lyon, 1688, p. 405.

[22] «Quod licet propietas riparum sit ipsorum quorum praediis adhaerent, tamen non possunt facere de ripis quicquid volunt, sicut alii domini in re sua, l. in re mandata C. mand. quia usus est publicus, & ideo deteriorare non possunt, *argum. l. penul.et fin. ff. de usu et habita*». B. Cipolla, *Tractatus de servitutibus*..., p. 405.

[23] «Quod licet in ripa proprietas sit eius, cuis praedio adhaeret, & propterea possit in ripa molendinum construere, aut tigna vel trabes immitere. Tamen si propter hoc usus publicus navigantium impediretur, divertendo acquam vel alio modo, non posset: ut not. Bald. in rubr. *ff.* de rerum divis. colum. 6. versicul. ex his appa.». B. Cipolla, *Tractatus de servitutibus*..., p. 405.

[24] «Ne quid in flumine publico ripave eius facias, ne quid in flumine publico, neve in ripa eius immitas, quo statio iterve deterius sit fiat». *Digestum Novum seu Pandectarum iuris civilis, tomus tertius*..., p. 663.

en paralelo al curso del río y por el que las naves eran arrastradas con cuerdas, o descendidas hasta el agua[25]. Comúnmente conocidos, según Cipolla, por el nombre de *restoria* o *piarda*, su uso público estaba amparado por el interdicto *de fluminibus*, en el que también se aludía a las barcas de paso —*rates*—[26]. Tal vez, el origen de esta servidumbre se hallase en el amojonamiento que, en Roma, se hacía de los márgenes del Tíber[27]. Desde luego, el propietario no podía cerrar el paso, por ejemplo, mediante la construcción de un jardín[28]; ni construir un puente, aun siendo el propietario de un predio situado a ambos lados de un río público[29]. Tampoco podía impedir que se anudase una barca con cuerdas en su predio[30]. El uso al servicio de la navegación siempre debía quedar expedito. Es más, la existencia de esta servidumbre se presuponía en el momento de adquirir el fundo[31]. Y es que la vecindad de un río generaba inconvenientes; pero también beneficios: el propietario accedía al uso y disfrute de las tierras que por aluvión quedasen incorporadas a su fundo[32]. He aquí la segunda razón —aparte del interés público— que justificaría la existencia de estos caminos. Sabemos de su existencia en Francia, donde se les conocía como *chemin de halage* —cuando podía ser transitado por caballos— y *marche-*

---

[25] «Quod dominus ripae non potest in ea aliquid facere, propter quae impediatur iter pedestre navigationis, quod est iusta aquam quod iter cum funibus trahendo navem, quod restoria dicitur, vel piarda vulgariter, vel de eo per quod descenditur, vel itur ad aquam sive naves, ut est text. cum gloss. in l. § si pedestre iter. *ff*. de flumin.». B. Cipolla, *Tractatus de servitutibus*..., p. 405.

[26] «Ait praetor: *iterque navigiis deterius fiat*. Hoc pro navigatione positum est. Immo navigium solemus dicere etiam ipsam navem. Iter ergo navigii potest & sic accipi: iter navi deterius fiat. Navigii apellatione etiam rates continentur, quia plerumq. & ratium usus necessarius est. Si pedestre iter impediatur, non ideo minus iter navigio deterius sit». *Digestum Novum seu Pandectarum iuris civilis, tomus tertius*..., p. 665.

[27] El responsable de esta actividad, el *curator riparum et alvei Tiberis*, delimitaba así el espacio de uso público frente a la propiedad privada. Véase G. Tomás Martínez, «Limitations à la propieté riveraine...», p. 364.

[28] «Vicini quorum praediis ripae adhaerent, etiam via publica est in medio, non possunt ibi ripas claudere, & ibi hortulos facere, si incommodatur usus publicus dictarum riparum». B. Cipolla, *Tractatus de servitutibus*..., p. 405.

[29] «Quod ille qui habet in utraque ripa fluminis publici domum, non potest pontem privati iuris facere, *leg. fin. ff. de flum. & adde quae dixi supra, de servit. aquaeduct. q. 8*». B. Cipolla, *Tractatus de servitutibus*... p. 406.

[30] «Quis non potest ligare navem suam cum catena in ripa alterius, si impedimento est, licet cum fune ligare possit, *ut per gloss. in § littorum. Instit. de rer. divis. secundum Bald. In d. l. item lapilli penult. col. in fin quaem nota*». B. Cipolla, *Tractatus de servitutibus*..., 2, 36, 11, p. 406.

[31] «Quando venditur fundus, veneunt etiam ripae, & fossae, seu fossata, etiam si via sit in medio, *not. Bart.in tract. Tyberiadi, in 3 colum. leg.riparum, ff. de rer. divis. &* plenius per eundem Bald. *in rubr. eiusdem tit. 12. col. ubi omnino vide*». B. Cipolla, *Tractatus de servitutibus*... p. 403.

[32] «Via media inter agrum & flumen non impedit ius alluvionis». B. Sassoferrato, "Tractatus de fluminibus seu Tyberiadis et alluvione", en *Consilia, quaestiones et tractatus*..., Turín, 1589, p. 162.

pied —siendo de carácter peatonal—[33]. También en Italia, donde a lo largo del Tíber existía una *strada del tiro delle barche*[34].

En el ámbito de la Corona de Aragón, algunos juristas analizaron los derechos del monarca sobre los ríos. Pedro Calixto Ramírez se refirió a esta competencia regia[35]. Para este autor, su propiedad y jurisdicción tenían la consideración de regalías; mientras que el uso era público y común[36]. Sólo el rey podía autorizar la construcción de molinos y puentes, la mutación de los álveos, y las obras en las riberas[37]. También, el cobro de ciertas cantidades a los viandantes —*ius pontagii, passagii aut barcagii*—[38], así como a los navegantes. Esto último sucedía en Zaragoza, donde, en virtud de un privilegio regio, la confraternidad de mercaderes de la ciudad percibía fondos de las naves que transitaban por el Ebro[39]. Además, cada año, un juez verificaba si el río se mantenía en condiciones de navegabilidad, y si los puertos se hallaban correctamente dispuestos. Por su parte, Acacio Antonio de Ripoll dejó escrito que, en los ríos públicos de Cataluña, no cabía la construcción, sin previa licencia regia, de puentes y pontones[40]. Tampoco, el establecimiento de cimbas para atravesarlos[41]. Así mismo, Fernando Arias de Mesa afirmó que la realización de obras en las riberas era lícita siempre que no dificultase la navegación[42].

---

[33] Véase N. Menin, *Abregé methodique de la jurisprudence des eaux et forests contenant par ordre alphabetique, les decisions & la taxe des peines, amendes, restitutions, dommages interêts & confiscations. Reglées par l'ordonnance du mois d'aoust 1669*..., Paris, 1738, p. 92; J. M. Pardessus, *Traité des servitudes ou services fonciers*, 8ª ed., Paris, 1838, I, pp. 335 y ss; A. de Puibusque, *Dictionnaire municipal ou nouveau manuel des maires*, 2ª ed., Paris, 1841, pp. 159-160 y 584; y E. Acollas, *Le Droit mis à la portée de tout le mond. La propiété*, Paris, 1885, pp. 54-55.

[34] C. Nardi, *Il Tevere e la Città*..., pp. 30 y 34.

[35] «Ad regem spectant flumina publica, sive illa navigabilia sint, sive ex illis alia navigabilia siant, sive non, dummodo sint perennia». P. C. Ramírez, *Analyticus tractatus de lege regia, qua, in principes suprema et absoluta potestas translata fuit*..., Zaragoza, 1616, § 26, núm. 35.

[36] «In quibus tria considerantur: proprietas, iurisdictio, & usu. Duo prima regalia sunt, tertium vero commune, & publicum manet». P. C. Ramírez, *Analyticus tractatus*..., § 26, núm. 36.

[37] P. C. Ramírez, *Analyticus tractatus*..., § 26, núm. 37.

[38] P. C. Ramírez, *Analyticus tractatus*..., § 26, núm. 33.

[39] «Sicut ratione viarum, ut supra diximus, iuste rex exigit pedagium, ita & ratione navigationis iuste aliqua collecta a navigantibus per flumen publicum exigi postest, ut est illa, quae confraternitati mercatorum civitatis Caesaragustae, ex privilegio Regis Petri, a navigantibus per flumen Iberi exigitur, quod concessum fuit, ut cura ad dictam confraternitatem pertineret, quod flumen navigabile existeret». P. C. Ramírez, *Analyticus tractatus*..., § 26, núm. 40.

[40] A. A. de Ripoll, *Regaliarum tractatus eminentissimo et reverendissimo Alexandro Bichio episcopo carpentoracten S. R. E. cardinali dicatus*..., Barcelona, 1644, cap. 8, «De Regalia concedendi fabricam, pontium, cimbarum, & molendinorum», núms. 78 y 80.

[41] En el río Llobregat, dos nobles gozaban del privilegio de varado de estas barcas: Miquel de Cleriana y Gispert de Gimerà. Existían asimismo otras naves de paso en el interior del Principado. A. A. de Ripoll, *Regaliarum tractatus*..., cap. 8, núm. 85.

[42] F. Arias de Mesa, *Variarum resolutionum & interpretationum iuris libri tres in quibus difficiles, pleriq. iuris pontificii regii, & caesarei locis novis cum explicationibus, tum emendationibus*..., Lyon, 1672, lib. 2, cap. 49, núm. 7.

Como hemos dicho, si un río era público, formaba parte del patrimonio de la Corona y tenía la consideración de regalía. Al monarca tocaba, pues, la regulación de cuestiones como el uso de las riberas o la explotación de embarcaciones. En Valencia, desde 1369, esta jurisdicción quedó encomendada al baile, el oficial responsable del patrimonio regio:

> Atendiendo a que por y según disposición y ordenamiento de fuero y de razón natural como también según un antiguo e inquebrantable uso todos y cualesquiera ríos navegables, en tanto están, pasan y discurren por y dentro de nuestro reino, así como sus puertos y riberas, son regalías propias nuestras, y a que la jurisdicción y conocimiento de aquéllos o de cualquier litigio que incide o surge de ellos así como de los molinos construidos o edificados en ellos o en sus riberas es y pertenece a nosotros o a nuestro baile y a aquel que en su lugar y en nombre nuestro los conoce y ha acostumbrado conocer, decidir y dictaminar tanto en dicha baronía de Corbera como en cualquier lugar o término cercano o limítrofe con dicho río Júcar o sus riberas[43].

Esta atribución se mantuvo estable en el ordenamiento foral valenciano, y de ella se hizo eco Pere Jeroni Tarazona:

> «Conega lo Batle de les causes dels rius y de les riberes, y molins [...] Y també coneix del edificar dels molins, y forns, y banys [...] Y no conega de les causes civils, ni criminals, sinó de les que serán sobre censals, y rendes del Rey»[44].

En este fragmento, Tarazona efectuaba una precisión que no conviene dejar pasar inadvertida: el baile conocía de ríos y riberas sólo en la medida en que se veían afectados los derechos patrimoniales del rey. Era el caso, por ejemplo, del establecimiento o arrendamiento de embarcaciones de paso. Ahora bien, cuando el uso de esas mismas naves se contemplaba desde otras perspectivas, quedaba patente la intervención de otras autoridades. Algunos casos nos mostrarán esta confluencia de jurisdicciones.

En Albalat de la Ribera, el baile asumía la obligación de suministrar la sirga al arrendador de la barca real. Sin esta cuerda, la nave no era operativa[45]. Un acto jurídico dotado de simbolismo actualizaba, pues, periódicamente los derechos patrimoniales del rey.

---

[43] L. Alanyà (comp.), *Aureum opus regalium privilegiorum civitatis et regni Valentiae*...; traducción de Francisco Calero, introducción de Vicente García Edo, índices de Mª Desamparados Cabanes, 2 vols., Valencia, 1999, I, p. 365.

[44] P. H. Taraçona, *Institucions dels furs y privilegis del Regne de Valencia*, Valencia, 1580, pp. 39-40.

[45] El baile debía «fer posar la sirga en lo riu per a que pase la barca, que per çò pagaren los vehins lo dret de barcache al senyor, eo a son arrendador». *Vila de Albalat de la Ribera. Notícia*

También se sabe que, en 1383, el *portantveus de general governador* comisionó a un carpintero de Alzira, para que inspeccionase las cuatro barcas reales varadas en el Júcar —Albalat, Segreny, Riola y Fortaleny— y realizase las reparaciones necesarias[46]. Como vemos, además del baile, también el gobernador participaba en la adecuada conservación de estas regalías.

Más allá de esta esfera, algunos jueces locales con atribuciones civiles y penales conocieron de causas referidas a embarcaciones. Así, por ejemplo, en 1711, el alcalde mayor de Sueca dictó una providencia por daños cometidos en la barca de paso de Fortaleny[47]. Por su parte, en 1743, el alcalde mayor de Albalat incoó unos autos criminales al haberse desatado maliciosamente la barca de paso[48].

No quedaba aquí, sin embargo, la distribución competencial en materia de naves. Y es que, en el reino de Valencia, de los litigios sobre servidumbres, tanto urbanas, como rústicas, conocía el almotacén[49]. Entre otras cosas, él entendía de las causas sobre caminos públicos, sendas, puentes, acequias,

---

general recopilada en lo any 1704; presentación y transcripción a cargo de P. J. Hernandis, Albalat de la Ribera, 2007, pp. 220-221. Sobre la controvertida etimología de la palabra «sirga», presente en las tres lenguas romances ibéricas, véase J. Corominas y J. A. Pascual, *Dicccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, 6 vols., Madrid, 1984-1991, V, pp. 258-260.

[46] Archivo Municipal de Alzira, *Protocols*. Bernat Llorenç, sign. 040/16. Véase F. J. García Pons, *Les barques del Xúquer*, València, 2001, p. 26, nota 6. Agradezco asimismo la información proporcionada por Iván Martínez Araque.

[47] «Tala de Andreu Reig, a la barqueta de Fortaleny» (14-VI-1711). Archivo Municipal de Sueca, caja F.A. 75, libro 184, s. f. El término catalán «tala» significa daño o perjuicio causado ocultamente o burlando la vigilancia. Véase la edición electrónica del *Diccionari català-valencià-balear*, http://dcvb.iecat.net/

[48] «[...] El señor Miguel Garrigues, Alcalde Mayor, dixo: que poco ha, como a cosa de las dies horas de la mañana del mesmo día, se le ha dado noticia que ha faltado el barco del río de donde avía quedado hatado, y que no se sabe su paradero, y que se presume que maliciosamente le han soltado, y se ha ydo río abajo, y para averiguar la verdad sobre este echo y castigar sus delinqüentes y cómplises, mandó formar este Auto cabeza de proceso [...]». Archivo Municipal de Albalat de la Ribera, II, 1, 27, doc. 20.

[49] P. H. Taraçona, *Institucions dels furs*..., p. 203. Existen numerosos trabajos que han abordado esta figura. Sin ánimo de exahustividad, señalo a continuación algunas referencias bibliográficas que sólo pretenden orientar al lector. Tratándose del reino de Valencia, puede consultarse Fr. Sevillano Colom, *Valencia urbana medieval a través del oficio del mustaçaf*, Valencia, 1953; V. J. Escartí, *El Llibre del mustassaf d'Albalat de la Ribera*, Albalat de la Ribera, 1992; M. A. Cano Ivorra, *El Llibre del Mostassaf d'Elx: edició crítica i estudi lingüístic*, Alacant, 1995; así como el *Llibre del mustaçaf de la ciutat de València*; estudio de F. Almela y Vives; transcripción de J. J. Chiner Gimeno y J. P. Galiana Chacón, Valencia, 2003. En el caso de Cataluña, véase H. Garcia, «Les "Ordinacions per servituts y coses de honors" de 1603», *Ausa*, 1-5 (1953), pp. 197-203; A. Garcia, «El "Llibre del Mustaçaf" de Vich», *Ausa*, 2-11 (1955), pp. 18-24 y «La actuación procesal del Mustaçaf», *Ausa*, 2-17 (1956), pp. 301-310; y M. Bajet Royo, *El mostassaf de Barcelona i les seves funcions en el segle XVI. Edició del "Llibre de les Ordinations"*, Barcelona, 1994. En fin, por lo que se refiere al reino de Mallorca, el trabajo más reciente es el de A. Ferrer Abárzuza, *El Llibre del Mostassaf d'Eivisa: la vila d'Eivisa a la Baixa Edat Mitjana*, Eivisa, 2002.

márgenes, riberas o árboles. Se sabe que en Albalat garantizaba la vigencia de las servidumbres de paso[50]. Asimismo, era competente en una cuestión que afecta de lleno a nuestro tema de estudio, los márgenes del Júcar:

> «Al mustasaf toca la conservació dels màrchens que partixen les heretats y camins. Y com la riba del riu de Xúquer és lo principal marche del terme de la precent vila, pues es la muralla per a defensar-los de les avengudes y rigüades, per tant, toca al mustasaf fer-la mundar y netechar de corbella tots los anys en lo mes de agost, la qual se netecha per fronteres dels hereters que confinen en dita riba, per a que estiga neta en temps de yvern, per a poder-la repretar de terra quan lo riu vol eixir...»[51].

También el almotacén de Alzira impartía justicia en materia de servidumbres[52]. O el de Valencia, responsable de la reparación de caminos o sendas dañados o destruidos por de las aguas de los ríos[53]. Algo parecido cabe afirmar de los de Xàtiva y Cullera[54]. En fin, debemos referirnos al de Sueca, quien atendía a las denuncias interpuestas por daños cometidos en caminos y márgenes. Su actividad procesal es mejor conocida que otras[55]. Y ello a pesar de que estos oficiales juzgaban de modo sumario y oral[56].

---

[50] « [...] que lo magnífich mustasaf conega [de] tots los camins reals y generals, escorr[edors], fites, màrgens, ponts»; «Dels camins, sendes, màrgens e arbres que cascú a de tenir». Véase V. J. Escartí, *El Llibre del mustassaf*..., pp. 91, 109 y 133. Por otra parte, se conoce que «al mustasaf toca fer conservar los camins del terme de la precent vila...», en P. J. Hernandis (ed.), *Notícia Vila d'Albalat*..., p. 284.

[51] P. J. Hernandis (ed.), *Notícia Vila d'Albalat*..., p. 285.

[52] « [...] que lo mustaçaf tinga jurisdicció civil [...] en coses de servituts de unes cases en altres, camins reals, cendes boçals y generals, pons, escorredors, barranchs, fites, màrgens, aygüeres y albellons, de la provissió del qual se puga recorrer y recórrega als jurats de dita vila així per via de recors com de apel·lació», en A. J. Lairón Pla (ed.), *Libre de diverses statuts e ordenacions fets per lo consell de la vila de Algezira*, València, 2001, p. 191.

[53] «Si carrera pública, per scorrentiment o per força d'aygua de flum o de pluja será pejorada, o de tot en tot será destruÿda, los vehins qui són pus prop de aquella carrera la deuen reffer e adobar o donar carrera per lur terra pròpia», en *Llibre del mustaçaf de la ciutat de València*, p. 97. Este mismo precepto aparece en P. H. Taraçona, *Institucions dels furs*..., p. 205.

[54] Gaspar Martí, almotacén de Xàtiva en 1609, sancionó a la viuda de Tomás Martinis, por haber sorregado el camino real de Valencia. Archivo del Reino de Valencia (ARV), *Mestre Racional*, exp 7.086, núm. 1; También Antoni García de Padilla, almotacén de Xàtiva en 1630, sancionó a los jurados de los lugares de Sant Joan y Faldeta, por haber sorregado dicho camino. ARV., *Mestre Racional*, exp. 7087, núm 11. Para el caso de Cullera, véase F. Giner Perepérez, «El mostassaf de la vila de Cullera», *Quaderns de Cultura de Sueca*, 1 (1980), pp. 47-55.

[55] Véase J. Cortés, «Les actes del Mustassaf de Sueca (1571-1578)», en *Anàlisi local i història comarcal. La Ribera del Xúquer (segles XIV-XIX)*, Valencia, 1990, pp. 33-52, en concreto, sobre caminos públicos, pp. 44 y 45.

[56] «Lo mustaçaf, per son offici, deu anar e veer e determenar los contrasts que seran per rahó de les obres qualesque sien e donar dret juhí a les parts, sumàriament e de pla», en *Llibre del mustaçaf de la ciutat de València*, p. 93.

En base a lo dicho, cabe pensar que los almotacenes de los municipios lindantes con el Júcar —u otros ríos valencianos— conocieron de las controversias surgidas sobre servidumbres vinculadas a la navegación, o, al menos, de aquella denominada por Cipolla *iter pedestre navigationis*. Sin embargo, se trata de una hipótesis que no he podido documentar. Tal vez, el modo de actuación procesal del almotacén explique parcialmente este vacío. Así mismo, cabe apuntar un segundo motivo: la vigencia del derecho consuetudinario en la materia que nos ocupa. Sobre esto último —y dando un salto en el tiempo— resulta oportuna la alusión a una obra escrita cuando nuestra legislación de aguas estaba siendo revisada desde las categorías del liberalismo. Al tratar de la «servidumbre de camino de sirga», el autor, Cirilo Franquet, afirmó que su regulación recaía en el ámbito de las ordenanzas y costumbres locales. Por entonces, la mentalidad jurídica imperante apenas podía mostrar su incomodidad ante una materia históricamente compleja[57]. Desde esta perspectiva, resultaría comprensible la ausencia de pruebas documentales que demuestren su existencia, sobre todo, en la ribera del Júcar:

> Abandonada entre nosotros esta servidumbre a ordenanzas y costumbres locales, no tenemos ley alguna que consagre su existencia y establezca sus condiciones […] Ha sido pues necesario consignar en esta ley la existencia de esta servidumbre, conocida desde la más remota antigüedad, y establecer sus condiciones[58].

LA NAVEGACIÓN EN LOS PRINCIPALES RÍOS VALENCIANOS

No son demasiados los datos conocidos sobre la navegación en el Turia. Se sabe que, en 1424, Alfonso III concedió en enfiteusis a Bernardo de Besaldú el derecho de instalar barcas en el tramo comprendido entre Paterna y el mar. Si se atiende a la literalidad del privilegio, estas naves podían ser arrastradas mediante sirgas, de lo que cabría deducir la existencia de una zona de servidumbre[59]. Ahora bien, es muy probable que, por entonces, el río

---

[57] Sobre esta cuestión, véase J. Mateu Bellés, «Público y privado en los espacios naturales españoles», en *Espacios públicos, espacios privados. Un debate sobre el territorio. Actas del XIX congreso de geógrafos españoles (Santander, 2005)*, Madrid, 2007, pp. 209-255, en especial, pp. 211-215.

[58] C. Franquet y Bertrán, *Ensayo sobre el origen, espítitu y progresos…*, I, p. 403.

[59] «[...] damus sive concedimus in emphyteusim [...] vobis dicto Bernardo Besaldú [...] vestrisque heredibus & successoribus in perpetuum omnes, & quascumque barchas de sirga, seu alias quas apud dictum rivum de Guadalaviar, videlicet a loco de Paterna usque ad marina litora in locis deputatis solitisque, & necessariis ad transitum dicti rivi tenebitis et fuerint necessariae [...]». V. Branchat, *Tratado de los derechos y regalías que corresponden al Real Patrimonio en el Reyno de Valencia y de la jurisdición del Intendente como subrogado en el lugar del antiguo Bayle General* (edición facsímil, Valencia, 1992), 3 vols., Valencia, 1784-1786, III, pp. 251-254.

ya no fuese navegable hasta su desembocadura. Desde el siglo XIII, la virulencia de las avenidas había provocado un cambio en su trayectoria —lo que se conoce como avulsión—. Así las cosas, una menor profundidad, un menor recorrido de las aguas, junto a una pendiente más acusada cancelaron las condiciones que habían posibilitado la existencia de los puertos fluviales romano y andalusí[60]. ¿Cómo habría, pues, que interpretar el citado privilegio? La respuesta puede ser planteada en un doble sentido: o bien aquél guardaba relación con los reiterados intentos de comienzos del siglo XV por restaurar el acceso fluvial de Valencia, o bien se refería a la posibilidad de varar barcas de paso ante la insuficiencia de puentes. En cualquier caso, resulta difícil admitir que cupiese el arrastre de naves hasta Valencia por medio de sirgas. Pese a ello, a finales del siglo XVIII, se autorizó de nuevo el uso de embarcaciones destinadas al transporte de viajeros, desde el puente del mar hasta el Grao[61]. Una vez más, debió de tratarse antes de un proyecto que de una realidad. Y es que el río ya no era apto para este tipo de navegación, aunque la idea resultase coherente con los planes desarrollados en materia de comunicaciones. De lo que sí se tiene noticia es de la existencia, por esas mismas fechas, de dos barcas de paso en el Turia[62].

La navegación por el Júcar está más documentada, probablemente al tratarse de un río de mayor caudal[63]. Un privilegio de Jaime I datado en 1269 determinó que todos los azudes del río mantuviesen abierto un portillo de

---

[60] J. M. Ruiz Pérez y P. Carmona, «La desembocadura del Guadalaviar en época medieval: progradación deltaica y avulsión», en *Geoarqueologia i Quaternari litoral. Memorial Maria Pilar Fumanal*, Valencia, 1999, pp. 245-255, en especial, pp. 252-253.

[61] En 1781, una real orden concedió a José Romero «la facultad de poner en el río de esa ciudad uno o dos barcos que naveguen desde el último puente de la misma ciudad hasta el mar, conduciendo a las personas que quieran usar de esta diversión». ARV, *Bailía, letra E*, expediente nº 1.193.

[62] En 1797, con ocasión de un pleito sustanciado ante el tribunal de la intendencia general, se afirmó que «siempre havía havido en el río Turia de esta ciudad, inmediato al nominado molino de la Misericordia, un barquillo para facilitar a los pasageros el tránsito por dicho río». Un año después, el intendente otorgó la «facultad de poner en el río Turia, en la partida de los árboles nombrados de Salvat, un barco para el tránsito de gentes». ARV, *Bailía, letra E,* expediente nº 1.943.

[63] Existe una referencia romana del siglo I a.C. al *portum sucrone*, ubicado en el punto de confluencia entre la vía augusta y el río; es decir, aproximadamente en el emplazamiento de la actual Alzira. Véase J. Villalmanzo Cameno y F. Giner Perepérez, *El archivo histórico de la ciudad de Cullera. Guía-inventario de sus fondos*, Valencia, 1978, p. 178, nota 18. Otra interpretación, que ubica el señalado puerto en la desembocadura del río y en las inmediaciones de Cullera, se debe a Mª. L. Chofre Navarrete, «Sucro, Sucronem y el portum sucrone en los textos antiguos», en *VI Jornades d'estudis de Cullera*, Cullera, 2005, pp. 113-151. Por lo que se refiere al periodo andalusí, véase F. Franco Sánchez, «En torno a la ubicación de la fortaleza islámica de Qalasa: la importancia económica y estratégica del río Júcar», *Espacio, Tiempo y Forma,* 4 (1989), pp. 195-196. En fin, para la época bajomedieval, véase F. J. García Pons, *Les barques del Xúquer*, pp. 9-30.

cinco metros de amplitud que permitiese el paso de barcas; también, que en los márgenes hubiese una franja de terreno que posibilitase el arrastre por medio de sirga:

> « [...] concedimus etiam vobis quod barcharii, seu quilibet alii ducentes barchas vacuas vel oneratas per dictum flumen Xucarii, possint ipsas sirgare per ripam contiguarum ex utraque parte ejusdem fluminis, a supra dicto scilicet azuto usque in mare, franche scilicet & libere, & sine impedimento & contradictione alicujus personae, sicut illis qui ipsas barchas sirgabunt necessarium fuerit»[64].

Este camino, que serviría de auxilio a las embarcaciones, aún existía en 1380. Dicho año, las autoridades municipales de Alzira recorrieron los márgenes del río montadas a caballo, y constataron que, en varios azudes, el paso quedaba obstaculizado con cañas y piedras[65]. Obviamente, la pequeña nobleza rural, propietaria de tierras y molinos, trataba de impedir el tránsito de naves. Hasta entonces, la Corona había apoyado el propósito de Alzira de mantener abierta su comunicación con el mar y, sobre todo, sus intereses agrícolas. Pero, en 1415, la política regia cambió de sentido y optó por la conversión en regadío de las tierras situadas aguas abajo.

A partir de ese momento, iba a propiciarse una mayor retención de aguas, así como su desvío y canalización hacia los términos de Sueca y Cullera[66]. Un privilegio, otorgado por Fernando I a Cullera, en 1415, mostró a las claras este nuevo escenario. En su virtud, el monarca, por una parte, autorizaba la extracción de agua, *pro et ad opus rigandi et humetandi terras, predia et possessiones vestras*; pero, por otra, y aunque formalmente la navegación quedaba a salvo, de hecho, resultó enormemente obstaculizada. Era evidente que, tras la crisis alimenticia del siglo XIV, la agricultura y la molinería acabaron predominando.

Pese a esta pérdida de relevancia, la navegación en el Júcar no desapareció del todo. En 1460, Juan II otorgó en favor de Luis de Nágera el derecho de poseer barcas[67]. Según el tenor del privilegio, éstas no podrían usarse a

---

[64] Este privilegio fue confirmado por otro de Jaime II, datado en Barcelona en 1315. Ambos aparecen reproducidos en V. Branchat, *Tratado de los derechos y regalías*..., III, pp. 196-200.

[65] Véase J. F. Mateu Bellés, «La ciència i la tècnica davant les revingudes del Xúquer (1635-1905: notes preliminars», *Cuadernos de Geografía*, 32-33 (1983), pp. 243-264; así como A. Furió y L. P. Martínez, «Assuts i molins sobre el Xúquer en la Baixa Edat Mitjana», en R. Azuar y J. Martí Oltra (coords.), *IV Congreso de arqueología medieval española: sociedades en transición*, 3 vols., Alicante, 1993-1994, III, pp. 575-583.

[66] C. Sanchis Ibor, *Regadiu i canvi ambiental a l'albufera de València*, València, 2001, pp. 85 y ss.

[67] V. Branchat, *Tratado de los derechos y regalías*..., III, pp. 255-261.

más de dos mil pasos de su molino —ubicado en el término de Riola—, ni perjudicar los derechos de terceros; atenderían, tanto al molino, como a cualquier transeúnte; podrían circular de día, de noche, con o sin sirga; en fin, por el transporte de personas, animales, granos, harina u otras cosas, los barqueros tendrían derecho a percibir una pequeña cantidad. Todavía en el siglo XVI, Pere Antoni Beuter calificó al Júcar como *flum naval*. Desde luego, la controversia acerca de la navegabilidad del río perduró durante mucho tiempo. En 1562, a instancias de los jurados de Alzira, se afirmaba que:

> [...] para más seguridad y comodidad, ansi para que el dicho río se pueda navegar, como para que por él se puedan haser fustas y leña, y para que el pescado pueda subir de la mar, y para dalle un paso de más libre corriente de la que al presente tiene, le parece que las golas de los dichos açudes se haga esta disposición y obra en las dichas asudes [...][68].

Y es que la progresiva construcción de azudes no impidió la existencia de barcas dedicadas, por ejemplo, al transporte de cañas, plantas ampliamente utilizadas en la construcción y en la agricultura[69]. También se sabe que las había destinadas a las tareas de drenaje del cauce, o que auxiliaban en las actividades de los molinos. Pero, sobre todo, pervivieron las naves de paso.

Como se sabe, en el reino de Valencia, la construcción de puentes no siempre resultó factible[70]. El elevado coste de las obras; en algunos tramos, la inconsistencia del lecho; las frecuentes avenidas y el transporte de madera desaconsejaron bastir este tipo de infraestructuras[71]. Por ello y hasta bien entrado el siglo XIX, la comunicación entre las dos riberas del Júcar se articu-

---

[68] Archivo Municipal de Alzira, *río Xúquer, documentos varios*, sin signar.

[69] En enero de 1787, José Carbonell, administrador de la bailía de Villanueva de Castellón, afirmó que «[...] lexos de darse en esta bailía licencias para cortar las cañas antes de la luna vieja del presente enero, tengo echo vando [...] que ningún vecino ni terrateniente corte cañas hasta entrado en la luna vieja, bajo pena de 25 l. v., y si acaso alguno contraviene a esta orden es vecino de Alcira, o que tiene conocimiento y seguro puerto o desembarcadero en su término, pues son tan diestros en los cortes y trasportaciones por el río Xúcar, que no hai práctico marinero que les cotege su náutica en este río, a que les facilita el corriente del río, y la necesidad de este género que hai en Alcira más que en ninguna otra parte de esta ribera [...]». ARV, *Bailía, letra E*, expediente nº 1.466 bis.

[70] C. Sanchis Deusa, *Los puentes valencianos antiguos*, Valencia, 1993.

[71] Véase Furs, capítols, provisions e actes de cort fets per lo sereníssimo don Phelip en lo any 1547, cap. 35; *Furs, capítols, provisions e actes de cort fets y atorgats per la S. C. R. M. del rey don Phelip en lo any 1564*, cap. 108; *Furs, capítols, provisions e actes de cort fets y atorgats per la S. C. R. M. del rey don Phelip en lo any 1585*, cap. 180; *Furs, capítols, provisions e actes de cort fets y atorgats per la S .C. R. M. del rey don Phelip en lo any 1626*, caps. 59 y 88; asimismo, V. Graullera Sanz, «Relaciones comerciales y vías de comunicación en la Valencia foral», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, 3 vols., Valencia, 1995, II, pp. 1.689-1.704.

ló por medio de tres puentes y al menos ocho barcas de paso[72]. Su establecimiento requería de una previa autorización regia; por un lado, porque atravesaban ríos, cuyas aguas eran consideradas regalías y, por otro, porque conectaban caminos públicos. Algunas pertenecieron al real patrimonio —Albalat, Segreny, Riola y Fortaleny—, aunque se arrendaba su explotación. Entonces, el baile hacía entrega de la nave y de sus aparejos al arrendatario[73], quien, por su parte, debía hacer frente al pago anual de una pensión, canon o censo[74]. El control de este tipo de barcas estaba relacionado con el interés regio en materia de sendas y caminos: la regularidad de las comunicaciones y la cuantía del derecho de barcaje debían quedar a salvo de las estipulaciones entre particulares. Sobre esta cuestión, en 1806, el arrendatario de los derechos de la bailía general de Valencia dijo lo siguiente:

> Es punto induvitado entre todos los Escritores, autorizado con multitud de executorias ganadas en Justicia por el Real Patrimonio, y decidido en los antiguos fueros, Privilegios, y repetidas Rs. Órdenes que, así como es propio únicamente de la Soberanía disponer de las aguas de los Ríos y otras qualesquiera públicas, lo es también dar licencia para tener Barcos para tránsito, vado, pesca y demás efectos. De modo que en este particular no cabe dudarse que ningún Vasallo puede hacer uso de Barcos para los objetos indicados, y especialmente para el vado o tránsito, sin expresa licencia de Su Magestad, establecimiento formal de esta Regalía o privilegio especial para su goce y disfrute, con el supuesto de que al Rey siempre lo quedarán reservados los efectos de su Soberanía inseparables de la misma[75].

Estas embarcaciones, a partir del último tercio del siglo XVIII, fueron objeto de una especial atención por parte de las autoridades regias. La Corona quiso recuperar el control de unos medios de transporte, que usualmente se hallaban en manos de la nobleza, a través de arrendamientos o enfiteusis[76].

---

[72] Los únicos dos puentes de piedra se alzaban en Alzira, mientras que, casi en la desembocadura del río, en Cullera, se ubicaba el tercero, de madera. Durante la Edad Media, las barcas existentes fueron las de Albalat, Segayrén o Segreny, Riola, Fortaleny, Alcosser y Sumacàrcer. Ya en el siglo XVII se vararon otras dos: en Tous y Antella. Véase F. J. García Pons, *Les barques del Xúquer*, pp. 10-17. Sobre el puente de Cullera, véase ARV, *Mestre Racional*, exps. 10.357 y 10.358.

[73] En los capítulos estipulados en 1617 por el baile general para el arrendamiento del tercio diezmo de la villa y honor de Corbera se decía que: «Que lo dit noble batle general haja de donar la barca de Riola ben adobada y posada con convé per a fer son exercici de pasar gent totes les aynes necessàries que·s costum donar en los arrendaments de dites barques». ARV, *Mestre Racional*, exp. 2.838, s. f.

[74] «La persona que disfrute esta gracia [...] estará tenida a [...] contribuir la pensión o canon, censo o responsabilidad anexa a la concesión, por exigirlo así su naturaleza». ARV, *Bailía, letra E, apéndice*, expediente nº 422.

[75] ARV, *Bailía, letra E, apéndice*, expediente nº 422.

[76] Sobre este propósito regio, véase C. García Monerris, *La Corona contra la Historia. José Canga Argüelles y la reforma del Real Patrimonio valenciano*, Valencia, 2005.

Varios municipios sostuvieron los propósitos del real patrimonio y, en este punto, surgieron los conflictos. En 1783, el procurador síndico y el diputado del común de Alberic, comparecieron ante el Consejo de Castilla. El señor territorial, el duque del Infantado, explotaba una barca de paso situada en lugar de Alcosser. Según dijeron los citados representantes, desde antiguo, cada vez que se renovaba la nave, los vecinos de Alberic, Villanueva de Castellón y Alcosser auxiliaban en las tareas de botadura. Ahora, demandaban que:

> Respecto que el uso de pontages y barcages era propio y privativo del real patrimonio, y que ninguno podía usar de él sin real gracia, concesión o privilegio, suplicaban se mandase al duque del Infantado presentase el privilegio o concesión que tubiere, para que en su vista constare a todo el público común de Alberique el pago que tubiere por barcage y obligaciones a que estaban sus vecinos[77].

Algo parecido sucedió en 1801, cuando el ayuntamiento de Fortaleny se dirigió al intendente general del reino de Valencia. En este lugar existía desde antiguo una pequeña embarcación que servía de paso al término de Sueca[78]. Además, en 1792, el ayuntamiento obtuvo licencia del Consejo para instalar otra de mayor tamaño que permitiese el tránsito de carruajes. Ésta permaneció en funcionamiento durante siete años hasta que alguien la saboteó[79]. Y es que se había desatado un conflicto entre el señor territorial —el marqués de Santiago— y los vecinos de Fortaleny. Aquél quiso evitar a toda costa una actividad que iba en perjuicio de sus derechos: la barca más próxima —la de Riola— también le pertenecía y, su uso creció notablemente tras la ruina de aquélla[80]. Por su parte, las autoridades municipales de Sueca apoyaron la iniciativa de los vecinos de Fortaleny: la seguridad del lugar, la administración de la justicia, el desarrollo del comercio y sobre todo el

---

[77] ARV, *Bailía, letra E, apéndice*, expediente nº 1.161.

[78] En el escrito se decía que los vecinos de Fortaleny «de imemorial han conocido en dicho Pueblo para el tránsito del Río Xúcar a la Villa de Sueca quando menos Barca Pequeña pagando una cantidad moderada, o bien al Sºr Marqués de Santiago o aquellos sujetos que tenían arrendadas sus rentas y derechos». ARV, *Bailía, letra E*, expediente nº 2.066.

[79] «Algún mal intencionado embidioso de el bien de este Pueblo y vecinos cortó las sogas y suelto se precipitó sin poder impedirlo muchos de estos vecinos que en medio de una grande riada y temporal salieron para su recobro». ARV, *Bailía, letra E*, expediente nº 2.066.

[80] «Los vezinos de esta villa de Sueca cultivan la mayor parte de aquel término los unos como dueños y los otros como arrendatarios, y no pueden pintarse los disturvios, inconvenientes y menoscabos que sufre tan gran número de labradores que tienen que rodear con sus pares y cavallerías por el lugar de Riola, donde tienen que sugetarse, juntarse y tumultuarse con tal confusión y tales conferencias especialmente en tiempo de recolección de cosechas que raro es el año, señor, por no decir el día que no haya pendencias o desgracias por el indispensable motín de gente y de cavallerías». ARV, *Bailía, letra E*, expediente nº 2.066.

fomento de la agricultura debían prevalecer sobre la conveniencia de un particular. En 1817 una real orden zanjó la cuestión: el barco destruido debía reponerse aun a costa del real patrimonio[81]. Años después, en 1826, su explotación se dio en arriendo[82].

Éste no había sido el único pleito que enfrentó al marqués de Santiago con la Corona. En 1806, el responsable de la bailía de Valencia le denunció, iniciándose así un largo litigio —todavía inconcluso en 1834— por la titularidad de la barca de Riola. En estos términos se expresó el arrendador de la bailía general:

> Así como en otros ramos se advierten usurpados los Derechos y Regalías del Real Patrimonio, confundidos y obscurecidos por la inacción padecida en el transcurso de muchos años, el mismo que ha facilitado a los Usurpadores y Posehedores de semejantes Derechos el mantenerse en ellos, quieta y pacíficamente, como si lo fueran legítimos y tubiesen un dominio con títulos capaces de adquirirle y de atribuirles su pertenencia, vemos también con admiración que el Marqués de Santiago se halla ocupando y disfruta como a cosa propia la Regalía y facultad de mantener el Barco en el Río Xúcar titulado de Riola, junto a este Pueblo, disfrutando los emolumentos que produce esta preciosa Alhaja privativa e inseparable de la Soberanía, sin tener título, concesión, establecimiento, Privilegio, ni otro de los expresados, ni menos contribuir cantidad alguna por dicha razón, ni reconocer al Rl. Patrimonio para la más mínima cosa, lo que en verdad ni deve, ni puede mirarse con indiferencia[83].

En el siglo XVII, esta nave había sido conocida como la «barca de Sa Mag[esta]t que està en lo riu de Chúquer en lo pas del loch de Riola». Al tratarse de una regalía, era inspeccionada y otorgada en arrendamiento por los responsables del real patrimonio[84]. Pero, en 1727, el marqués de Santiago

---

[81] ARV, *Bailía, letra E*, expediente nº 2.684

[82] «El señor Bayle General del Real Patrimonio de este Reyno, en el Real nombre de S. M. [...] vendió para siempre a Dn. Máximo Burgos, vecino de esta ciudad, el Barco de tránsito construido y colocado con dinero y por cuenta del Real Patrimonio al paso del Río Júcar de la villa y término de Sueca al del lugar despoblado de Fortaleny, con el molinete, maroma, casita del barquero y demás útiles que le correspondan, todo propio de S. M., por el convenido precio de seis mil doscientos veinte y cuatro rs. vn., que confesó su señoría tener recibidos del comprador, a quien otorgó carta de pago de dicha suma, y concedió en establecimiento y perpetua enfiteusis al mismo Dn. Máximo Burgos la facultad de poder colocar un Barco de tránsito en el sitio que ocupava el que acaba de venderle, con las preeminencias de mantener en el Barco el escudo de armas Reales, de poder desaser el que se hallaba colocado y subsistir otro en su lugar, y de extraerle a las Riberas del Río Júcar, tanto con el objeto antedicho, como para componerle siempre que fuera necesario [...]». ARV, *Bailía, letra E, apéndice*, expediente nº 422.

[83] ARV, *Bailía, letra P. I.*, expediente nº 4.276.

[84] «Dicto die Jaume Ximeno, mestre d'aixa expert et ensemps ab dit Sebastià Jover, insegüint dita provisió y visura dixeren y relasió feren aver vist y reconegut la barca de Sa Mag[esta]t que està en lo riu de Chúquer en lo pas del loch de Riola, la qual fonch atrobada que aquella està vella

adquirió los derechos sobre los tercios diezmos y bailías de la villa y honor de Corbera[85]. Desde entonces, la delimitación de los derechos sobre la barca quedó oscurecida.

También en 1806, la Corona inició un pleito, esta vez contra el conde de Sumacàrcer. Los señores de este lugar habían explotado una barca de paso desde 1431, en virtud de un privilegio concedido por Alfonso V, que además les facultó para oponerse a la existencia de otras embarcaciones en las proximidades. Precisamente, esta capacidad de prohibición se halló en el origen de varios pleitos con los señoríos vecinos[86]. En uno de ellos, sentenciado en 1684, el procurador del señor de Antella había solicitado el amparo de los derechos «super posessione antiquissima sive inmemoriali in qua suus principalis insistebit per se et per suos antecessores tenendi naviculam fluvialem pro transitu et traniectione personarum animalium aliarumque rerum de ripa ad ripam in flumine sucronis vulgo Xucar in termino profacti loci de Antella»[87]. La real audiencia no consideró probada esta posesión y, en consecuencia, admitió la facultad prohibitoria del señor de Sumacàrcer. Ahora, a comienzos del siglo XIX, la situación era distinta y el título era cuestionado por la propia Corona[88].

* * *

Pues bien, como se ha podido comprobar, la gran mayoría de la información recabada se refiere a un tipo muy concreto de navegación fluvial: la dedicada al tránsito. También a un río: el Júcar. Los expedientes que conocemos se tramitaron sobre todo durante el periodo en que la monarquía devino en *administrativa*. Por entonces, la Corona pleiteaba para recuperar el control

---

y algún tanto podrida, que fa molta aigua, y les costelles de dita barca la major part estan podrides [...]». ARV, *Mestre Racional*, exp. 2.827, s. f. Cincuenta años después, el importe del arrendamiento aun no había variado: «Item. Pose en data setanta lliures de Joseph Beltran, al qual, com a més de preu donant, li fonch arrendada la Barca de Riola per dit preu, ab cinch lliures de exaus, en virtut de la dellib[eraci]ó de la Junta P[atrimonia]l de 14 del any 1659, cobrada en lo conte de 1658» ARV, *Mestre Racional*, exp. 5.609, s. f.

85 ARV, *Bailía, letra E, apéndice*, expediente nº 1.353.

86 R. Aznar i Garcia, «Dret de navegació fluvial a València: un cas a la Ribera del Xúquer», en *Actes de la VII assemblea d'història de la Ribera (Sumacàrcer, 1998)*, en prensa.

87 ARV, *Real Audiencia, foral, sentencias*, caja 159, expt. 4.392.

88 «Se haga saber a la Persona que haya quedado encargada en esta Ciudad de los asuntos del expresado señor Conde de Sumacárcel [...] que dentro de nueve días precisos exiba y haga constar el Rl. Título, Privilegio, Donación o Establecimiento, en virtud del qual detenta y disfruta dicho señor Conde de Sumacárcel el derecho y Regalía del Barco de tránsito o Bado del Río Xúcar junto al Pueblo de Sumacárcel [...]. Ygualmente suppco. a V. S. tenga a bien mandar que ante todas cosas se proceda al sequestro y administración del Barco y sus rendimientos [...]». ARV, *Bailía, letra PI*, expediente nº 4.181.

sobre estas infraestructuras. El contexto era de mejora de las vías de transporte. Por regla general, se produjo una coincidencia de intereses, en clave antiseñorial, entre los municipios y las autoridades regias. En cualquier caso, fue usual que las controversias se prolongasen durante décadas.

UN CASO DE LIMITACIÓN DEL DOMINIO

Tan sólo he localizado un caso de limitación de dominio originada por la navegación fluvial. Las posibles razones de esta escasez han quedado apuntadas más arriba. Por un lado, nos hallamos, tras las decisiones adoptadas en el siglo XV, ante la pérdida de relevancia del Júcar como curso navegable. Por otro, ante una materia —las servidumbres—, cuyo conocimiento estuvo en parte atribuido durante siglos al almotacén, oficial que actuaba de modo sumario y oral. En fin, ante una cuestión en parte regulada por el derecho consuetudinario.

El supuesto al que me refiero se remonta a 1789. Dicho año, Francisco Ortizá, vecino de Carlet, interpuso una denuncia de obra nueva contra la construcción de un embarcadero en sus tierras[89]. El pleito le enfrentó con José Antonio Ximénez, quien tenía arrendados los derechos dominicales de las baronías de Alberic, Alcosser y Gavarda. Se estaba construyendo un nuevo muelle al servicio de la barca de Alcosser, y la modificación afectaba a un campo que Ortizá tenía plantado de moreras[90]. Al parecer, este tipo de obras era habitual. En invierno las avenidas destruían el embarcadero. En varias ocasiones el río había alterado su cauce. Por contra, en verano, la escasez de aguas y la formación de bancos de arena dificultaban el tránsito. De aquí estas recurrentes intervenciones, para las que se buscaban angostos del río que evitasen además rodeos innecesarios[91]. Ahora, el nuevo acceso detraía

[89] ARV, *Escribanías de Cámara, año 1789*, expediente nº 42.

[90] «Me hallo con pocitiva noticia de que en el día se están maniobrando y construyendo nuevos desembarcaderos para la translación de la barca llamada de Alcozer, tráncito del río Xúcar, por una pieza de tierra propia mía plantada de moreras confinante con dicho río, y con tierras de los herederos de Joseph Aparici, y cauce viejo del río Albayda, cuya obra de abrir desembarcadero va seguramente a inutilizar quasi toda la pieza por la conciderable extensión que la experiencia manifiesta se toma de ellos y sus trancitos, lo qual, siendo en tal notable perjuicio de mis derechos, me veo en la precisión de acudir a la justificación del tribunal para su pronto remedio».

[91] «Ha sido preciso y sucede los más años de haverse de hacer de nuevo los embarcadores y muchas veces mudarles, o bien a la parte de arriba o a la de abaxo de sus corrientes, buscándose siempre la mejor proporción de sitio, así para evitar su mayor coste, como su mayor estrechez, o mayor o menor copia de agua y corriente, según los tiempos y estado de dicho río, con la de no estraviarles mucho del camino, para evitar rodeo a los transehuentes y mayores perjuicios a los campos inmediatos».

una extensión considerable de la parcela de Ortizá en perjuicio de sus intereses. La controversia tenía como escenario la recurrente alteración del entorno en el que confluían los ríos Júcar y Albaida, donde la movilidad de los cauces era continua[92].

Tal vez, Ortizá era el propietario más perjudicado por estas modificaciones y, probablemente por ello, sostuvo que las variaciones del embarcadero siempre se habían dado en terrenos sin árboles e incultos. Bernardo Cancrós, uno de los testigos de parte, corroboró esta idea. Según dijo, también en otras ocasiones se había mudado la ubicación del embarcadero; pero nunca se había entorpecido la actividad agrícola. Y es que, usualmente, el acceso a la barca se realizaba a través de terrenos sin árboles o pedregosos[93]. En su opinión, una suerte de costumbre permitía conjugar el interés público y el particular; también, minimizar los daños en las plantaciones. Desde esta perspectiva, concluía que las obras realizadas eran ilegítimas. No fue ésta, en cambio, la opinión del procurador de Ximénez. A su modo de ver, desde antiguo, los propietarios de los fundos próximos habían tolerado, consentido y sufrido pacíficamente, tanto esta infraestructura, como el tránsito de viandantes y caballerías a través de sus propiedades[94]. Y ello porque eran «inebitables, necesarias y útiles al público»[95]. No era cierto, además, que sus propiedades tuviesen que estar incultas.

Pues bien, en 1790, Elías Antonio Lavilla, alcalde mayor de Alberic, dictó un auto sobre el asunto[96]. En él amparó al arrendador del barco en su dere-

---

[92] J. M. Ruiz Pérez, *Hidrogeomorfología del llano de inundación del Júcar*, tesis doctoral inédita, Valencia, 2001, pp. 120 y ss.

[93] «Siempre ha visto y observado que las mutaciones que en varios tiempos se han hecho en los embarcaderos han sido en terrenos yncultos, que, aunque tuviesen dueños, por no tener árboles y ser secano y pedregal a veces y recién dexado por el río, no lo cultivavan, ni laborizavan, de forma que assí dichos embarcaderos, como los caminos para su entrada, no causavan perjuicio».

[94] «Esta, pues, costumbre y posesión es y ha sido tan antigua que excede a la memoria de los hombres, y tan tolerada y consentida por los dueños de las tierras confinantes en dicho río, que no ha visto ni hay exemplo de oposición alguna higual a la que ocurre y ha hecho Ortizá, cuya aquiesencia viene sin duda a la prudente consideración de los ynteresados dueños, reconociéndose obligados a sufrir semejantes embarcaderos, y de consiguiente de que transiten los caminantes aunque sea por parte de sus terrenos, por ser inebitables, necesarias y útiles al público semejantes maniobras y variaciones de embarcaderos [...]».

[95] Aunque se aluda a la utilidad pública y a la necesidad, entiendo que el caso referido no debe reconducirse al ámbito de la expropiación. Por un lado, porque no parece que mediase pago de indemnización alguna. Y además, porque Ortizá no se vio *privado de*, sino *limitado en* sus derechos dominicales. Sobre esta cuestión, véase F. L. Pacheco Caballero, «La recepción hispánica de la doctrina de la expropiación por causa de utilidad pública (siglos XIII-XIX)», *Initium. Revista Catalana d'Història del Dret*, 3 (1998), pp. 383-417.

[96] «Amparaba y amparó [al] actual arrendatario del barco y demás derechos dominicales de esta villa y la de Alcozer y annexas, en la posesión de mudar, remover, situar y establecer el barco de la disputa en el parage o parages necesarios y convenientes al más cómodo y seguro tráncito de los trageneros viaxantes y transeúntes por él, y en la de erigir, formar y construhir

cho de establecerlo en el lugar que estimase más conveniente al tránsito. El «estado y las circunstancias accidentales» del Júcar imponían esta mutación. Los criterios a los que habría de atenerse eran la comodidad y la seguridad de los usuarios. La presencia de estos factores se tendría que manifestar evitando ya rodeos innecesarios, ya accesos demasiado estrechos o con pendiente acusada. Ortizá, pues, no estaba legitimado para impedir la obra. En cualquier caso, podía impulsar ante la real audiencia un juicio de propiedad. El litigio ahora resuelto se limitaba a sus derechos posesorios.

---

indistintamente los embarcaderos y desembarcaderos de fácil y segura entrada y salida que fueran precisos para el tráncito común en todos los casos ocurribles de que sea conveniente la mutación del citado barco, según lo exijan el estado y circunstancias accidentales del río Xúcar, sin que por don Francisco Ortizá, ni otra persona, se impidan estas operaciones y quantas sean oportunas a la mejor subsistencia de dicho barco y más fácil circulación de los pasageros por él, reservando como reservó su respectivo derecho a las partes, para que en el juicio de propiedad puedan deducir el que les convenga, higualmente que sobre los perjuicios articulados por la de Ortizá».

SERVIDUMBRES Y LIMITACIONES DE DOMINIO EN EL SISTEMA AGROPECUARIO DE GALICIA

Pegerto Saavedra
Universidad de Santiago de Compostela

I. INTRODUCCIÓN

Si servidumbre es derecho sobre cosa ajena, que limita por tanto del derecho de propiedad, no cabe duda de que el sistema agropecuario de Galicia estaba —y parcialmente aun lo está, en las aldeas en que no se realizó la concentración parcelaria— plagado de servidumbres[1]. Y ello por la extensión del foro como forma dominante hasta comienzos del siglo XX para ceder la tierra en cultivo, por la organización del espacio agrario y por la creciente complejidad de unas rotaciones que exigían respetar derechos de paso o de acceso a aguas de riego. Me atrevería incluso a afirmar que a lo largo de la Edad Moderna el mundo rural gallego evolucionó, no hacia el individualismo agrario del que tanto habla la historiografía referida a la Europa del siglo XVIII, sino, al revés, hacia el reforzamiento de un complejo entramado comunitario, con el resultado de la práctica de una sociabilidad local, de aldea o parroquia, vigorosa y dinámica, responsable a la postre de la creación de una riquísima cultura popular que ha entrado en crisis con la brusca "desagrarización" posterior a 1960/80[2].

En efecto, diversos factores contribuyeron a intensificar los intercambios de todo tipo en el ámbito de las aldeas y parroquias desde el otoño de la Edad Media. Ante todo, el propio crecimiento demográfico, espectacular en ocasiones: el vecindario para la contribución de la Hermandad de la década de 1490 atribuye al Reino unas 50.000 familias, menos por tanto de 250.000

---

[1] Para el contexto jurídico remito a la ponencia del prof. Salustiano de Dios incluida en este mismo volumen, y a otros trabajos que publicó con anterioridad, en especial "Doctrina jurídica castellana sobre costumbre y prescripción", en *Historia de la propiedad. Costumbre y prescripción*, Madrid, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 2006, págs. 211-281, y "Representación doctrinal de la propiedad en los juristas de la corona de Castilla (1480-1640)", en *Historia de la propiedad en España: siglos XV-XX*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999, págs. 191 y ss. Los volúmenes citados corresponden, respectivamente, al IV y I Encuentro sobre Historia de la Propiedad.

[2] Cfr. Pegerto Saavedra, *La vida cotidiana en la Galicia del Antiguo Régimen*, Barcelona, Crítica, 1994.

personas y no más de 8,5 habitantes por Km^2. En 1800 vivían en Galicia 1.500.000 habitantes en 350.000 hogares, y en 1860, 1.800.000 en 400.000 (y en este momento la emigración era ya muy acusada). En consecuencia, desde 1500 a 1860 la población se multiplicó tal vez por siete, lo que da idea de las transformaciones internas que tuvieron que notar aldeas y parroquias y de los cambios en el paisaje agrario.

En la segunda mitad del XVI, muchas aldeas de la Galicia occidental, que en el XVIII alcanzaría elevadísimas densidades de población, tenían uno o dos vecinos, y esto significa que las familias vivían casi aisladas, en medio de dilatados espacios comunales, con frecuencia boscosos y plagados de fieras, sobre todo de lobos. Baste citar el caso del Salnés, en las Rías Baixas, en donde en 1582 una cuarta parte de las aldeas contaba con uno o dos hogares, y un porcentaje semejante con tres o cuatro. En 1750 no quedaban asentamientos tan pequeños y el promedio de hogares por aldea era de 20, frente a 6,5 en 1582. Desde que se conservan datos sobre el número de familias por aldea —en general no antes de la segunda mitad del XVI—, hasta mediados del XIX, cuando se realizan nomenclátores sistemáticos, no parece que el número de asentamientos se modificase mucho: en el Salnés la población se incrementa un 312 por cien entre 1580 y 1750, y el número de asentamientos sólo un 4,1. Y en la tierra de Montes los porcentajes son, por el mismo orden, del 264 y 15[3]. Aun queda mucho por investigar en este terreno, pues las fuentes generadas por la administración civil y eclesiástica se refieren más a la parroquia —que de promedio tenían unas ocho aldeas— que a las aldeas, evidencia por otra parte del lugar que, en cuanto institución que articulaba un mundo rural de asentamientos dispersos y aislados, se le reconocía a la primera, que acabó siendo mucho más que una circunscripción religiosa. En todo caso, si tomamos como indicador el número medio de hogares de las parroquias podemos apuntar que en 1490 sería de 14 ó 15, en tanto en 1800 se acercaba a los 90 y en 1860 a los 105, con grandes diferencias entre unas y otras diócesis. Lo que resulta indudable es que la red parroquial se modificó aún menos que la de asentamientos o aldeas, pues en 1800 el número de feligresías no había aumentado un 5 por cien con respecto al de la primera mitad del XVI[4].

---

[3] Camilo Fernández Cortizo, "«Aldeas y caseríos a tiro de mano de piedra». Los asentamientos rurales en el arzobispado de Santiago (siglos XVI-XVIII)", en *Espacio. Tiempo. Forma. Historia Moderna*, 7 (1994), págs. 211 y ss.; Pegerto Saavedra, "O hábitat no noroeste peninsular nos ss. XVI-XIX", *Sémata. Ciencias Sociais e Humanidades*, 9 (1998), págs. 173 y ss., y Delfina Rodríguez Fernández, "Aldeas y parroquias: la estructuración del territorio en la comarca celanovesa a lo largo de los tiempos modernos", en *Homenaxe á profesora Lola F. Ferro: estudios de historia, arte e xeografía*, Universidade de Vigo, 2005, págs. 535 y ss.

[4] Pegerto Saavedra, "As freguesias da Galiza de finais do séc. XV a mediados do XIX", *Revista de História da Sociedade e da Cultura* (Univ. de Coimbra), 7 (2007), págs. 195 y ss.

Si las aldeas, y por tanto las parroquias que las agrupaban, notaron en el curso de la edad moderna un aumento, en ocasiones una multiplicación por cinco o seis, del número de vecinos, esto conllevó la intensificación de los intercambios de todo tipo, la necesidad de acuerdos y las ocasiones de conflictos. El espacio interior de los asentamientos tuvo que remodelarse, y a la vez se transformó al paisaje agrario, debido a la expansión del espacio cultivado, a la introducción de nuevas plantas y a las mudanzas en las rotaciones, y a la subdivisión de las parcelas, en razón de partijas o de compraventas. Resulta claro, en este contexto, que las relaciones comunitarias en el ámbito de cada aldea, o de varias cuando compartían espacios y trabajos, se adensaron. A ello contribuyó asimismo el desarrollo de labores comunitarias, como las *esfollas* de maíz, las tareas de preparado del lino, el mantenimiento de caminos, presas de riego y cercas. En muchas faenas colectivas se mezclaban el trabajo y la fiesta, pues en un mundo que desconocía el "ocio" en el sentido moderno, trabajo, diversión y deberes rituales no solían estar diferenciados[5].

Pero la intensificación de los intercambios materiales e inmateriales entre las familias campesinas no fue tan sólo el resultado de mudanzas económicas y demográficas; hubo otras en el terreno cultural y religioso que actuaron en la misma dirección. Así, la implantación a nivel local de las reformas tridentinas reforzó la parroquia en tanto que marco administrativo y espacio de sociabilidad: la obligación de asistir a la misa mayor los domingos y demás fiestas de guardar, y de cumplir el precepto pascual; la fundación de cofradías y capellanías, y la consiguiente celebración ruidosa de los patronos; el funcionamiento regular de la fábrica, que exigía reuniones periódicas de los cabezas de casa para aprobar las cuentas y designar mayordomo y, en ocasiones, sacristán..., éstas y otras circunstancias dieron motivo a que los vecinos se juntasen con regularidad en el centro de la feligresía, en donde se hallaba "a parroquia dos mortos", no precisamente muerta[6].

II. EL PROGRESIVO FORTALECIMIENTO DEL DOMINIO ÚTIL

El sistema agropecuario, en razón de la propia organización del espacio, del tipo de rotaciones y de las formas de cesión de la tierra, se hallaba colmado de servidumbres y limitaciones de dominio, que, en parte por lo seña-

[5] Luis Ribot y Luigi Da Rosa, dirs., *Trabajo y ocio en la época moderna*, Madrid, Actas, 2001.

[6] Sobre la evolución de las prácticas religiosas existe una abundante publicística; vid., en especial, Domingo González Lopo, *Los comportamientos religiosos en la Galicia del Barroco*, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 2002.

lado anteriormente, se reforzaron en el discurso del Antiguo Régimen. Para empezar, las instituciones eclesiásticas seculares y regulares —en particular las últimas—, y más tarde algunas casas nobles, habían conseguido por donaciones reales, de particulares, por compraventas o por el ejercicio de la violencia, dilatados patrimonios, que cedieron en foro a los campesinos para que los cultivasen. De este modo, la propiedad foral suponía la división de dominios entre directo y útil; los señores del directo percibían una renta, los dueños del útil podían cultivar la tierra y, bajo ciertas condiciones, transmitirla por herencia[7].

En la práctica, las limitaciones que los señores del directo imponían a propietarios del útil a la hora de vender, trocar o transmitir los bienes no siempre se cumplían. Las prohibiciones de enajenar tierras o casas, o en todo caso de hacerlo sin conocimiento de los rentistas —para ejercer el derecho de retracto o cobrar el laudemio—, a menudo no se respetaban, según acreditan muchas escrituras de compraventa en las que se puede observar incluso la enajenación como bienes "libres diezmo a Dios" de tierras cedidas en foro; tampoco el mandato de traspasar los bienes a un único heredero, el cual, en los foros de voces, tendría que presentarse ante el dueño del directo para ser reconocido como tal. De hecho, los bienes forales se transmitían según las costumbres hereditarias de cada comarca, desde el sistema más desigualitario de la mejora larga, pasando por la herencia preferencial hasta llegar a las partijas igualitarias[8].

En la Edad Moderna, el foro es una cesión de carácter temporal, estipulada a menudo por una renta fija en especie. En la Edad Media los foros perpetuos habían alcanzado cierta difusión, así como la renta proporcional a la cosecha, cuya cobranza exigía el control de las cantidades producidas, y por tanto una inmediatez del poder señorial. En el Antiguo Régimen las instituciones eclesiásticas y las familias nobles optaron, de modo habitual, por imponer prestaciones fijas, salvo para las parcelas de viñedo; en algunas comarcas concretas (en especial en las mariñas de Betanzos y en valles del Cantábrico) se conservaron también foros de terrenos de labradío al cuarto o quinto de la cosecha[9].

---

[7] María Luz Ríos Rodríguez, *As orixes do foro na Galicia Medieval*, Universidade de Santiago de Compostela, 1993; Ramón Villares, *La propiedad de la tierra en Galicia, 1500-1936*, Madrid, Siglo XXI, 1982, y del mismo *Foros, frades e fidalgos*, Vigo, Xerais, 1982.

[8] Camilo Fernández Cortizo, "La Tierra de Montes en la época moderna: permanencias y cambios en la sociedad rural del antiguo régimen", *Obradoiro de Historia Moderna*, 11 (2002), págs. 247 y ss.; Pegerto Saavedra, *La vida cotidiana, op. cit.*, págs. 203 y ss.

[9] Los libros contables de los monasterios de Monfero y Sobrado, conservados en el Archivo del Reino de Galicia (Coruña) contienen abundante información sobre rentas proporcionales, establecidas al cuarto y quinto de las cosechas.

Para evitar la ocultación de la muerte de voces, con el consiguiente alargamiento de la duración de las cesiones agrarias, los señores del directo se inclinaron en el siglo XVII por fijar la vigencia de los foros en vidas de tres reyes de España (y a veces veinte y nueve años más), de modo que, por ejemplo, todos los foros realizados durante el reinado de Felipe III vacaron al morir su nieto, Carlos II. Así, al desaparecer un monarca, a los rentistas les resultaba bastante fácil, consultando los libros de forales, advertir qué bienes quedaban a su disposición para renovar las cesiones, otorgar las tierras a otros cultivadores o transformar los foros en arriendos, según hicieron en la Galicia cantábrica el cabildo de Mondoñedo y sobre todo los monasterios de Meira y Vilanova de Lourenzá. Esta práctica, en principio tan clara a la hora de establecer la vigencia de los foros, no evitó sin embargo algunas dudas, como la suscitada por la insólita abdicación de Felipe V en favor de Luis I en 1724 y la posterior asunción de la corona por el primero, al fallecer su hijo. Al final, el reinado de Luis I no contó y los años 1700-46 correspondieron a una única vida, la del melancólico inaugurador de la dinastía borbónica[10].

Desde la primera mitad del XVII venía registrándose un movimiento, propiciado por la hidalguía, que se expresaba a través de las Juntas del Reino, en favor de la renovación forzosa de los foros a los descendientes de los primeros llevadores. Ya en las reuniones de 1626 y 1629 los caballeros diputados acordaron que, "por cuanto muchas haciendas destos reinos son de foros enfiteusis eclesiásticos y seglares, y los naturales perfectan y mejoran los bienes que reciben en foro (...), y, acabadas las voces, los señores del directo dominio se los quitan y se quedan con ellas, o las dan a otros terceros (...), se suplique a Su Magestad que, a imitación de la ley de Portugal (...), se sirva mandar ley xeneral [para] que haya renovación en todos los casos (...), por el gran beneficio que desto resulta a los naturales deste Reino". En los años siguientes se reiteraron peticiones semejantes, apoyadas a fines de la década de 1630 por la obra del gran jurista Francisco de Salgado y Somoza, de tendencia regalista, quien admitía que, entre los hidalgos gallegos, "hay pocos que escapen de tener foro de conventos", de ahí que, si una ley no imponía la renovacion forzosa, muchas casas nobles decaerían. La conclusión a que llega Salgado y Somoza, a la postre portavoz de las Juntas del Reino, la resumen Ramón Villares y José Luis Díaz-Castroverde: "hay razones jurídicas, pero también sociales y políticas que le dan fundamento a la «súplica» del Reino de Galicia", y existen por lo mismo, causas bastantes "para que el rey

[10] La conversión de foros en arriendos, por iniciativa de las instituciones eclesiásticas de la provincia de Mondoñedo está bien documentada en Pegerto Saavedra, *Economía, política y sociedad en Galicia: la provincia de Mondoñedo, 1480-1830*, Madrid, Xunta de Galicia, 1985, págs. 398 y ss.

pueda promulgar una ley de renovación foral, extensiva a laicos y eclesiásticos, que permita atajar los daños, fraudes y escándalos que se derivan de la posibilidad de negarles la permanencia en sus dominios útiles a los foreros"[11].

Los debates sobre esta cuestión se agudizaron al morir Carlos II (1700), y vacar los foros realizados con Felipe III, y sobre todo al fallecimiento de Felipe V (1746) y Fernando VI (1759). La ruptura entre la hidalguía, que controlaba las Juntas del Reino y los regimientos de las siete ciudades, y las grandes órdenes monásticas fue entonces completa. Pero miembros destacados del clero secular, empezando por el arzobispo compostelano Bartolomé Rajoy Losada (1751-1772), y algunos jesuitas estaban de parte de los primeros. Así, Juan Alvarez de Sotelo (1648-1712), relevante miembro de la Compañía, en una inédita "Historia General del Reino de Galicia", culpaba a los monasterios de las multiplicadas desdichas de los campesinos: "los más de los labradores y gente humilde viven vida pobre y miserable, porque como las tierras y lugares por la mayor parte son de las religiones monacales (...), a cada paso, con papeles fingidos o verdaderos, quitan a unos las haciendas y a otros aumentan las cargas y pensiones, de manera que con todos sus afanes no alcanzan para pagar rentas y tributos"[12].

La polémica sobre la renovación forzosa de los foros es un enfrentamiento entre las grandes órdenes monásticas, a las que se unió el conde de Altamira, y la hidalguía intermediaria, que percibía por subforos rentas que peligraban en caso de que los señores del directo decidieran prescindir de los

---

[11] Los textos fundamentales sobre la conflictividad foral, con un estudio introductorio, pueden consultarse en Ramón Villares y José Luis Díaz-Castroverde, *O conflicto foral nos séculos XVII e XVIII*, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia/Caixa Ourense, 1997. La tesis doctoral de Díaz-Castroverde ("Conflictividad social y régimen de propiedad en Galicia. La cuestión de los despojos", Universidade de Santiago, 1992), continúa inédita. Otras interpretaciones del conflicto foral en Baudilio Barreiro Mallón, "La pragmática de perpetuación de foros. Intento de interpretación", *Compostellanum*, XVII (1972), págs. 73 y ss.; Xosé Ramón Barreiro Fernández, "A problemática foral no século XVIII. Unha nova interpretación", en Carlos Barros y Xosé Vilas, edrs., *Dende Galicia: Marx*, A Coruña-Sada, Ediciós do Castro, 1985, págs. 243 y ss. Con mayor atención a los pleitos, Ramón Villares, "Carlos III y la temporalidad del foro. Los pleitos sobre despojos", en *Estructuras agrarias y reformismo ilustrado en la España del siglo XVIII*, Madrid, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1989, págs. 411 y ss., y, del mismo, "A provisión de 1763, revisitada", en *O padre Sarmiento e o seu tempo*, Universidade de Santiago de Compostela/Consello da Cultura Galega, 1997, I, págs. 209 y ss.

[12] Citado por Antonio Eiras Roel, "De historia fabulosa e historia dirigida. La República de los hidalgos según un jesuita gallego de comienzos del siglo XVIII", en Máximo García Fernández y María de los Ángeles Sobaler Seco, coords., *Estudios en homenaje al profesor Teófanes Egido*, Valladolid, Junta de Castilla y León, 2004, II, pág. 37. El arzobispo Rajoy Losada pertenecía a una familia hidalga de la provincia de Betanzos, y, además, las rentas de la mitra compostelana procedían fundamentalmente del voto de Santiago, como ha demostrado Ofelia Rey Castelao en "Estructura y evolución de una economía rentista del Antiguo Régimen: la mitra arzobispal de Santiago", *Compostellanum*, XXXV (1990), págs. 479-480.

antiguos llevadores. Pero es también un conflicto entre algunos monasterios y determinadas comunidades campesinas que se resistían a ver transformados los foros en arriendos, según revelan los pleitos conservados en el Archivo del Reino de Galicia, que guarda los fondos de la Real Audiencia. Aunque hay varios autores que se han ocupado de la polémica de los despojos, solo José Luis Díaz-Castroverde consultó para su tesis doctoral, de modo exhaustivo, los expedientes judiciales, y no dejan lugar a dudas sobre los duros enfrentamientos entre monasterios como Oia, Sobrado, Melón o Santo Domingo de Lugo (en este caso una comunidad mendicante, pero rentista) y grupos, en ocasiones numerosos, de foreros[13]. Los propios monjes reconocen, además, su intención de transformar los foros en arriendos: "el verdadero medio para ocurrir a la miseria de aquellos pobres naturales es establecer una ley que anule y destruya este mal nombre de foros, para que consolidando el útil con el directo, que tienen los verdaderos dueños, arrienden éstos sus tierras y heredades a los mismos vecinos de los pueblos en que se hallan, y que son los que labran, que es bien seguro que lo harán a precios muy moderados (...), sin que medie otra persona ociosa y sin trabajo que perciba tan excesiva utilidad". En la Galicia cantábrica y en el occidente de Asturias esta transformación se había llevado a efecto desde fines del XVII, y en el Reino de León dos centurias antes[14].

En medio del conflicto, todos decían defender los intereses de los colonos, aplastados por los subforistas en opinión de los monjes, y por éstos a juicio de los hidalgos: "Al ver la opulencia de esos pocos (que los más profesan de pobres) con las desnudez de tantos, que podrían sin escrúpulo ser ricos, no puede menos de inflamarse la santa cólera de la Justicia", afirma el memorial "La natural razón: por el Reino de Galicia, contra los monasterios de la orden de San Benito y San Bernardo...". Deberían reconocer las comunidades "que no serían tantas sus rentas ni la opulencia en que viven", sin el trabajo de siglos de campesinos: "Dejen, pues, que respiren siquiera esos pobres a quienes deben el ser ricos". En el caso de los foros que continuaban estipulados por voces, el despojo coincidía con la muerte del cabeza de casa y con el cobro de la luctuosa: "fenecidas las voces, apenas acabó de llorar el vasallo, le citan a despojo, y pierde la hacienda que mira floreciente y pingüe". Antiguamente, dicen los hidalgos, apenas surgían conflictos, ya que todos, los señores del directo y los propietarios del útil, "vivían en la buena fe de que

[13] Remito a la bibliografía citada en la nota 11, en particular a los trabajos de Ramón Villares y José Luis Díaz-Castroverde.

[14] Pegerto Saavedra, *Economía, política y sociedad, op. cit.*, págs. 398 y ss., y Daniel Paz González, *El Monasterio de Santa María de Villanueva de Oscos: De la reforma a la exclaustración*, Universidad de Oviedo, 1991, págs. 40 y ss.

era perpetuo el foro, o por ley, o por equidad, o por costumbre". Mas, "como todo lo altera el tiempo, se mudaron ideas y costumbres. Creció el pueblo, aumentóse el lujo, desapareció la sencillez, relajóse, en fin, la disciplina, y para mantener la ociosidad y vana ostentación de muchos fue consiguiente ampliara sus artes la malicia"[15].

Los hidalgos y la institución que los representaba, las Juntas del Reino, conocían que en los Consejos de Carlos III, y muy en especial en el de Castilla, había poderosos individuos que no sintonizaban con los regulares, de ahí que adviertan del peligro de dejarles disponer libremente de la tierra para arrendarla a quien les pareciera: "sería hacer unos pocos hacendados árbitros absolutos del Reino de Galicia, sería como levantar una monarquía eclesiástica en su recinto, por ser casi todo de los de este fuero, según ellos lo afirman y es notorio; será arruinar la nobleza y reducir el cuerpo de labradores a servidumbre más dura de la que hoy padecen". A la postre, los hidalgos admitían que si prosperasen los propósitos de los regulares "sería destruir el orden de jerarquía, la graduación y recíproca dependencia de las clases del pueblo, puntos tan esenciales que sin ellos no es dable humana sociedad, seguro imperio ni bien ordenada república". Y para que no quepan dudas añaden aún: "Concluyamos, pues, sin recelo de arrogancia, que arruinar la nobleza de Galicia, cuerpo tan benemérito del Estado, tan robusto como ilustre, sería oprobio de la nación española y detrimento de la fuerza de la monarquía. Eso quieren, o eso sin querer piden unos hombres religiosos...".

Los monasterios se defendían alegando su derecho inconcuso a recobrar los bienes al vacar los foros, pudiendo entonces hacer nuevo foro o arriendo; así lo reconocía la Real Audiencia, en las sentencias sobre demandas de "despojo", hasta que la real provisión de 1763 ordenó paralizar la tramitación de los expedientes. El padre Sarmiento, un pontevedrés que profesara en el monasterio de San Martín de Madrid, al ver el memorial del Reino y el informe del Colegio de Abogados de Coruña —favorable igualmente a la renovación forzosa—, comenzó a escribir la "Obra de 660 pliegos", selvática digresión que arranca tratando de los foros para pasar luego a otros temas, como la enseñanza y la historia natural. El que se les negase a las comunidades monásticas la facultad de disponer de su patrimonio era algo que le hacía bramar de indignación: "Bien se conoce, afirma, que los contrarios no saben qué es el foro, o lo disimulan. El foro que se hace a uno para que lo subfore a otro, y este a otro, y este lo arriende a un pobre labrador, no es foro, sino mohatra. El fin del foro solo es el cultivo de la tierra, no el enriquecer holgazanes con la capa al hombro". Reconoce que es práctica habitual vender tie-

[15] Esta y otras citas en Ramón Villares y José Luis Díaz-Castroverde, *O conflicto foral, op. cit.*

rras aforadas, pero "el comprador de foros sólo compra el útil por el tiempo que hay hasta la vacante"[16].

Recuerda Sarmiento una real cédula de Felipe V, expedida en Aranjuez el 17 de abril de 1744, dirigida a todos los prelados eclesiásticos y monasterios del Real Patronato: "Mándales el Rey que en lo sucesivo no aforen ni permitan aforar bienes algunos de sus respectivas dotaciones y pertenencias, por más tiempo que el de nueve años, con la precisa calidad de no poder subforarlos"; si quisieren hacer algún foro por voces tendrían que dar cuenta a la Cámara. Admite asimismo que, aunque en las escrituras no estuviese previsto el pago de las mejoras, a veces los dueños del directo las satisfacían para evitar largos y costosos litigios: "pero si le ha de incorporar [la tierra] por vacante, compra dos o tres veces su misma hacienda con demandas, pleitos, apeos, y a lo último la recobra minorada, y por lo común destruida, y con otro pleito sobre mejoras, que no son del caso, y que a veces se hacen de estudio para perpetuarse en el foro"[17].

Al benedictino le indigna que el Colegio de Abogados de Coruña informase favorablemente la renovación forzosa de los foros, y acusa a los letrados de defender, al igual que los hidalgos, sus propios intereses, pues, contra derecho, bienes cedidos en foro y luego subforados se incluyeran en vínculos y mayorazgos: "Los abogados de La Coruña, que, sean o no sean gallegos rancios, o comen o esperan comer de foros de la Iglesia o de los señores, y ya les retoza el prurito de fundar mayorazgos o de engrandecerle si poseen alguno para perpetuar su familia, no ignoran que mayorazgo sin hacienda totalmente libre va fundado en el aire. ¿Pues qué remedio? Fácil. Agregarse a sus con-pretendientes [diputados del Reino] y forman un informe sin forma y aun sin materia, y solicitar que las haciendas de los monasterios se hagan libres y mostrencas, y que las que están ya aforadas se perpetúen en una misma y sola familia secular (...). No es Colegio de Abogados, sino pandilla de pretendientes". La inconcusa práctica de la Real Audiencia del Reino milita en contra de tan desatinadas pretensiones: "Búsquese alguna práctica de la Real Audiencia de La Coruña, según la cual se haya obligado a que, velis nolis, acabado el foro, le renovase si no le tenía conveniencia. Finalmente

[16] Fray Martín Sarmiento, "Obra de 660 pliegos", (1762-66), tomo XIII/45. Alegaba el monje que todo cuanto poseía la religión de San Benito era de patronato real; he consultado una copia proporcionada por el Consello da Cultura Galega, que reproduce el texto de la colec. de Medina Sidonia.

[17] *Ib*. XIII/117. Añade: "He visto viña que apenas tenía dos aranzadas, y en ella la mejora de una casa, que en partijas se tasó en treinta mil reales, habiéndola edificado el dueño del útil para irse a divertir a ella con otros compañeros a merendar y jugar, haciendo ostentación de su casa palacio, ¿sería justo que esta casa se pagase por mejora?".

búsquese en esos memoriales una razón, siquiera aparente, para que el que tiene una capa no pueda hacer de ella un sayo"[18]. Arremete luego contra los comentadores —una peste—, que invocan la aplicación a los foros de la Ley de Partidas y se dedican a glosar y torcer leyes clarísimas: *Nihil frigidius nihil ineptius, quam lex cum prologo*[19].

Sarmiento y los abogados de las órdenes monásticas tenían por evidente el derecho de los señores del directo a recuperar la plena disponibilidad de los bienes aforados una vez concluidas las voces o las vidas de reyes. Para ellos la ley estaba clara, y su alegato se titula por ello "Manifiesto legal...". Pero la evolución de la relación de fuerzas entre directo y útil, el peso de los intereses creados en torno a la subordinación de dominios, la capacidad de influencia de la hidalguía ante el Consejo de Castilla (en el que se sentaba un hidalgo orensano: el conde de Troncoso), y la propia orientación de la política agraria de carácter reformista de los ministros de Carlos III, tendente a estabilizar al pequeño y mediano cultivador y a evitar "pleitos ruidosos", todos estos factores se volvieron en contra de la práctica de despojos y de la posibilidad de realizar nuevos contratos. "La Natural razón" de los hidalgos incidía en las fatales resultas de la realización de desahucios, que despoblaban el Reino, arruinaban a los campesinos y también a la nobleza[20].

Al respecto, resulta significativo que en el catastro de Ensenada (1749-53) los bienes aforados los declaren los titulares del útil —en general sus cultivadores—, y no los del directo. Parece que a los primeros se les suponían unos derechos superiores, aunque sin duda se trataba también de acudir a un procedimiento más fácil, pues a la sazón muchas instituciones rentistas, con

---

[18] *Ib*. XIII/208, 209 y 211. "Búsquese fórmula de algún foro, en la cual no sea expresa la condición, a satisfacción recíproca de las partes, que en acabándose el término del foro, no se le deba entregar al monasterio el terreno aforado". Más adelante vuelve al asunto de la inclusión de bienes forales en los mayorazgos: "Estoy persuadido a que si se hace análisis de todas las piezas que se han amayorazgado de dos siglos a esta parte, las más serán del dominio de la Iglesia, de los señores Grandes, o de la religión benedictina. La culpa de todo se debe atribuir a los foros, de los cuales por ser por tanto tiempo, ni apenas tienen noticia los dueños, y los que los poseen creen que ha sido hacienda libre de sus padres. Y los que mayorazgaren a todo trapo, se dejan persuadir que las haciendas que compran las tiene libres, diezmo a Dios, el que las posee. Cada día se pegan estos petardos. Quienes más se clavan en esto son los conventos de monjas (...). No hay que admirar que a unas señoritas inocentes, nobles y tan reclusas, les hayan pegado tantos marros los seglares en materia de foros, etc. Lo que se debe admirar es que a unos monjes con más barbas que un zamarro y preciados de doctos, críticos y literatos les hayan pegado muchas más" (*Ib*. 323/324).

[19] *Ib*., XIII/218. La sentencia es de Séneca.

[20] Sobre la orientación de la política agraria de Carlos III, Angel García Sanz, "La reforma agraria de la Ilustración: proyectos y resultados. El precedente del arbitrismo agrarista castellano", en Angel García Sanz y Jesús Sanz Fernández (coords.), *Reformas agrarias y políticas en la historia de España*, Madrid, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1995, págs. 161 y ss., y la obra colectiva *Estructuras agrarias y reformismo, op. cit*.

dilatados patrimonios dispersos y repartidos entre miles de familias —que, recuérdese dividían, trocaban o vendían parcelas—, eran incapaces de delimitar con precisión los bienes que tenían cedidos y, de hecho, desde el XVII la práctica de apeos quedara abandonada, porque los antiguos, por su imprecisión y por los cambios continuos en el paisaje, resultaban a menudo inútiles como pruebas de dominio. Los perceptores de rentas forales tendieron a esforzarse más bien en el control de los pagadores —mediante voluminosos libros cobradores— y procuraron redactar con más detalle las escrituras de foro[21]. Respondiendo a esa realidad, los patrimonios de instituciones eclesiásticas y de familias nobles se evaluaban en rentas de cereal y vino, y no en hectáreas de superficie, a menudo desconocidas. Los campesinos declaran las cargas forales que pagan, pero no suelen especificar las que corresponden a cada parcela (por una parcela podían contribuir a varios rentistas, por la superposición de dominios y porque en bienes forales se cargaban censos frumentarios y rentas perpetuas)[22].

Las compraventas, trueques y transmisión hereditaria de parcelas rompían en ocasiones la vinculación entre renta y tierra: "están los foros y cargas sobre confusos dilatados agros [y] las suele pagar el que nada posee y cobrar el que nada tiene", afirmaba uno de los comisionados de las operaciones de la Única, quien reparaba que el asunto de las hipotecas "en este Reino se gobierna por otras reglas". Tampoco algunos rentistas podían ayudarle mucho: el "monje granjero" destacado en el priorato de San Martiño do Porto, sufragáneo de Sobrado, se manifiesta incapaz de dar relación cabal de los bienes que tiene en la feligresía: "que aunque por sus libros cobradores resultan los sujetos que le contribuyen renta efectiva en dinero y grano, como conforeros, no sabe discretamente la parte de bienes que cada uno posee respective a cada foro, por llevarlos ordinariamente mezclados unos con otros". Para complicar más las cosas, muchos campesinos pagaban rentas a diferentes dominios, sin discernir las haciendas que pertenecían a cada uno, "executando la paga solamente por aquella posesión y antigua observancia en que estu-

[21] Los apeos abundan para el XVI y parte del XVII, pero luego dejan de realizarse, mientras los rentistas confeccionan voluminosos libros cobradores con relación nominal de los colonos, y acuden a prorrateos cuando tienen dificultades para identificar a quién deben pagar o cuando existen resistencias. Cfr. Ramón Villares, "Los prorrateos de rentas: su utilidad historiográfica", en Antonio Eiras Roel, *et alii*, *La historia social de Galicia en sus fuentes de protocolos*, Universidade de Santiago, 1981, págs. 387 y ss. Un buen estudio de los diversos mecanismos de control del patrimonio por parte de una comunidad monástica en Concepción Burgo López, "Un dominio monástico femenino en la Edad Moderna. El monasterio benedictino de San Payo de Antealtares", Tesis Doctoral inédita, Universidad de Santiago de Compostela, 1985.

[22] Sobre el catastro de Ensenada, Pegerto Saavedra, "Reforma fiscal y control del territorio: el Catastro de Ensenada —o la confusión de Babel— en Galicia", *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXXVII (2007), págs. 771 y ss.

vieron sus mayores", sin que en los libros de cuentas de cada institución o familia rentista figure "otra razón ni luz que una mera expresión de lo que percibe y de quien, pero sin hacerla sobre qué bienes se hallan establecidas". El comisionado, a la vista de la maraña de "confusiones", concluye con justificada exasperación: "Y así lo estoy tocando en la presente comprobación, porque algunos poseen distintas partidas como terceros, en virtud de ventas y cambios (cuyas algarabías y embrollos no los he visto en Extremadura ni los puedo percibir de ninguna parte), cuando al mismo tiempo vienen los dueños de las partidas diciendo que por ellas y otras percibe tanta pensión al año"[23].

Viendo los embrollos que existían a la hora de atribuir a familias determinadas los dominios directo y útil, el rector de una feligresía de las Rías Baixas afirmaba que "esto es un Flandes", y en 1801 el mayordomo del conde de Amarante y marqués de Camarasa en el partido de Xunqueiras (también en el litoral occidental) se excusaba por su incapacidad para cobrar los atrasos de rentas forales: "por hallarse la renta que las causa [las deudas] enredada entre sus pagadores y llevadores de los respectivos lugares, que unos tienen faltas para el completo; otros empobrecieron los pagadores y cabezaleros que las percibían, disipando y vendiendo sus bienes y derecho útil que tenían en el foral; otros dieron partija y legítima a sus hijos que casaron fuera del lugar; [a] otros les correspondió herencia del mismo y se hallan ausentes, y otros han permutado los tales bienes sujetos a dicha renta sin saberse quién debe pagarla"[24].

En el mismo sentido argumentaran a principios en la década de 1760 los hidalgos en "La Natural Razón": "Preciso es también sean difíciles los pleitos, especialmente en foros antiguos. Cada poseedor los ha repartido en su tiempo para dar estado a los hijos. Síguense a esto las divisiones hereditarias en la muerte de cada uno. No pocos lo vincularon a la parentela. Muchos instituyeron patronatos, memorias, capellanías. Algunos dotaron iglesias, capellanías y demás lugares píos. No son menos los que vinieron a gravarlos con censos y pensiones y otras cargas para salir del apuro. Otros los enajenaron, en todo o en parte, por necesidad, por conveniencia o por capricho. Otros, en fin, los confundieron con los suyos habidos por herencia y otros títulos o por rompimiento en próximas tierras incultas (...). Al cabo de dos o tres siglos ¿dónde estarán esos bienes, después de tantas transmigraciones y partijas? Recurrir a los papeles es en vano. Los pobres, mayormente rústicos o idiotas,

---

[23] Archivo General de Simancas, Dirección General de Rentas, 1ª R., leg. 1.874.

[24] Archivo de la Fundación Ducal de Medinaceli (Sevilla), secc. Camarasa, leg. 6 de la administración de Xunqueiras.

no tienen más monumentos ni archivos que la memoria, común tradición y uso público. Con éste se creen seguros: poseen de buena fe, porque han poseído o sus mayores"[25].

Estas situaciones laberínticas, verdadera "confusión de Babel" a los ojos de las personas externas a la comunidad que desearían conocer con certeza la asignación de los distintos derechos sobre la tierra, ponen de manifiesto la distancia que existía entre el mundo oficial y los usos consuetudinarios, a nivel familiar y comunitario; y es que la tierra era de muchos a la vez, pues sobre el dominio útil se habían impuesto gravámenes derivados de subforos, de ventas de rentas y de otras pensiones. Bienes forales se trocaban, partían e incluso vendían sin cargas, por acuerdos verbales o protocolizados, la tierra circulaba dentro del grupo de parentesco o de vecindad, sin que en apariencia nada cambiase... Incluir bienes forales en vínculos y mayorazgos constituía, por lo demás, algo habitual.

Si todo esto ocurría en la práctica, es poco creíble que las condiciones de las escrituras de foro afectasen a la iniciativa campesina en materia de cultivos. Las rentas se estipulaban en especie, a menudo en cantidades fijas, pero ni estas situaciones ni aquellas en que pervivieron los foros proporcionales evitaron la introducción de unos cultivos y la desaparición de varios, entre otras razones porque los campesinos tendieron a satisfacer en dinero —a los precios fijados por las justicias locales— muchas pensiones que en teoría tendrían que pagar en cereal o vino, lo que explica que, en determinados casos, en una fase avanzada del Antiguo Régimen la composición de las rentas de instituciones y casas nobles estuviese alejada de la estructura de los cultivos de las comarcas en que radicaban sus dominios. Ello no quiere decir que las rentas no tuviesen influencia alguna, pues hay testimonios de que en tierras en las que el maíz era el principal alimento se sembraba algo de trigo y a veces mijo para pagar las rentas forales. El padre Sarmiento alude a esta última planta: "Todas las rentas antiguas de Galicia, en granos, están a pan mediado, y significa 'mitad en centeno' y 'mitad en mijo menudo'. Sucedió que, como se sembraba poco mijo, pagaban los labradores el mijo no en especie, sino en dinero. Viendo esto los cobradores de las rentas, cada año valuaban más el ferrado de mijo, por lo mismo que se sembraba poco, y crecían las extorsiones. Abrieron los ojos los labradores y volvieron a sembrar mijo para pagar la renta en especie. Así se hace, y que el cobrador tase a doblón de ocho el ferrado de mijo, y busque quien se lo compre"[26].

---

[25] En Ramón Villares y José Luis Díaz-Castroverde, *O conflicto foral*, *op. cit.*, pág. 249.
[26] Fray Martín Sarmiento, "Obra de 660", *op. cit.*, XIII/1.023.

Si ya antes de 1763 la capacidad de los propietarios del útil se venía afirmando, en la práctica, para partir, trocar o vender los bienes, la real provisión de 11 de mayo de ese año, que suspendía las demandas de reivindicación que se tramitaban en la Audiencia del Reino e impedía por lo mismo a los señores del directo recuperar los bienes para realizar nuevos contratos, reforzó aun más la posición de cultivadores e hidalgos intermediarios. La disposición de 1763 era, en principio, una medida provisional, en espera de una ley especial, que se seguía aguardando en 1805 (con ocasión de la redención de censos), en 1889 (Código Civil). La ley llegaría en 1926, y fue la de la redención en favor del propietario del útil. De modo que, como señala el prof. Ramón Villares, desde 1763 el foro no era, en la práctica, temporal, pues el dominio útil no revertía al directo fenecidas las voces o las vidas de reyes, mas tampoco era perpetuo, porque ninguna ley decía que lo fuera. Se hallaba en una situación de interinidad legal, en una indefinición que lo convertía en una "metáfora máis do país galego"[27].

Las facultades de los señores de la jurisdicción o del directo dominio condicionaban en ocasiones ciertas actividades agrarias, en especial las fechas de la vendimia y de la rotura de montes. La potestad de otorgar licencia para vendimiar correspondía, habitualmente, a las autoridades municipales o a los titulares del señorío, que en ocasiones debían recabar la opinión de vecinos expertos. Como las rentas vitícolas eran a menudo proporcionales, el control del volumen de la cosecha se convertía en algo fundamental para los dueños del directo. Al respecto, un monje benedictino de San Martiño de Santiago, encargado del priorato de Beiro (en el Ribeiro orensano), dejó en 1611 unas detalladas advertencias, que conocemos gracias a las investigaciones de Anxo I. Fernández González[28]. Aparte de todo lo referido al calendario y a la necesidad de tener preparada la infraestructura material (lagar, cestos...), señala que antes de autorizar a cada forero, de modo individual, a vendimiar, se le debe preguntar por las parcelas que cultiva, contrastando su declaración con los libros cobradores, y comprobar si tiene deudas pendientes: "se le ha de mandar pagar antes que se le dé la vendimia todo lo que se hallare deber atrasado". Era conveniente, además, que el monasterio contratase "diezmeros" o mayordomos para evitar los fraudes en cuartos, quintos y diezmos, o bien el recurso a otros procedimientos que pusiesen coto a la "malicia campesina", pues había cultivadores que trataban de pagar el sexto en vez del cuarto, o el octavo en vez del sexto. Y si al «monje granjero» le pareciese que se gastan muchos jornales en pagar a "tanta cantidad de mayordomos como

[27] Ramón Villares, "A provisión de 1763", *op. cit.*, pág. 211.

[28] Anxo I. Fernández González, "A fiscalidade eclesiástica en Galicia, 1750-1850", Tesis Doctoral inédita, Universidade de Santiago, 1995, págs. 610-615.

son menester para tantos foreros" —aunque suele compensar tal desembolso—, el avisado prior sugiere otro remedio, "del cual suelo usar": consistía en que "cuando los foreros vienen a pedir vendimia se les manda traiga cada uno su vendimiador, de los extranjeros que ellos alquilan para sus vendimias, y no de los paniaguados que tienen en sus casas, y venidos delante del mayordomo los trueque desta manera: el que traía Juan consigo [se] dé a Pedro para que vaya mayordomar con él, y el que traía Pedro [se] le dé a Juan, tomándoles juramento como arriba va dicho, ansí a los foreros como a los mayordomos". Los jornaleros, así trocados para evitar connivencias fraudulentas, se convertían en vigilantes de los viticultores[29].

El pago de rentas proporcionales, y también de los diezmos, obligaba a los campesinos a noticiar a los perceptores al menos del comienzo de la recolección de los frutos, y a veces a dejar el cereal sobre la tierra hasta que se "cuarteaba", "quintaba" y diezmaba. Así, en la parroquia de San Acisclo de O Valadouro, en la Mariña cantábrica, varios "renteros" cobraban 1/16 de los montes, de modo que, segado el centeno o trigo, se les avisaba para que "concurriesen a rentar el fruto (...), rentándoles de diez y seis uno, quince para el labrador y uno para la renta". Y en la de Cedofeita, de la misma comarca, el monasterio de Lourenzá era señor del directo de la mitad de los montes —como anexos al labradío—: y "cuando se hallan de sazón para fruto se juntan los vecinos y en todos los años subcesivamente separan una porción de dichos montes para rozar y estivadar, y al efecto hacen de la ansí señalada veinticuatro plazas o piezas, y de estas dexan las doce para los colonos (...), quienes pagan [al monasterio] del fruto que en ellos coxen su quiñón en manojo, y además cada uno de ellos un ferrado de trigo, y las otras doce plazas o piezas las reparten entre sí los más vecinos partícipes e interesados en los propios montes; y en unos y otros, "de alzado y rexido el fruto de las estivadas que respectivamente hacen en cada un año, se dexan en abierto para el pasto, corta de leña y más aprovechamientos"[30].

---

[29] *Ib*. Se extiende en otras consideraciones, como la forma de contabilizar los cestos de uvas: "si la viña es de cuarto, ha de ir [anotando] los cestos en la varilla ansí como los van llevando: uno, dos y tres para el lagar del forero, que son tres rayas puestas y señaladas en la varilla con un cuchillo, y luego el cuarto cesto se ha de contar en la varilla haciendo una cruz o aspa en señal de señorío, y este cesto ha de ir a la granja a costa del mismo forero...".

[30] Archivo Histórico Nacional, Clero, libro 6.584, f. 174. Existen otras referencias de la comarca, en donde se alude a que no se puede retirar el fruto de las labranzas y montes sin avisar al señor. Las formas de diezmar son variadas y con el tiempo se extendieron mucho los arriendos y probablemente los pagos en dinero.

III. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA AGRARIO

Además del predominio del foro como medio para ceder las tierras a los cultivadores por parte de los señores del directo dominio —un directo progresivamente debilitado frente al útil, como queda señalado—, el sistema agropecuario de Galicia presentaba otras características que afectaban a las servidumbres y limitaciones de dominio, y que resulta por lo mismo necesario exponer, aunque sea de modo breve.

Al respecto conviene señalar antes de nada que, pese a las elevadas densidades demográficas que Galicia llegó a alcanzar a fines del Antiguo Régimen (unos 50 hbs/km^2 en 1800), el terreno cultivado representaba una proporción baja de la superficie total del Reino: alrededor del 13 por cien según el catastro de Ensenada, cifra que había que elevar un poco por la naturaleza fiscal de la fuente, pero no hasta el 20 por cien. La situación era distinta según las comarcas, pues en las parroquias más fértiles y pobladas (en particular entre el Tambre y el Miño) se podía cultivar un tercio del suelo, mientras en las de montaña no se llegaba al 10 por cien[31]. El monte, o terreno no cultivado de modo permanente —podía serlo por el sistema de rozas—, no constituía un espacio salvaje, opuesto al labradío: como bien escribió Abel Bouhier, el monte era el "soporte del sistema", en cuanto recurso imprescindible para que las explotaciones campesinas pudiesen funcionar[32]. Proporcionaba tojo y retama para abono, pastos para los ganados mayores y menores, leña y madera, y cereal en las aldeas en que se rompía de cada diez, veinte o treinta años. El espacio agrario se hallaba de hecho jerarquizado, desde las casas de morada y parcelas circundantes, continuando por el labradío, prados, viñas —si las había—, sotos, hasta llegar al comunal. El grado de privacidad iba disminuyendo según se avanzaba de los salidos aldeanos hasta la frontera o límite del territorio, establecido a menudo entre partes altas de los montes, de ahí la frecuente expresión de "aguas vertientes" para indicar por donde iba la línea divisoria del espacio de las aldeas[33].

El caso es que el reducido espacio cultivado de modo permanente, catalogado mayoritariamente de labradío hasta doblado el siglo XX, estaba muy parcelado, como revelan los libros del catastro de Ensenada, a menudo muy vo-

---

[31] Pegerto Saavedra, "Reforma fiscal y control", *op. cit.*, pág. 811.

[32] Abel Bouhier, *Galicia. Ensaio xeográfico de análise e interpretación dun vello complexo agrario*, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia/Caixanova, 2001 (edición original en francés de 1979), II, págs. 755 y ss.

[33] Un estudio de la jerarquización del espacio de acuerdo con su diferente grado de "privacidad", en José Antonio Fernández de Rota, *Antropología de un viejo paisaje gallego*, Madrid, Siglo XXI, 1984.

luminosos, por cuanto cada declarante enumera una a una las piezas que le pertenecen en plena propiedad, o en usufructo si son forales. De promedio, cada campesino relaciona entre 15 y 50 parcelas, y no es infrecuente encontrar parroquias —demarcación utilizada como unidad para catastrar— en las que para reunir unas pocas hectáreas pueden contabilizarse hasta 15.000 o más parcelas, en general minúsculas, en particular en los valles densamente poblados.

En su riguroso estudio sobre la propiedad de la tierra, Ramón Villares señala que en diversas parroquias del sur de la provincia de Lugo la subdivisión interna de las explotaciones era muy acusada en 1750, pues cada una tenía de 18 a 54 parcelas, según los casos, sin que las explotaciones más extensas registrasen un menor grado de fragmentación: el 80 por cien de las parcelas medía menos de 6 áreas. Esto le permite al autor hablar de un terrazgo agrícola a modo de "tablero multicolor y arlequinado" —en expresión de don José Pardo Bazán, padre de la "inevitable" doña Emilia—, y de "un tipo de explotación agraria pequeña, una superficie cultivada irregular pero aceptablemente bien distribuida, una fragmentación interna de las labranzas en concordancia con su extensión y, en consecuencia, una parcelación general del terrazgo que no hace sino leves distingos entre tipos de cultivos o categoría social de su titular"[34].

La microparcelación del terrazgo gallego es, por tanto, un hecho antiguo, como bien comprobaron los encargados de confeccionar el catastro ensenadino, exasperados ante la dificultad de describir, medir, dibujar tantos miles de minúsculas "piececillas". Así, el comisario García Serón manifestaba a comienzos de 1750 a los miembros de la Real Junta de la Única Contribución que "Galicia es muy diversa que /sic/ las demás provincias, y además de otras dificultades ocupa más de veinte millones de ferrados de tierras; que estas se dividen y subdividen en concas y puñados, y todos están interpolados e intermixtos entre innumerables poseedores, que compondrán más de dos mil millones /sic/ de retazos, y por lo mismo serían necesarios en los libros otros tantos asientos y partidas, siendo imposible apear y deslindar sus cuatro confrontaciones [límites por norte, sur, levante y poniente], pues por cualquier parte de ellas son muchas las partes que confinan, y de poner los dueños de unas y omitir los de otras nacerían errores, dudas y confusiones; y de anotarlos todos, poner las figuras [dibujar un tosco plano] y demás

[34] Ramón Villares, *La propiedad de la tierra, op. cit.*, págs. 23 y 25. También José Manuel Pérez García, "Transformación y consolidación de un paisaje rural: minifundio y parcelación en las Rías Bajas Gallegas", en *Paysages et sociétés. Péninsule Ibérique. France, Régions Atlantiques. Mélanges Geographiques en l'honneur du Professeur Abel Bouhier*, Université de Poitiers, 1990, págs. 58 y ss., y Pegerto Saavedra, *Economía, política y sociedad, op. cit.*, págs. 219-222.

requisitos, sobre lo dificilísimo, traería gravísimo embarazo y pérdida de muchísimo tiempo..."[35].

Estos miles y miles de parcelas no estaban cercadas de modo individual, sino que a menudo se agrupaban en conjuntos que recibían diversos nombres: *agros* o *agras*, *veigas*, *vilares*, *chousas*, *barbeitos*...; una pared o una *sebe* (cerca de palos) rodeaba los diversos bloques, y los posesores de las parcelas que los componían estaban obligados a respetar las servidumbres de paso, y en ocasiones de pasto, lo que en la práctica obligaba a todos a sembrar y recoger los frutos en la misma sazón. Abel Bouhier analizó a mediados del XX la organización del espacio agrario en *agras* y rastreó sus orígenes, hasta al menos el siglo XV. Salvo enclaves determinados —montañas septentrionales, mariñas de Betanzos y Rías Baixas—, las *agras* cubrían todo el territorio de Galicia, lo que significa, teniendo en cuenta la parcelación del terrazgo, que las mencionadas servidumbres de paso, y a veces de pasto, estaban muy extendidas[36].

Significativamente, el comisionado para las operaciones del catastro de Ensenada García Serón ideó el "método de agros" para simplificar las operaciones y evitar así la obligación de especificar las confrontaciones o límites de cada parcela. Por "agro", "campo", "vega" o "partido" señala Serón, "se entiende un grande pedazo de tierra dentro de un término, feligresía o lugar, que esté unido contiguo, y continente, en que precisamente hay y se hallan muchos poseedores, que tienen partes intermixtas e interpoladas, sea un terreno abierto o cerrado o en cualquier otra manera de foro o del común". Una buena definición del sistema de *agras*, o conjunto de parcelas de diferentes cultivadores, con una cerca exterior que mantenían los posesores, y en el que regía una rotación obligatoria, con las servidumbres de paso que esto conllevaba.

Para el comisionado de las operaciones de la Única, los *agros* eran lo permanente, pues cada aldea disponía de varios; en el interior de cada uno, las parcelas cambiaban de cultivador de un año para otro, de ahí que especificar los límites de cada parcela le pareciese trabajo ímprobo, y a la postre inútil: "si se hubiera de describir cada minutísima porcioncilla con todas las multiplicadas confrontaciones que tiene por los cuatro vientos, subirían a millones de millones los renglones que llevarían sólo los asientos, y en todo caso se aumentaría el embarazo y la mayor confusión al menor transcurso por la variación tan contingente de nombres, univocación de ellos, y vicisitud de

[35] Archivo General de Simancas, Dirección General de Rentas, 1ª R., leg. 1.875.

[36] Abel Bouhier, *Galicia*, *op. cit.*, I, con un exhaustivo análisis de la organización agraria vigente hacia 1950-60, y de sus orígenes históricos.

diversos poseedores. De suerte que no habrá mañana cosa más dudosa que buscar una conca de tierra por la confrontación que hoy tenga en los sujetos, y será muy fácil hallarla siempre como se describa unida, continente y comprehendida en los agros". Así, pues, lo estable eran los *agros*; dentro de ellos, la distribución de las parcelas de los diferentes posesores cambiaba a menudo, en virtud de compraventas, particiones, trueques u otras incidencias. Todo era, a la postre, un "babel de confusiones": "tanta infinidad de retacillos minutísimos en los asientos de los libros, con la repetición a centenares de cuentas de las circunstancias de los sitios, especies, calidades, cabidas, linderos, clases, foros, pensiones", de parcelas que, en virtud de lo antes señalado, eran "transeúntes", esto es, mudaban de usufructuario de un año para otro. Que aun con estas dificultades, el catastro de Ensenada se llevase a término, resulta admirable[37].

En resumen, poca tierra cultivada, pero muy parcelada ya a mediados del XVIII, y en general distribuida en *agras*, lo que multiplicaba las servidumbres de paso y —no siempre— de pasto. En contrapartida, la superficie conceptuada como monte, útil o "inútil por naturaleza", rondaba en la segunda mitad del XVIII al 80 por cien de la extensión total del Reino, una situación que también se daba en Asturias, Cantabria y las montañas del País Vasco y Navarra, pero no en la España del centro y del sur. Así que unas cuatro quintas partes —con diferencias comarcales— del territorio gallego eran montes, unos pocos de carácter particular y habitualmente cerrados, y el resto abiertos y comunes, aunque en muchas aldeas lo de "comunes" se entendía solo en cuanto al pasto y aprovechamiento de leñas, y no en lo tocante al cultivo por el sistema de rozas[38].

En los resúmenes finales o "mapas" del catastro de Ensenada únicamente se incluyeron unas 450.000 hectáreas de monte, el 11,6 por cien de la extensión total del Reino, y la mitad aproximada de toda la superficie catastrada. Quedaron, por tanto, sin computar cerca de dos millones de hectáreas, en razón sobre todo de que se reputaron de "inútiles por naturaleza". Una excusa muy aparejada para defraudar en una averiguación de carácter fiscal, pero que no se acomoda a la realidad, pues resulta difícil encontrar un monte que no produzca algo de leña, pastos —aunque sea solo para cabras—, carbón o piedras, y de hecho el espacio comunal constituía un territorio controlado y apropiado por los vecinos, según pone de

[37] Archivo General de Simancas, Dirección General de Rentas, 1ª R., leg. 1.875. La Real Junta de la Única no le admitió a García Serón el "método de agros", y se vio obligado a rehacer las operaciones de varias feligresías.

[38] Xesús Balboa, *O monte en Galicia*, Vigo, Xerais, 1991.

manifiesto la abundancia de topónimos localizados en el interior de los espacios incultos[39].

Ya quedó señalado que Abel Bouhier, en su extraordinaria obra *La Galice*, conceptuó el monte, con gran acierto, como "el soporte del sistema", vale decir, la base de todo el complejo agropecuario, pues gracias a los recursos que ofrecía, desde materias vegetales para abono hasta cosechas de centeno y trigo, leña y pastos, podían funcionar las pequeñas explotaciones cultivadas cada vez de modo más intensivo, lo que requería crecientes capacidades de fertilizantes. Por eso el monte no era algo opuesto, o que estaba al margen del labradío, sino su continuación, y los usos de bravo y manso mantenían una estrecha dependencia, de ahí que no se pudiese ampliar descontroladamente el terreno cultivado. En el paisaje, el labradío, los prados y las viñas se diferenciaban con claridad de los espacios comunales, pero entre unos y otros había una unión inextricable.

De todas formas, la naturaleza jurídica de los montes era diversa, y con ella variaban también los modos de acceso a sus aprovechamientos y la fortaleza de la casa y de la comunidad vecinal. En general, aunque en unas pocas parroquias no sucede así, en los asientos del catastro de Ensenada se utilizan las expresiones "montes comunes" o "emolumentos del común", y se especifican, con grandes ocultaciones, los cientos o miles de ferrados de superficie que tiene de esa clase cada feligresía. Pero en muchas comarcas ese modo de asentar los comunales fue un expediente para agilizar las cosas, según refiere un comisionado que actuaba en la provincia de Betanzos: "Aunque los montes abiertos suelen ser comunes cuanto al uso y aprovechamiento de el pasto, el territorio y fundo es privativo dominio de alguno o de muchos, cuyo derecho, representación o voz está ordinariamente dividido entre los mismos poseedores, pero sin formal división del terrazgo, a menos cuando se cultiva y rompe", ya que entonces a cada porcionero se le asignaba su lote[40].

Por la documentación judicial, señorial y notarial sabemos que, en lo tocante a la naturaleza jurídica de los montes, en la etapa final del Antiguo Régimen Galicia se dividía horizontalmente en dos mitades; en la parte meridional predominaban los montes que pueden calificarse en rigor de comu-

---

[39] En los debates que tuvieron lugar en el seno de la Academia de Agricultura de Galicia, fundada en 1765, sobre si se debían o no cerrar los montes, quedó de manifiesto que no los había improductivos. Vid., Fausto Dopico, *A Ilustración e a sociedade galega. A visión de Galicia nos economistas ilustrados*, Vigo, Galaxia, 1978, págs. 137 y ss.

[40] Archivo General de Simancas, Dirección General de Rentas, 1ª R., leg. 1875. La Real Junta autorizó al comisionado a efectuar los asientos de modo global, sin especificar la parte de cada propietario o posesor. En los sotos solo se mencionaron los ferrados de cada propietario, sin aclarar confrontaciones, ni dibujar la parcela arbolada.

nales, pues su propiedad —o al menos los derechos de usufructo— correspondía a un grupo vecinal, fuese de aldea, de parroquia o incluso de jurisdicción. El aprovechamiento —para pastos, leña, rozas...— implicaba en no pocas ocasiones la satisfacción de una renta a los titulares del señorío o del directo dominio, que podían o no ser los mismos, y los derechos de propiedad sobre los montes eran a menudo objeto de ruidosos pleitos ante la Audiencia del Reino y la Chancillería de Valladolid entre concejos y señores, pero esto no debe ocultar un hecho decisivo: que, pagando o de forma gratuita, el acceso al usufructo de los recursos del comunal derivaba de la condición de vecino. Bastaba, en efecto, tener lumbre encendida para gozar del derecho a participar, en igualdad con las demás familias de la aldea o parroquia, en todos los aprovechamientos del abertal, desde la recogida de leña hasta los pastos y las rozas. Por supuesto que la igualdad legal encubría a menudo desigualdades materiales, pues quienes carecían de ganado no utilizaban los pastos e incluso encontraban dificultades para cultivar la roza que les correspondía en los sorteos, al no disponer de una pareja de ganado vacuno para arar[41].

La acreditada fortaleza de los concejos vecinales del sur de Galicia, y en especial de los de la provincia de Ourense, nacía en alguna medida de la condición verdaderamente comunal de los montes abiertos. Su aprovechamiento se regulaba en reuniones de los cabezas de casa, y cualquier matrimonio joven que encendiese lumbre adquiría los mismos derechos que tenían los vecinos antiguos. El monte comunal no se podía vender, salvo después de acordarlo en concejo abierto, como ratificaron la Audiencia Territorial y el propio Tribunal Supremo en la tardía fecha de 1860, después de que algunos lugareños de Cernego y Vilamarín de Valdeorras realizasen por su cuenta traslados de dominio de montes por los que pagaba renta foral: "los montes comprendidos dentro del referido coto redondo de Cernego nunca se habían dividido, por más que fueran forales, pagándose la renta por capitación fija y únicamente por los vecinos de la parroquia, sin que pudiesen continuar en el aprovechamiento cuando mudaban de domicilio, ni mucho menos traspasarlo, lo cual probaba su calidad comunal; y por consiguiente, sólo el pueblo, con las autorizaciones determinadas por las leyes, podía enajenar..."[42].

En la mitad septentrional de Galicia, los montes de aldeas y parroquias que se usufructuaban en todos sus aprovechamientos por el simple hecho de

---

[41] Abel Bouhier, *Galicia, op. cit.*, II, págs. 777 y ss.; Pegerto Saavedra, "Los montes abiertos y los concejos rurales en Galicia en los siglos XVI-XVIII: aproximación a un problema", *Cuadernos de Estudios Gallegos*, XXXIII (1982), págs. 179 y ss.; Xesús Balboa, *O monte en Galicia, op. cit.*

[42] *Colección Legislativa. Sentencias del Tribunal Supremo*, 1865, págs. 184-191.

ser vecino eran escasos en la Edad Moderna, predominando en cambio los de *varas* o *voces* que, aun estando abiertos y pro indiviso, se consideraban anexos a determinadas casas, o mejor, a determinados "herederos" o "porcioneros", quienes en la práctica podían vender sus cuotas o partes, como acreditan los protocolos notariales hasta la saciedad[43]. Para recoger leña y para pastos los montes de *varas* eran, en efecto, comunes, pero a la hora de hacer rozas a cada casa de la aldea se le adjudicaban las *varas* que le pertenecían, o no se le adjudicaban, si no le correspondían. Encender lumbre no autorizaba aquí a cultivar temporalmente el monte, y quienes se ausentaban no perdían de modo automático unos derechos que se repartían con el resto de la herencia.

Fuesen de mano común o de *varas*, el directo dominio de los montes podía pertenecer a los mismos que detentaban el del labradío —algo habitual en las zonas de montes de *varas*, porque cada casa solía "hacer" una determinada proporción del bravo y manso de la aldea—; pero esta realidad, fuente de numerosos litigios, no solía afectar a los modos de aprovechamiento, más igualitarios en unos casos y menos en otros, aunque los señores del directo dominio pretendieron a veces adjudicar a familias concretas los derechos de pastos y, sobre todo, autorizar roturaciones a cambio de una renta, o prohibirlas, si los cierres conducían a privatizaciones sin reconocimiento de dominio.

A pesar de la imprecisión de muchas fuentes, podemos caracterizar la propiedad y formas de acceso al usufructo de los montes y medir su extensión parroquia a parroquia, pero no resulta posible cuantificar los múltiples recursos que el comunal proporcionaba a los vecinos de aldeas y feligresías. En este punto, la información cualitativa parece en ocasiones más resolutiva que la procedente de estadísticas. Así, el autor anónimo de un texto de la década de 1840 refiere cómo los cierres de montes en las Rías Baixas —con elevadísimas densidades demográficas— dejaran sin medios de vida muchas familias de *bodegueiros* o campesinos pobres, que antes criaban unas ovejas y vendían algunos haces de leña: "He conocido —dice— a familias que con unas seis ovejas que llevaban al monte (...) que por allí se extendía, y con los carrascos que allí arrancaban, se vestían y sacaban un jornal diario para sustentarse. Benito Barral, (a) el Pesco de la Esfarrapada, que murió de más de ochenta años, se mantuvo hasta cerca de morir con haces crecidos de carras-

[43] Ejemplos de ventas de cuotas en Pegerto Saavedra, "Los montes abiertos", *op. cit.*, pág. 195. En los apeos señoriales queda de manifiesto que cada aldea se "partía" en un determinado número de varas de bravo y manso. Así, según apeo del conde de Altamira de 1603, la aldea o "lugar" de Ferreiros, en la montaña lucense, "se parte en doce varas; su señoría lleva las siete, y Fernández Díaz y Pedro Díaz, las çinco". Archivo Museo Provincial de Lugo, Apeos de Burón, II, fs. 141-145, con otros muchos ejemplos.

cos, cuyo peso sobre las espaldas le hacía andar muy encorvado. Decía con cierta conformidad humilde: *Este é o meu trigo*"[44].

A mayores, la importancia que alcanzaban los montes dentro del complejo agropecuario queda de manifiesto en que la historia de muchas comunidades campesinas tiene sus principales epopeyas en la defensa que los vecinos hacían de su espacio comunal frente a otras aldeas y parroquias, frente a los señores y frente a las autoridades locales. En los poderes, concordias y convenios otorgados ante los escribanos, en la sección de "Vecinos" de la Real Audiencia y en los archivos de instituciones eclesiásticas y casas nobles se conserva abundante información sobre los conflictos originados por la titularidad y aprovechamiento de los montes, prueba inconcusa del valor que para el grupo vecinal tenía ese *altro modo di possedere*, como diría Paolo Grossi[45].

La memoria colectiva conservaba a lo largo de generaciones vigorosa noticia de las trifulcas y pleitos ruidosos sostenidos por los antepasados por causa de los comunales. De padres a hijos dentro de cada familia, y de viejos a niños dentro de cada aldea y parroquia, se transmitían los saberes agrarios y toda una cultura en la que las servidumbres y aprovechamientos comunitarios ocupaban un lugar central. Como ha escrito con perspicacia Edward P. Thompson, los campesinos heredaban no sólo unas determinadas tierras, sino también una cierta psicología social y comunal de la propiedad. Los derechos y servidumbres comunales, señala, formaban un delicado equilibrio agrario que "dependía no solo del derecho heredado, sino también del entramado heredado de costumbres y controles dentro del cual se ejercía este derecho". En efecto, "lo que el campesino heredaba era un lugar en la jerarquía de derechos de aprovechamiento: el derecho a enviar sus bestias, con un acompañante, a lo largo de las veredas (...); el derecho de soltar sus ganados para los pastos de *hammas*, y para el cottager el derecho de espigueo y de conseguir algo de forraje del bosque y apacentar ocasionalmente..."[46].

El monte constituía uno de los soportes fundamentales de la cultura comunitaria y un factor decisivo a la hora de conformar la identidad local

---

[44] Pegerto Saavedra, *La vida cotidiana, op. cit.*, pág. 89.

[45] Paolo Grossi, *Historia del derecho de propiedad: la irrupción del colectivismo en la conciencia europea*, Barcelona, Ariel, 1985 (original en italiano de 1977). Un análisis estadístico de los pleitos por montes conservados en la Real Audiencia en Ofelia Rey Castelao, *Montes y política forestal en la Galicia del Antiguo Régimen*, Universidad de Santiago de Compostela, 1995; una breve síntesis en Pegerto Saavedra, "Las comunidades campesinas en la Galicia Moderna", en Ana Rodríguez, ed., *El lugar del campesino. En torno a la obra de Reyna Pastor*, Universitat de València/Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2007, págs. 383-388.

[46] Edward P. Thompson, *Tradición, revuelta y consciencia de clase: estudios sobre la crisis de la sociedad preindustrial*, Barcelona, Crítica, 1979, pág. 146 (original de 1976).

dentro de la aldea o de la parroquia. Su defensa servía para afirmar y reforzar la unidad de los vecinos e incluso para acreditar su condición de tales, y no es infrecuente encontrar enfrentamientos violentos entre los de un lugar o una feligresía y los "forasteros", con el recurso a ciertos ritos y formalidades para marcar fronteras que había que respetar. Así, cuando en 1798 los campesinos de las aldeas orensanas de Fontefría y Servoi decidieron impedir a los de Piornedo el cultivo de una roza, se acercaron al territorio en disputa "agavillados, con tumulto [y] algazara, asistidos de milicianos armados de la plaza de Monterrey, a distancia de dos leguas, tocando con músico gaitero su tambor, con amenazas y que saliesen al campo los vecinos de este dicho lugar [Piornedo], para experimentar por quién quedaba la lucha"[47].

Cuando no existían acuerdos entre concejos comarcanos para la utilización del comunal dentro de unas reglas de reciprocidad —"de mixtidumbre"—, los vecinos "prendaban" el ganado forastero que encontraban en su territorio, lo encerraban en la aldea e imponían multas a los propietarios que iban a rescatarlo. El abad orensano don Pedro González de Ulloa intentó hacia 1770 erradicar esta costumbre de sus feligreses:

> uno de los asuntos en que suelen ocupar los días festivos estas gentes del bronce —dice—, es el multar a su arbitrio los ganados mayores y menores del contorno que pasan fuera de los límites respectivos. Esto se hace por entre semana; depositase lo que se exige, y en llegando el día festivo el juez pedáneo junta al concejo, vanse a la taberna, y allí... Llegan los dueños del ganado a desempeñar las prendas que se dieron antes para libertar las reses encorraladas; encuentran a los congregantes como convidados a las bodas de Peritoo; empiezan a trabarse de la lengua y luego de las manos... El escandaloso desenfreno que motivaba este abuso ... me obligó a pedir despacho del fiscal de la Coruña para contener tales excesos. Logréle, porque no he podido contenerles por la justicia ordinaria ... ¡Oh, y lo que hubo cuando se les hizo saber! Si se les reprenden estos abusos dicen que es uso y costumbre...[48].

Estas prácticas constituían también un rito en el que la comunidad se afirmaba como tal, por más que sus detractores las calificasen de "costoso alboroto", protagonizado por "corsarios terrestres" expertos en batallas campales

---

[47] En Pegerto Saavedra, *La vida cotidiana, op. cit.*, págs. 91-92. Otro caso parecido, de 1851, en Xesús Balboa, *O monte en Galicia, op. cit.*, pág. 65 (los vecinos de una aldea de Quiroga acuden a cortar tojos en un terreno en disputa, y hacen el trabajo "a golpe de caja y tamboril, para mayor escarnio de la ley y de las disposiciones del juzgado que por el secuestro las mandaba abstenerse del aprovechamiento de los montes cuestionables").

[48] Pedro González de Ulloa, *Descripción de los estados de la casa de Monterrey en Galicia (1777)*, edición de Xosé Ramón y Fernández Oxea, Santiago de Compostela, Instituto de Estudios Gallegos Padre Sarmiento, 1950, págs. 29-30.

y habituados a convertir el importe de las multas "en embriaguez y borrachera, matándose para esta función castrones, carneros y vacas". Los ganados eran conducidos ruidosamente, "con algazara", a los *curros* adonde sus dueños "los han de ir a buscar y sacar con la solemnidad acostumbrada", según señalaban en 1775 los vecinos de la jurisdicción de Avión, en pleito con los de Soutomaior:

> han estado ... de uno, diez ..., ciento y más años a esta parte, tiempo inmemorial..., en la quieta y pacífica posesión de acorralar y prendar cuantos ganados mansos y bravos se hallan y encuentran pastando en los referidos montes del Suido en los tres meses de junio, julio y agosto y conducirlos en las ocasiones que lo disponen por las veredas de Mouriscadas y Rodeiro al Puente de Avelenda y de allí al curro de Cendones, torre de audiencia y cárcel de dicha jurisdicción; a donde y ante dicha justicia, luego que son noticiosos los de Soutomaior, concurre el procurador general de este partido con testimonio que identifique a su persona, y previo juramento que se le recibe y a las personas que trae consigo para conocimiento de los ganados de sus pueblos, con intervención del procurador general o algún regidor pasan al curro donde se hallan los ganados y aquellos que afirman conocer suyos o de sus vecinos, no percibiéndose inteligencia o colusión, se les permite sacarlos y llevarlos libremente y sin pagar cosa alguna, haciéndolo dentro del tercer día en que se hace la acorralada; y ejecutándolo después pagan cuatro cuartos de vellón por cabeza y por cada uno de los días contados desde el en que se executa la prendada, por razón de guardería y pasto que se les da, y los efectos que produce la prendada ... se dividen por tres partes entre el juez, el pueblo y escribano de número...[49].

IV. CAMBIOS AGRARIOS Y TENSIONES COMUNITARIAS

Un complejo agropecuario caracterizado por el absoluto predominio del pequeño campesino en cuanto cultivador de una tierra sobre la que tenía derechos cada vez más sólidos, por la extraordinaria y creciente parcelación del terrazgo y por la extensión e importancia de unos montes abiertos cuyos aprovechamientos —onerosos o no— se decidían en concejos abiertos, estaba cargado de servidumbres y limitaciones de dominio y era potencialmente muy conflictivo, dado que cualquier cambio en el sistema de rotaciones, en la ampliación del espacio cultivado o en otros aspectos afectaba al grupo vecinal.

Pues bien, este complejo entramado no impidió una radical transformación del sistema de cultivos y una significativa ampliación del espacio culti-

[49] En Pegerto Saavedra, *La vida cotidiana, op. cit.*, pág. 91.

vado y de las tierras regadas. Por supuesto que hubo conflictos, como ponen de manifiesto los poderes, convenios y concordias y a la postre los pleitos ante la Real Audiencia —sin duda la "espuma" de muchas más tensiones que solían arreglarse sin llegar a la "fuente limpia"—, y uno de los tópicos que circulan sobre el campesinado gallego es el relativo a su tendencia innata a pleitear: claro que pleiteaba, pero también es cierto que ocasiones no le faltaban. En realidad, cabría esperar que litigase mucho más. A este respecto, los cálculos a los que los especialistas en historia de la criminalidad son tan inclinados, consistentes en comparar el número de pleitos por diez mil o cien mil habitantes, parecen poco matizados, pues resulta claro que un sistema agrario como el de Galicia propiciaba bastantes más enfrentamientos que el que regía, por ejemplo, en la Mancha o en la Baja Andalucía. Los procedimientos estadísticos sirven así para establecer comparaciones entre contextos que nada tienen en común. Sin duda, en el ámbito de las comunidades rurales de aldea y parroquia hubo abundantes tensiones, de las que sólo una pequeña parte quedó registrada en la documentación escrita. El predominio de la oralidad en la vida local era indudable, y de hecho apenas existen ordenanzas para concejos rurales acordadas por los cabezas de casa. Se conservan "autos de buen gobierno", dictados por jueces de residencia señoriales y ordenanzas municipales que pueden afectar al alfoz de la ciudad o villa; las más notables son las de la villa y alfoz de Viveiro, de la segunda mitad del XVI[50].

El dominio de la oralidad en las relaciones dentro de la comunidad vecinal, y en concreto en los acuerdos que atañían al sistema agropecuario, remite al vigor de la costumbre o antigua observancia en todo lo referido a servidumbres. La vida comunitaria transcurría, en muchos aspectos, al margen del mundo oficial, que actuaba por escrito y en castellano, de ahí el impacto que causó la realización del catastro de Ensenada: por primera vez una comisión dirigida por una persona externa a las comunidades parroquiales pasaba a controlar de modo pormenorizado el patrimonio de cada familia, mientras una legión de pendolistas se afanaban en poner por escrito las averiguaciones, ante el asombro y temor de los vecinos[51].

---

[50] Las ordenanzas de la villa y tierra de Viveiro fueron elaboradas en la segunda mitad del XVI por un regimiento de hidalgos y protegían básicamente el cultivo de la vid; las de Mondoñedo, de fines del XV y comienzos del XVI se ocupaban asimismo de la organización del terreno cultivado en *agras*; Pegerto Saavedra, *Economía, política y sociedad, op. cit*. Una de las pocas ordenanzas rurales, acordadas en concejo abierto y bien articuladas, conservadas son las de Cotobade, de fines del XVI, dadas a conocer por Juan Eloy Gelabert, *Santiago y la tierra de Santiago de 1500 a 1640*, A Coruña-Sada, Ediciós do Castro, 1982, págs. 67-68. En este terreno, la situación de Galicia contrasta con la de los concejos rurales leoneses, de los que se conservan abundantes ordenanzas, editadas muchas de ellas por Laureano Rubio Pérez, *El sistema político concejil en la provincia de León*, Universidad de León, 1993.

[51] He analizado la cuestión en "Reforma fiscal y control", *op. cit*., págs. 780 y ss.

La marginalidad del mundo oficial en aldeas y parroquias salió a relucir en la década de 1780, cuando en virtud de las reformas fiscales de Pedro López de Lerena, los dependientes de Hacienda se toparon con el "laberinto de las ferias de Galicia", esto es, cientos de reuniones mercantiles que los vecinos habían ido "inventando" a su albedrío, sin autorización de ninguna clase, ni siquiera para cobrar algunos derechos por las transacciones. Lo explicaba en noviembre de 1790 el intendente del Reino Miguel Bañuelos: "El punto de las ferias de Galicia es un laberinto de difícil comprehensión (...). Pasan de cuatro mil las que anualmente se celebran (...). La más pequeña parte de este cúmulo vicioso es lexítima, porque proceden en virtud de cédulas o facultades competentes para su establecimiento, y el resto sólo se funda en una costumbre anticuada e inmemorial, en cuya posesión se hallan [los vecinos]. Pero el mayor perjuicio está en la actualidad en que se juntan seis, ocho o más personas y se convienen y determinan en que tal día y en tal paraje haya una feria con el sobreescripto de franca, y fijan sus carteles de avisos al público en las iglesias parroquiales de la jurisdicción, y sin otra formalidad concurren gentes, quedando establecida". En otro informe de un empleado de la Secretaría de Hacienda se lee algo parecido: de cada cien ferias, apenas se encontrarían dos "que tuviesen privilegio real ni otro documento que autorizase su establecimiento, siendo el resto inventado a voluntad de los vecinos, que, según hallaban la proporción de los parajes, elegían el que les parecía más acomodado a la concurrencia, cobrando los derechos de alcabalas y cientos con tanta variedad y emulación a beneficio particular que en algunas partes lo reducían a uno por ciento y las que más llegaban a cuatro". Las autoridades de Hacienda reconocían, sin embargo, que las ferias rurales, establecidas por el abuso, acabaran autorizadas por la costumbre y tolerancia, que de alguna forma sanara su origen vicioso[52].

Vigor de la costumbre, pero también una gran flexibilidad en la práctica. La prueba está en que el sistema agropecuario notó transformaciones profundas en el curso de la Edad Moderna, y los conflictos que por esta razón llegaron a los tribunales, en especial a la Real Audiencia, fueron más bien escasos, aunque los cierres de montes y los aprovechamientos de aguas sí suscitaron cientos o miles. Y no era para menos, porque de un "complejo tecnológico" de tipo extensivo se evolucionó hacia otro intensivo, en el que el monte quedó subordinado a usos agrarios, o sea a proporcionar ante todo recursos para abonar las labranzas, en especial en las comarcas litorales y valles fluviales.

En efecto, hasta comienzos del siglo XVII, la economía campesina tenía un fuerte componente silvo-pastoril, vale decir, los recursos que las familias

[52] Archivo Histórico Nacional, Consejos, legs. 2.919-20.

obtenían en los comunales eran básicos: allí alimentaban una nutrida y diversificada cabaña ganadera, con muchas reses "bravas"; cortaban leña y madera, cazaban, hacían rozas... Las aldeas eran, en general, de pequeñas dimensiones y en consecuencia estaban rodeadas de masas boscosas y de pastos[53]. En el litoral y valles fluviales próximos, la situación comenzó a cambiar con la expansión del maíz, que desencadenó una serie de cambios que afectaban a todo el complejo agropecuario. El cultivo habitual del mijo —comúnmente *millo* y después *millo miúdo*— facilitó mucho la entrada del cereal americano, que tenía el mismo ciclo agrario y por ello no ocasionaba grandes conflictos. Sin embargo, en las Rías Baixas y valles fluviales de Tui y en algunos de Ourense el maíz desplazó también, en mayor o menor medida, a los cereales de invierno, sin que se registrasen al parecer problemas dentro de la comunidad campesina, ni tampoco enfrentamientos con los rentistas. Una de las pocas referencias tocantes a la segunda cuestión procede del monasterio de Oia, cuyos monjes se quejaban en la década de 1640 de que los foreros defraudaban en el pago de las rentas proporcionales de maíz, recién introducido y generalizado con rapidez: "en este tiempo del arriendo [1623-1644] se introduxo el sembrar millo maíz, y este año [1644] se coxieron de diezmo y raciones [cuartos y quintos] doscientos y ochenta *bucios*, de que me hago cargo, advirtiendo para los venideros que por más diligencias que se hicieron para cobrarlo ocultaron mucha cantidad, y haciendo cala y cata se hallaron casas que no habían pagado la mitad de lo que debían". Las tensiones continuaron en los años siguientes, porque los colonos no manifestaban inclinación a pagar rentas proporcionales de un cultivo que estaba desplazando a los otros cereales, y de hecho ya en 1646 pagaron en maíz cargas que estaban estipuladas en mijo. En 1655 el padre panero se quejaba de nuevo de la malicia de algunos colonos, que aprovechándose de un concierto según el cual debían pagar por diezmos, cuartos y quintos 222,25 *bucios* de maíz, "dejaron de sembrar algunas heredades que les tocaba ese año sembrar de centeno y trigo, y los sembraron de maíz, atendiendo a que no habían de pagar más de lo que tenían concertado de maíz, y así faltó al centeno. Se les racionaron [cuartearon] aquellas heredades, de las cuales sacaron diez *bucios* y cuatro ferrados"[54].

En el caso del monasterio de Melón, las rentas de la panera incorporaron en 1687/88 el maíz, al renovarse los foros antiguos y acomodarse en alguna medida a los cambios en los cultivos. Así, en las cuentas de abril de 1688, el

---

[53] Cfr. José Manuel Pérez García, "Niveles y transformaciones de la ganadería de Galicia en el siglo XVII", *Cuadernos de Estudios Gallegos*, XXXIII (1982), págs. 87 y ss.

[54] Archivo Histórico Nacional, Clero, Libro 10.231. El bucio equivale a fanega y media, unos 140 litros en el caso del maíz.

padre panero advierte: "quitáronse este año los conciertos antiguos, y se cobró conforme a las condiciones de los foros en las eras (...), y el cobrarlos como este año le importa mucho a la casa (...), y el año que menos coje [recauda] más de lo que pagaban, añadiendo el maíz [de] que no pagaban nada". En efecto, los diezmos y quintos de la cosecha de 1687 ascendieron a 191 fanegas de centeno, 81 de mijo y 154 de maíz, lo que supuso un incremento de las entradas de la panera del 18 por cien con respecto al quinquenio anterior. En el cuatrienio de 1688 a 1691 los diezmos de las feligresías de Melón y Quines alcanzaron las 124,25 fanegas de centeno, 102,25 de mijo y 200,1 de maíz, casi el 50 por cien de la producción, por tanto; a partir de entonces la comunidad monástica comenzó a realizar conciertos con los colonos, arrendando los diezmos por cantidades fijas o incluyéndolas en los foros, hasta que en 1698-99 los ingresos quedaron prácticamente estabilizados en unos niveles que ya oscilarían poco, al irse incorporando a los foros las cantidades que se venían percibiendo en concepto de arriendo de diezmos[55].

La entrada del maíz en las rentas forales dependió de factores diversos, como la naturaleza del foro (proporcional o fijo) o la renovación de las cesiones. De cualquier modo, dado que el maíz desplazó en el litoral y en los valles fluviales, en todo o en parte, a los cereales de invierno, es llamativo que no crease conflictos graves dentro de la comunidad campesina. Sí hay algunos en las comarcas en las que se sembró en la hoja de descanso de las tierras, caso de Xallas o de la Terra Chá, pero se trata de pleitos aislados, a lo que parece[56]. Como el maíz acarreó en algunas comarcas la expansión de plantas forrajeras —por ejemplo, de los nabos—, las rotaciones de cultivos se intensificaron, lo que acortó el tiempo que las parcelas estaban destinadas a pasto común, una vez alzados los frutos. En la Mariña cantábrica, a fines del XVIII esta práctica fue abolida en determinadas aldeas, como sugiere un testimonio de 1797, relativo a la supresión de la derrota de mieses en la parroquia de Fazouro, después de que varios vecinos denunciasen el "intolerable abuso y mala introducción que algunos hacen, apastando en la referidas veigas [*agras*] y cerrados de esta feligresía los unos en las de los otros sus ganados, cogiendo herba en los sembrados de pan y maíz ageno, uno y otro con la misma libertad que si dichos pastos y herbas fueran comunes, dima-

[55] Archivo Histórico Provincial de Ourense, Clero, libro 387, cuentas de abril de 1687. Al dar cuenta del recibo de maíz el monje añade que: "No se cogía [por la panera] de este fruto hasta ahora, que se quitaron los conciertos antiguos medio fallidos que había, y le importa mucho el cogérense al convento". *Ibid*.

[56] Baudilio Barreiro Mallón, *La jurisdicción de Xallas en el siglo XVIII. Población, Sociedad y Economía*, Universidad de Santiago, 1977 (1ª ed. 1973), págs. 390 y 694-698, en donde da cuenta del pleito de 1684 entre varios vecinos de la parroquia de Meaño, porque algunos de ellos metieron el ganado en parcelas sembradas de maíz, y que años anteriores estaban desocupadas.

nado de verlo verificar unos a los otros y éstos a aquéllos". Al parecer no se contentaban con causar tal perjuicio: "que aun se verifica otro también gravoso: y es que en el tiempo de recogimiento de los frutos y nabos que producen las explicadas veigas y cerrados de esta feligresía de Fazouro, sin aguardar el recogimiento de los citados frutos, introducen los ganados a renda suelta [a discreción] en las veigas, y franquean sus cierres, sin que sirva a contenerlos de lo aquí propalado los varios cotos particulares que se han hecho por las justicias de esta jurisdicción". Por lo mismo, los vecinos acordaron mantener cerradas las heredades y que cada uno se aprovechase únicamente de los pastos de sus propias labranzas, "sin que desde hoy en adelante ninguna persona tenga atrevimiento de apastar ni coger herba en lo ajeno"[57]. Cuando alguien quería evitar la entrada de ganado en parcelas de labradío o viñedo podía también solicitar de las justicias locales un "mandamiento de coto", y la propia Real Audiencia despachaba provisiones ordinarias tendentes a proteger vides y sembrados, como expone Bernardo Herbella de Puga[58].

En la Galicia interior —exceptuados los valles fluviales en los que se implantó el maíz—, en donde a mediados del XVIII predominaba el cultivo del centeno en régimen de año y vez, hubo algunos cambios opacos como la expansión de los nabos, del alcacer y de las superficies de prado para alimentar el vacuno. Algunos pleitos así lo acreditan, como el promovido en 1709 por el cura de San Salvador de Orro contra dos feligreses por cultivar nabos y cerrar una heredad dentro de un *agra*, cuando la costumbre solo permitía sembrar centeno, trigo y mijo, "dejándola abierta cogido cada uno de los dichos frutos, a pasto común, sin poder sembrarla de otro alguno ni cerrarla para pasto, y aunque algunas veces lo han intentado se les ha prohibido por mi parte y otros antecesores"[59]. En los fondos del provisorato de Lugo se encuentran asimismo algunos pleitos por el diezmo de hierba de mediados del XVIII, motivados por la conversión de parcelas de labradío en prado.

Así y todo, el reconocimiento de que las transformaciones agrarias en la Galicia interior son múltiples no obsta para que se haya de seguir considerando a la patata como la innovación más decisiva, asociada a la vez a otros cambios, como el aumento de las superficies de prado. Pero la patata se ex-

---

[57] Pegerto Saavedra, *Economía, política y sociedad en Galicia, op. cit.*, págs. 141-142; con otras referencias del mismo tenor.

[58] Bernardo Herbella de Puga, *Derecho práctico i estilos de la Real Audiencia de Galicia*, Santiago, Ignacio Aguayo, 1768 (hay ediciones posteriores). Herbella exponía el "estilo" o modo procesual de la Audiencia, que expedía muchas ordinarias "sin estar autorizadas por las leyes del Reino"; a comienzos del XIX el libro fue denunciado por Calvo de Rozas por contener especies contrarias a las regalías del monarca.

[59] Archivo del Reino de Galicia, leg. 2.606/38.

tendió en medio de continuos conflictos y muy desigualmente, según las comarcas. Aunque está documentado el conocimiento de su cultivo hacia 1574-80, no es hasta el XVIII, y más en concreto hasta su segunda mitad, cuando la planta adquiere una cierta relevancia. Es bien conocido el testimonio de Lucas Labrada, según el cual antes de 1768 las patatas únicamente se cultivarían en el obispado de Mondoñedo, y a raíz de la crisis de ese año y siguientes se extenderían a toda Galicia. Que las hambrunas forzaron a consumir el tubérculo, socialmente muy rechazado, es bien cierto, pero lo es menos que antes de 1768 sólo en la diócesis mindoniense se plantasen patatas. El jurista Herbella de Puga afirmaba en 1776 que tal cultivo había llegado a Galicia cuarenta años antes, merced a la iniciativa de dos clérigos de Friol, quienes "estaban colocados a beneficios curados a las inmediaciones de Portugal, y conociendo las ventajas que en aquel reino resultaban del uso de las patatas, le establecieron en los lugares de su oriundez y trascendió a muchas inmediaciones"[60]. Puede que, en determinadas comarcas, las patatas se introdujesen desde Portugal, pero de ser así acaecería bien antes de mediados del XVIII, y parece seguro que como cultivo marginal eran conocidas de muy antiguo.

El primer pleito del que hay noticia en razón del diezmo de las patatas comienza hacia 1736, cuando el párroco de Santiago de Bravos (Viveiro) se querelló de sus feligreses, renuentes a satisfacer la contribución decimal de una "especie de fruta que llaman castañas marinas o criadillas de la tierra, las que recogen por los meses de diciembre y enero de cada un año". El catastro de Ensenada no menciona, sin embargo, las patatas ni en ésta ni en en otras feligresías del contorno, seguramente porque, desde el punto de vista fiscal, no fueron conceptuadas como "frutos mayores". Sí aparecen en algunas parroquias de Ourense y en varios concejos del occidente de Asturias, cultivadas, en este último caso, "sin intermisión en una misma tierra a lo largo de varios años", lo que denota un estadio bien primitivo en el aprovechamiento de la planta. Ya a comienzos de la década de 1760, y sobre todo a partir del hambre de 1768-72, comienzan a menudear los pleitos por el diezmo de la patata. El más multitudinario enfrentó a la práctica totalidad de las parroquias de la diócesis de Mondoñedo con los perceptores de diezmos, si bien muchos campesinos denunciados confesaron que no cultivaban el tubérculo. También en algunas comarcas de Ourense fue un acicate la crisis mencionada: antes de 1769, señalan en un pleito los vecinos de Allariz, las patatas no se sembraban como fruto principal, "sino incidente: un pie aquí y otro allí"; mas a partir de

[60] Antonio Meijide Pardo, *Testimonios históricos sobre la antigüedad del cultivo de la patata en Galicia*, A Coruña-Sada, Ediciós do Castro, 1984, págs. 11-12.

ese año calamitoso, se plantaron "en terrenos enteros", en que anteriormente se diezmaba mijo, habas y cuanto sembraban en este caso[61].

Entre los fondos del Archivo Diocesano de Lugo se conservan, igualmente, numerosos pleitos: en unos se afirma que el cultivo de la patata se extiende a partir de 1768; en otros se retrasa el proceso a la década de 1790 y aun a comienzos del XIX. Sí consta, en cualquier caso, que no eran por completo desconocidas, aunque se cultivasen en cortas cantidades y sólo para alimento de irracionales. Un testigo de cerca de 90 años, que depone en 1800-01 en un pleito entre el monasterio de Penamaior y varios labradores, afirma que en su juventud no se conocía en el país "otra especie de patatas más que las *silvestres*, de que no se hacía ni hizo jamás granjerías ni comercio de ellas", y más tarde unos arrieros que trajinaban con Ribadeo consiguieron en la mariña "la semilla de las que actualmente se conocen en este país, de buena calidad". Al principio, por disponer de pocas, se plantaron en las huertas, "después se siguió a las *cortiñas*", y muy en breve se extendieron a las mejores tierras de labor. Parece, por lo mismo, que las patatas se conocían, pero constituían un cultivo residual, "silvestre". A raíz de la crisis de fines de la década de 1760 saltan de las *cortiñas*, verdaderos "campos de experimentación" porque estaban exentas de servidumbres, a las *agras* o *vilares*, momento en el que estallan los pleitos entre los campesinos y los perceptores de diezmos. Este salto va ligado a la renovación de las simientes. Resulta lógico que se cultivasen antes en las *cortiñas*, parcelas cerradas, no sometidas a servidumbres de paso y pasto, y en las que los campesinos podían cultivar lo que quisieran. Una vez probada la utilidad de un fruto, se sembraba en las *agras*, aunque en ocasiones no todos los vecinos lo aprobaban[62].

En el interior de Galicia la patata progresa muy desigualmente; Abel Bouhier y Ramón Villares ya advirtieron que su generalización a las *agras* y *vilares* es algo que acaece en el primer tercio del XX. Varias fueron las razones que ralentizaron el avance del cultivo de las patatas. La enemiga de los preceptores de diezmos y de rentas proporcionales a la cosecha fue una de ellas. Los eclesiásticos reiteran en los pleitos que las patatas se siembran en lugar de otros frutos y que consumen mucho estiércol. Los campesinos

---

[61] María Xosé Rodríguez Galdo y Fausto Dopico, "Novos cultivos e agricultura tradicional: a pataca en Galicia no séculos XVIII e XIX", *Revista Galega de Estudios Agrarios*, 3 (1980), págs. 11 y ss.; Pegerto Saavedra, *Economía, Política y Sociedad en Galicia, op. cit.*, págs. 181-188.

[62] Abel Bouhier advirtió con lucidez el papel de las *cortiñas* como espacios de experimentación de nuevos cultivos, que sólo se sembraban las *agras* una vez que los campesinos comprobaran, por experiencias reiteradas, su utilidad; vid. *Galicia*, *op. cit.*, II, págs. 739 y ss. Los numerosos litigios motivados por el diezmo de las patatas, conservados en la sección de Pleitos Civiles del Archivo Diocesano de Lugo, le dan la razón.

replican que se plantan en el año de "hueco" o en tierras recién roturadas, y con fertilizantes obtenidos en el monte, sin que la cosecha tradicional de cereales sufra menoscabo ni, por lo mismo, los diezmos. En cualquier caso, los perceptores de diezmos y de rentas proporcionales se consideraban perjudicados por varios motivos: uno era que, en efecto, en ocasiones las patatas se sembraban en lugar de otros frutos; en las comarcas altas y frías, además, no siempre se recogían a tiempo de que pudiese sembrarse el cereal. Otro radicaba en que, aunque las patatas ocupasen el año de "hueco", consumían parte del estiércol que se destinaba antes a los cereales de invierno ("como son tan apasionadas del estiércol ..."), señalaba un testigo de uno de los numerosos litigios que localizamos). Por fin, había un hecho que no podía escaparse a los rentistas ni a los campesinos: si el valor comercial de la patata era escaso, su abundancia contribuía a mantener a niveles relativamente bajos el precio de los cereales. Así lo indicaban en 1786 varios vecinos del concejo de Burón: "este fruto tan pingüe y útil a los pobres labradores que, desde algunos años a esta parte que todo este país se dedicó a su sementera, se desterró el hambre y puso los granos en un moderado precio"[63].

En la montaña lucense-asturiana, en efecto, los precios de los cereales están a fines del XVIII a niveles inferiores al que registran en otras partes; y en la ciudad de Mondoñedo, próxima a zonas de producción de patatas, no alcanzan tampoco las cotas de Santiago. Lo cierto es que, por las razones mencionadas, los perceptores de diezmos o de rentas proporcionales se opusieron al cultivo de las patatas, exigiendo a menudo una compensación. Cuando se abolieron los diezmos se descubrió que entre campesinos y perceptores se habían firmado conciertos que estipulaban la superficie máxima que los primeros podían dedicar a patatas. Otra solución, adoptada por el monasterio de Xunqueira de Espadañedo, era que los campesinos pagasen el diezmo en cereal de la superficie sembrada de patatas, calculando a partir del rendimiento del grano el año respectivo. Y a mayores, algunos autores de la primera mitad del siglo XX, como Valeriano Villanueva, relacionaban la generalización del cultivo de la patata con la desaparición de las rentas proporcionales, lo que se produjo a raíz de la redención de foros y arriendos[64].

Aparte de las anteriores, hubo otras causas que entorpecieron la expansión de la patata, y que fueron apuntadas con perspicacia por el Abel

---

[63] Pegerto Saavedra, "Sobre las transformaciones agrarias de la Galicia del Antiguo Régimen", en *Paysages et Sociétés*, *op. cit.*, págs. 25-26.

[64] Ramón Villares, "A agricultura galega, 1870-1930: unha época de grandes transformacións", en Lourenzo Fernández Prieto, edr., *Terra e Progreso*, Vigo, Xerais, 2000, págs. 61 y ss. (este trabajo se publicó por primera vez en 1985).

Bouhier: la alteración que provocaba en las rotaciones cuando se sembraban en el año de "hueco", y la falta de abonos. Ambos hechos pueden explicar, a nuestro juicio, que la patata se extendiese con más lentitud en Ourense que en ciertas comarcas de Lugo. En las aldeas orensanas las comunidades campesinas estaban mejor organizadas y las prácticas agrarias muy reglamentadas; se hacía difícil, por tanto, introducir innovaciones en el sistema de año y vez[65].

Los cambios en los tipos de cultivos y en las rotaciones y la progresiva fragmentación del terrazgo originaron sin duda muchas tensiones que no llegaron a los tribunales y que se resolvieron en el ámbito de la aldea, a través de mediaciones y acuerdos verbales. La ampliación del espacio cultivado mediante roturaciones y cierres de montes sí provocó abundantes litigios, según revelan diversas escrituras de protocolos y la riquísima sección de "Vecinos" del Archivo del Reino de Galicia. A pesar del creciente valor que adquiría el monte, conforme aumentaba el número de vecinos —y de explotaciones— y se necesitaban más cantidades de abono, las comunidades locales toleraron algunas privatizaciones, como pone de manifiesto el que a mediados del XVIII una porción significativa de las explotaciones —de un cuarto a un tercio de la superficie— estuviese formada por montes cerrados. La tendencia a apresamientos de comunales, para producir tojo, hierba o cereal, se intensificó en la etapa final del Antiguo Régimen[66].

Para concluir conviene señalar que, en principio, la legislación liberal parece haber afectado poco al funcionamiento cotidiano del complejo agropecuario en lo que toca a la vigencia de las servidumbres y limitaciones de dominio. Así, la "municipalización" de los montes no impidió en la mayoría de los casos que las reglas de su usufructo continuasen controladas por la comunidad vecinal, gracias en buena medida al realismo de la Audiencia Territorial[67]. Por otro lado, las servidumbres de paso y pasto tampoco se alteraron sustancialmente, pues en un terrazgo tan fragmentado, los cierres de parcelas no podían generalizarse, o por costosos o por inviables. Los juristas reconocían a mediados del siglo XIX que no existía obligación legal de respe-

---

[65] Abel Bouhier, *Galicia*, *op. cit.*, II, pág. 743. Los concejos abiertos funcionaron en comarcas de Ourense hasta tiempos recientes; vid. Xosé Fariña Jamardo, *Concellos abertos na Limia*, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 1982.

[66] Pegerto Saavedra, *Economía, Política y Sociedad en Galicia*, *op. cit.*, págs. 196-209, con ejemplos de comunidades parroquiales que a comienzos del XIX vigilaban los montes con escopetas, y José Manuel Pérez García, "Las utilidades del inculto y la lucha por sus aprovechamientos en Galicia meridional (1650-1850)", *Obradoiro de Historia Moderna*, 9 (2000), págs. 79 y ss.

[67] Xesús Balboa, *O monte en Galicia, op. cit.*, en donde estudia los efectos que la legislación liberal tuvo sobre la titularidad y gestión de los montes; también Alejandro Nieto, *Bienes comunales*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1964.

tar los derechos de pasto, pero que se hacía por conveniencia comunitaria. Así lo señalaba en 1860 el jurista lucense José María Castro Bolaño, al comentar varias disposiciones que en teoría favorecían el individualismo agrario.

> Es sabido que en los distritos del interior de la provincia [Lugo] alternan la siembra y el barbecho de las tierras de pan llevar, siendo consiguiente que las hazas, conocidas con los nombres de agros, villares y otros, estén cerradas un año y francas en otro, en cuyo último caso pueden los ganados introducirse en ellas libremente. Nadie, empero, ha disputado jamás al propietario o arrendador el derecho de sembrar y conservar cerradas sus fincas el año de barbecho, dejando espedito el uso de las servidumbres establecidas; pero en tal caso deben cerrar sobre su terreno, sin disputar a los demás propietarios la libertad de cerrar o conservar francas sus heredades según les convenga.
>
> Tal era la práctica constantemente observada desde tiempo inmemorial, cuando se expidió por el Ministerio de Fomento la Real Orden de 15 de Noviembre de 1853... La generalidad ha creído ver en ella la carga impuesta a los co-propietarios de conservar y sostener los cierros de los agros y villares, que quieran o no, siempre que alguno tenga interés en sembrar sus fincas. De aquí el empeño de una o dos individualidades en dar la ley a la mayoría, obligándola a cerrar contra su voluntad; de aquí contiendas acaloradas entre vecinos, vejaciones injustificables y resoluciones contradictorias; y de aquí, en fin, expedientes voluminosos, que ocupan la atención de las autoridades superiores[68].

Castro Bolaño proponía que los ayuntamientos elaborasen ordenanzas, que reglamentase todo lo concerniente a la actividad agraria, y defendía que algunas disposiciones liberales no eran de aplicación en Galicia.

> ... la Real Orden [de 1853] no puede tener aplicación a las provincias de Galicia, por que no hay, ni hubo en ellas jamás la costumbre abusiva que pretende desterrar. Entre nosotros no son ni fueron conocidas nunca las llamadas derrotas, ni el común de vecinos se consideró jamás con derecho al aprovechamiento de las tierras de dominio particular, alzadas las mieses. Si entonces quedan francas y abiertas, y si los ganados se introducen en ellas libremente, es porque así lo quieren los dueños...
>
> ... En los años que los agros quedan de barbecho ¿es por ventura más respetable la propiedad de los que quieren sembrar y cerrar sus fincas, que las de los que prefieren tener las suyas francas y abiertas? ... como dueños pueden

[68] Citado por José María Cardesín, *Tierra, trabajo y reproducción social en una aldea gallega (s. XVIII-XX): muerte de unos, vida de otros*, Madrid, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1992, pág. 176.

unos y otros disponer libremente de sus fincas, y hacer de ellas e en ellas lo que quisieren, como dice una ley de Partida[69].

Al margen de las disposiciones que ofrecía la legislación que autorizaba cierres y privatizaciones, la organización del terrazgo imponía unas exigencias difíciles de evitar, y ciertas prácticas habían arraigado en la cultura comunitaria de modo que no era posible ni tal vez deseable desterrarlas. Así sucedía en algunas aldeas con el espigueo, que continuaba vigente a fines del XIX y que, desde la óptica de un catolicismo social defendía el jurista Alfredo García Ramos: el espigueo no sería ya un derecho, sino una limosna que la comunidad daba a los más necesitados[70].

Los geógrafos —comenzando por Ramón Otero Pedrayo—, los etnógrafos y antropólogos y hasta los autores de obras de literatura han dado fe de la vigencia, más allá de la revolución liberal, de todo un entramado de servidumbres y limitaciones de dominio en las aldeas gallegas. Como decía en una novela ambientada hacia 1870 el maestro rural Manuel García Barros, *"hai traballos que os hai que facer en tempo determinado e «canda todos»: por razón de sazón, por razón de servidumes, e hasta por razón de ben ver"*[71].

[69] En José María Cardesín, *Tierra, trabajo y reproducción social*, *op. cit.*, págs. 188-189. A pesar de que en Galicia apenas había tradición municipal, algunos ayuntamientos elaboraron ordenanzas agrarias en la segunda mitad del XIX, aunque este proceso fue mucho más habitual en el interior de la península, como demuestra Alejandro Nieto en *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras*, Valladolid, Junta Provincial de Fomento Pecuario, 1959.

[70] Vid. José María Cardesín, "Entre el regionalismo jurídico y el catolicismo social: el derecho consuetudinario en Alfredo García Ramos (1908-1910)", en Justo Beramendi, *Galicia e a historiografía*, Santiago, Tórculo, 1993, págs. 211 y ss. De Alfredo García Ramos puede consultarse su *Arqueología jurídico-consuetudinaria económica de la región gallega*, Madrid, 1912.

[71] Manuel García Barros, *As aventuras de Alberte Quiñoi*, A Coruña, Vía Láctea, 1990, pág. 77. Esta obra fue escrita en la década de 1940.

ESTATUTO, SERVIDUMBRES DEL AGUA Y PODER. EL CASO DEL SURESTE IBÉRICO DESDE EL ANTIGUO RÉGIMEN A LA REVOLUCIÓN LIBERAL

Mª Teresa Pérez Picazo
Universidad de Murcia

INTRODUCCIÓN

En diversos artículos publicados anteriormente he intentado mostrar cómo la interrelación entre las fuerzas sociales y las procedentes del entorno natural contribuyen a explicar la lógica organizativa del espacio hidráulico, el código "político" que lo rige y, por consiguiente, la forma asumida por el estatuto del agua[1]. La fisonomía de éste último —y las servidumbres que comporta— han sido y son decisivas en la articulación del poder, tanto desde el punto de vista social como económico. La experiencia histórica nos ofrece, en efecto, múltiples ejemplos de la circulación a dos bandas entre el control de los recursos hídricos y el de la comunidad social, entendida en el más amplio sentido de la palabra. Sin embargo, hasta fechas recientes ha predominado en el estudio de este tema una especie de determinismo tecnológico de corte positivista[2] que, afortunadamente, parece superado[3].

El eje conductor de los tres apartados en los que he articulado la exposición es cronológico, aunque las fronteras que separan las sucesivas etapas sean muy fluidas. En el primero, de carácter introductorio, se especifican y justifican las opciones a favor de un marco temporal y espacial determinados. En el segundo se presenta la forma asumida por el estatuto del agua durante la prolongada etapa en la que coexistieron una economía orgánica y el sistema socio-institucional de corte feudal y antiguo-regimental (siglos XIII-mediados XIX). Finalmente, en el tercero (mediados XIX-mediados XX), se

[1] Pérez Picazo, 1997, 2000 a y 2004.

[2] Pérez Picazo, 2000 a, *op. cit.*, pp. 37-56.

[3] Ver los trabajos de Calatayud (1993) y Mateu-Calatayud (1997) sobre los regadíos valencianos y el de Pérez Picazo (1995) sobre la relación existente entre unas estructuras agrarias de dominante campesina y la explotación de los recursos hídricos aluviales y pluviales en los campos litorales murcianos hasta bien entrado el siglo XX. Este es también el enfoque del libro colectivo de Bevilacqua y Corona (eds) (2000) así como de la mayor parte de los trabajos incluidos en una publicación reciente editada por Pinilla (2008).

analizan los profundos cambios habidos al respecto a partir de las dos "revoluciones", tanto la liberal —de contenido institucional— como la industrial —de contenido económico—. Ésta última iba a sustituir el tipo de energías dominantes, de origen orgánico, por las de origen fósil, sustitución que modificó de manera irreversible el régimen social-metabólico[4] y, obviamente, la consideración y el manejo de los recursos naturales. El sentido de estos cambios se materializa en la década 1950-1960, fuera ya del ámbito temporal de este estudio, debido a la "revolución verde" y al triunfo del capitalismo neoliberal, que introdujeron una auténtica mutación en la comprensión de las funciones del agua y en su estatuto. El texto se cierra con una breve conclusión en la que se resumen las ideas que constituyen el armazón del trabajo y se destaca el peso de un pasado más o menos lejano en el debate hidráulico actual.

I. CONTEXTOS ESPACIAL Y TEMPORAL

El hecho de que el Sureste español[5] se configure como el polo más árido de Europa justifica su elección como ámbito espacial de este estudio. Recordemos, aunque sea de manera rápida, que la escasez e irregularidad de las precipitaciones y la elevación de las temperaturas medias —17º— constituyen los rasgos climáticos definitorios desde el cabo de la Nao hasta el de Gata. La mayor parte del territorio así delimitado se sitúa por debajo de la isoyeta 350 y las escasas lluvias se concentran en otoño y primavera, aunque su volumen y distribución anual e interanual suelen ser muy desiguales. De ahí que, hasta nuestros días, el mantenimiento y desarrollo de las actividades económicas hayan reposado en la búsqueda permanente y la utilización minuciosa de los magros recursos hídricos: la "parte del agua" es con frecuencia más importante que la de la tierra incluso en la jerarquía social. Sólo existe un elemento favorable en este marco natural tan duro: la presencia de un río alógeno, el Segura, cuyos débitos permiten los únicos regadíos permanentes de la región.

Otro factor muy importante en el contexto ambiental es el constituido por la configuración topográfica, cuya disposición agrava los problemas hídricos. En primer lugar, las tierras surestinas —especialmente Murcia y Almería— se hallan a sotavento de los robustos relieves de las sierras de Cazorla,

[4] Suele designarse con este apelativo, procedente de las ciencias ambientales, la relación existente entre los ámbitos físico-natural, material y social. Los cambios al respecto modifican no sólo la actividad económica sino la actitud del grupo social ante los datos ecológicos.

[5] Comprende las provincias de Alicante, Murcia y Almería, pertenecientes a tres Comunidades Autónomas distintas y con una extensión global de 25.954 km^2.

Segura, Alcaraz-Taibilla y otras, muro orográfico que aísla a ambas provincias de las borrascas atlánticas y las coloca en situación de "abrigo agrológico"[6]. Y, en segundo lugar, el escalonamiento de las cadenas montañosas que, desde el interior al litoral, penetran en el mar en repetidas ocasiones, reduciendo en número y tamaño las llanuras litorales y generando una articulación alveolar del relieve que dificulta la circulación de las aguas y provoca fenómenos de endorreísmo.

Respecto al marco temporal, no ha sido fácil de establecer porque la evolución histórica de los distintos elementos que integran los sistemas agrarios —el estatuto del agua en este caso— no suele presentar el mismo *tempo*[7]. Raramente coinciden, por ejemplo, la cronología de los aspectos materiales —especialmente los tecnológicos— con los institucionales. Reconstruir la historia de cualquiera de ellos requiere una búsqueda cuidadosa de la compleja y dialéctica relación existente entre los ritmos temporales de cada uno.

En otro orden de cosas, he optado por una perspectiva de larga duración. Nuestra visión de los problemas cambia cuando se introduce el largo plazo, entre otras razones porque las trayectorias del pasado condicionan de alguna manera nuestro presente[8]. De hecho, muchos de los conflictos hidráulicos que hoy preocupan a los habitantes de las tres provincias sólo cobran sentido cuando se conocen determinados aspectos de la evolución que vamos a presentar. El espacio hidráulico es histórico y no sólo el resultado de una acumulación de trabajo humano.

II. PRIMERA ETAPA: ECONOMÍA ORGÁNICA, TECNOLOGÍA PREINDUSTRIAL Y ANTIGUO RÉGIMEN INSTITUCIONAL

Parece necesario comenzar señalando que, en el periodo considerado, los derechos privativos sobre la tierra y el agua no pueden ser asimilados sin más a la propiedad privada tal como será consagrada por la Revolución Liberal. Con mayor razón en lo concerniente al líquido elemento, cuya naturaleza resiste a la apropiación. En lugar de la propiedad, pues, hablaré preferentemente de derechos sobre ambos recursos.

---

[6] López Bermúdez y Sarriá, 2001.

[7] Bromley, 1990 y Rougerie, 1992 en sus respectivos libros desarrollan unas reflexión especialmente clarificadora sobre la existencia de distintos ritmos temporales en el interior de los sistemas económicos —los agrarios en nuestro caso—.

[8] Tello, 2005. Especialmente la introducción del libro, donde el autor desarrolla una inteligente reflexión sobre las relaciones existentes entre la Economía, la Historia y las Ciencias de la naturaleza.

II.1. La evolución del estatuto del agua. Una visión general

En la larga marcha hacia el reconocimiento de la propiedad privada, los perímetros regados desempeñaron el papel de sectores pioneros. La causa de esta precocidad reside en el carácter relativamente intensivo del cultivo y en las inversiones que requiere sea en trabajo, sea en capital… o en ambos factores a la vez. Ello se detecta no sólo en las grandes huertas sino también en los modestos perímetros de riego acondicionados por comunidades campesinas, especialmente en el caso de las galerías drenantes o *qanats*[9], muy abundantes en las tres provincias. Los esfuerzos físicos y económicos necesarios para la puesta en marcha de las infraestructuras (aunque la importancia relativa de ambos varíe en función de la tecnología empleada) no se avenían bien con una apropiación insegura.

En lo que concierne al estatuto del agua propiamente dicho, en el Sureste climático coexistieron dos sistemas que han estado vigentes hasta bien avanzado el siglo XX. Mientras que en el uno el acceso a la tierra supone que su titular tiene automáticamente acceso a una parte fija de los caudales disponibles, en el otro ambos recursos podían ser objeto de una apropiación distinta. En el primer caso estaba severamente prohibido que el derecho al riego fuese cedido independientemente de la parcela a la que estaba asignado: en caso de no utilización, los caudales volvían a la acequia o al río. En el segundo, por el contrario, los derechos sobre el agua se consideraban como cualquier otro bien de tipo inmobiliario, y eran susceptibles de toda clase de transacciones: compraventa, donación, hipoteca, división de dominio por la enfiteusis, etcétera. De hecho figuraban como tales en los denominados Libros del Agua[10] y, más tarde, en los Amillaramientos y en el Registro de la Propiedad.

Las diferencias existentes entre ambos sistemas no impiden la presencia de rasgos comunes, en particular el predominio absoluto de la asignación centralizada del agua a la tierra. Consistía en la atribución a cada parcela de una porción fija del líquido elemento, utilizando como criterio la extensión superficial del terreno a regar; este último, pues, era el titular del derecho a riego y no el sujeto que lo poseía. Incluso donde el acceso a los dos recursos

---

[9] Se trata de una tecnología introducida por los árabes y originaria de Irán. Consiste en una galería horizontal excavada en los piedemontes que aprovecha el desnivel existente para actuar como exutorio del agua depositada en el manto freático, normalmente a escasa profundidad. Se construía mediante la excavación de pozos sucesivos para el vaciado de las galerías, después utilizados para la limpieza de las mismas.

[10] La mayor parte de estos Libros, que comienzan a elaborarse en el siglo XVI, están depositados bien en las oficinas de los antiguos Heredamientos (Mula, Moratalla), bien en los Archivos Municipales respectivos (Lorca, Jumilla, Alicante, Elda, Novelda, etc).

estaba separado se mantenía dicha norma, por lo que sólo podía adquirirse la cantidad de agua que correspondía a la parcela, primando así los derechos de uso. Por consiguiente en los dos casos la asignación y la distribución eran independientes La primera solía ser el resultado de acuerdos institucionales en los que se recogían los principios básicos de los derechos de acceso al agua, que poco a poco habían cristalizado en la redacción de Ordenanzas. La segunda puede considerarse como fruto del proceso histórico en sentido amplio, es decir, de la forma asumida por los derechos de propiedad y del equilibrio de poderes dentro de la sociedad rural.

Ha habido un fuerte debate sobre los orígenes del dualismo estatutario, Durante mucho tiempo se atribuyó la presencia de una u otra opción al nivel del caudal disponible. En apoyo de esta tesis solía esgrimirse el acceso automático al agua de riego en el valle del Segura y en los manantiales con mayores débitos, mientras que la adquisición forzosa de la misma era ampliamente mayoritaria en los denominados ríos-rambla por los geógrafos[11] y en las fuentes de caudales mediocres[12]. Pero las cosas no son tan sencillas; ya que la lista de excepciones que hoy se conocen a esta regla es tan larga que dificulta la aceptación de la abundancia o escasez hídricas como única causa del fenómeno. Mientras que en las provincias de Alicante (ríos Montnegre y Vinalopó) y Murcia (Guadalentín, Mula, Moratalla) la separación es un hecho generalizado, en Almería (Almanzora, Andarax, Almería, Adra, Nacimiento) se da el fenómeno inverso. Sin olvidar, por último, las vegas de montaña peor dotadas (las alicantinas y la mayor parte de las ubicadas en las sierras murcianas) o los aprovechamientos de turbias en las ramblas, donde los recursos hídricos suelen ser modestos pese a lo cual el derecho a riego es inseparable de la tierra.

En la actualidad, sin suprimir totalmente la interpretación hidrofísica de la dualidad en cuestión, se esgrime una hipótesis complementaria que hace hincapié en la trayectoria histórica del Sureste, especialmente en el impacto

---

[11] Se trata de los ríos que nacen la propia región (autóctonos) y que, a consecuencia de la indigencia pluviométrica tienen un caudal escaso y un régimen muy irregular. Habitualmente permanecen secos durante cinco o seis meses (parte de la primavera y verano) y recuperan su modesto caudal en otoño e invierno, lo cual no obsta para que con cierta frecuencia, experimenten enormes y catastróficas crecidas.

[12] La venta del agua tanto en los ríos como en los manantiales se llevaba a cabo utilizando como unidad una fracción del caudal disponible por unidad de tiempo. Tal era caso de las *caballerías* de Librilla, las *hilas* de Lorca, los *cuartos* de Mula, los *hilos* de Alicante, los *azumbres* de Novelda, la *peonías* de Moratalla, los *jarros* de Jumilla y Yecla, etc. La cuantificación en volumen no comenzará a introducirse hasta finales del seiscientos. El tiempo se medía tradicionalmente con la ayuda de relojes de sol o de arena, pero desde los siglos XV-XVI fueron sustituidos por los relojes municipales y sus campanadas periódicas.

de la Reconquista y del periodo inmediatamente ulterior. Según parece, la Monarquía castellana confirmó los usos árabes (acceso gratuito al agua de riego, siguiendo la ley coránica) en las tres provincias concernidas y reconoció a los concejos respectivos el uso y aprovechamiento de los caudales; los regantes, pues, no eran considerados como verdaderos propietarios sino como simples usuarios. Tal es el contenido de los Repartimientos verificados por Alfonso X en la mayor parte de los municipios de las provincias de Alicante y Murcia, capitales incluidas. ¿Qué pasó después?

Creo imprescindible tener en cuenta que los territorios reconquistados quedaron durante casi dos siglos en situación fronteriza de uno u otro signo[13], por lo que los gastos generados por las actividades bélicas privilegiaron a la elite de caballeros que acompañaba a Alfonso X y a sus descendientes. Una parte mayoritaria de los mismos recibió extensas heredades —con el agua correspondiente— y disfrutó de una posición dominante en los concejos. Tal fue el caso de Lorca, Alicante, Elche o Elda, por no citar sino los municipios de mayor población.

En Lorca[14], el reparto de "días y tiempos" organizado por Alfonso X en 1258 preservó las normas de origen árabe. Tan sólo se introdujeron algunas diferencias en relación con el tipo de cultivo, quedando reservado para su uso público cierto número de *hilas*[15] de la Fuente del Oro[16]. Aún no había transcurrido un siglo y ya se habían sufrido profundos cambios. Primero fue el Concejo, que incorporó los recursos de la mencionada fuente a los Bienes de Propios y empezó a vender en subasta los turnos de riego (tandas), pretextando los gastos consecuentes a los enfrentamientos con los musulmanes. Después siguieron los grandes propietarios, titulares de una parte considerable de los derechos sobre el agua, los cuales aprovecharon su situación y comenzaron a verificar transacciones sobre los mismos; a finales del siglo XV se vendían prácticamente todas las *hilas* del Guadalentín en el Alporchón y sólo en cinco *Heredamientos*[17] suburbanos, próximos al río, se conservó la situación antigua. En las Cortes de Alcalá, reinando Alfonso XI, los tandistas

[13] El reino de Murcia mantuvo entre los siglos XIII y XV una situación de frontera respecto al de Granada y, en cuanto al sur de Alicante, las querellas entre las coronas da Castilla y Aragón por cuestiones de límites tuvieron un efecto similar.

[14] Ver Gil Olcina, 1993, pp. 50-51 y 2004, 2ª edición, pp. 97-99.

[15] La *hila* era una unidad de medida que equivalía a 11 litros por segundo equivalente a un volumen de un metro cúbico.

[16] Pese a su nombre, no se trata de un manantial sino de la salida al exterior de los flujos almacenados en una presa subálvea.

[17] Heredamiento: el término designa a la vez la superficie regada por una acequia y a los regantes que utilizaban sus aguas. Es en las huertas del Segura donde alcanzaron un desarrollo mayor, por lo que habremos de ocuparnos de nuevo de ellos más adelante.

consiguieron quedar exentos del pago de alcabalas alegando que, tras la venta, recuperaban el dominio en el turno siguiente[18]. La controversia sobre si se podía acceder a este último y, por consiguiente, vender las porciones de agua se prolongó hasta el siglo XX sin que los agricultores modestos consiguiesen alterar esta práctica[19]. En el Catastro de Ensenada se explica el procedimiento de la subasta[20], materializado en un mercado diario o semanal donde se verificaban las operaciones, las cuales se mantuvieron hasta 1929, cuando la Confederación Hidrográfica del Segura adquirió los derechos de aguas a los titulares de las hilas por la nada despreciable cantidad de 2.842.500 pesetas[21].

En Alicante el punto de partida fue similar. Alfonso X expidió en 1258 un Privilegio mediante el cual donaba a perpetuidad a los vecinos el uso y aprovechamiento de las aguas del río Montnegre. El mismo año, el Consejo General de la ciudad procedió a repartir las aguas de manera proporcional a la cantidad de tierra poseída por cada propietario. Posteriormente, el aumento de población y la expansión consecuente del regadío incrementaron la demanda de caudales, lo que estimuló a los primitivos poseedores a abusar de su posición de práctico monopolio del recurso, obligando a los pequeños propietarios a comprarlos[22]. Los conflictos y la escasez llegaron a ser tan graves que la Monarquía intervino con la construcción de un pantano, el de Tibi, puesto en funcionamiento en 1593. Cuando el gobernador llevó a cabo la división del caudal fluyente en dos partes iguales o *dulas*, denominadas respectivamente *Agua Vieja* y A*gua Nueva,* la primera llevaba más de dos siglos separada de la tierra. En cuanto a Elda, la Carta de Población (1611), otorgada a raíz de la expulsión de los moriscos, establecía que las tierras se habían de dar con su correspondiente provisión de agua, como tenían antes de la expulsión, pero además con la condición que los enfiteutas "*…no puixen ahaenar ni transportar en manera alguna la terra sans aigua ni l'aigua sans la terra… sots pena de perdreles dites aigua i terra"*[23]. Pese a estas disposi-

[18] Musso y Fontes, 1847. Reimpresión en 1982, p. 17.

[19] Todavía en 1904 el geógrafo francés Brunhes calificaba las subastas de agua lorquinas con el término de *épouvantables* debido a los problemas que planteaban a los agricultores modestos, obligados a recurrir a la usura.

[20] Lorca, 1755 (según las Respuestas Generales del Catastro, Colección Alcabala de Viento, num. 17), Madrid, Tabapress, 1990, pp. 75-76.

[21] Instrucción aprobada por Real Decreto del 23-marzo-1928. El expediente se conserva en el Archivo Hisrtórica Municiapal de Lorca. Papeles del Archivo de la Comunidad de Regantes. Ver el folleto publicado por la Comunidad de Dueños de Aguas de Lorca, *Copia literal de la sesión celebrada el dia 5 de diciembre de 1928*. (impreso).

[22] En relación con esta cuestión, ver la obra clásica de R. Altamira, 1905, reed. 1985, y los trabajos más recientes de Alberola Romá, 1990, 1994 y 1996.

[23] Carta Puebla del señorío de Elda, 1611-1612. Ayuntamiento de Elda.

ciones, una porción importante del flujo disponible había sido vendida a mediados del siglo XIX como resultado del proceso iniciado a finales del XVII.

En Almería capital y en los principales pueblos de la provincia las cosas funcionaron de otro modo. Los Repartimientos se elaboraron o inmediatamente antes o poco después de la conquista de Granada (el de Almería está fechado en 1491) y, por consiguiente, las necesidades militares eran menores. De ahí la presencia de numerosos repobladores modestos y la influencia mitigada de la elite de caballeros. Los Libros de Apeo y Población conservados[24] muestran que, salvo una minoría de estos últimos, que recibieron concesiones relativamente importantes, las tres cuartas partes de los recién llegados accedieron a lotes que oscilaban entre las 5 hectáreas —en las mejores tierras— y las 20 —en los secanos—. En cuanto al agua se la consideró un bien de dominio público del que podían disponer gratuitamente todos los que tenían tierra en el interior del perímetro de riego, a prorrata en relación con su extensión superficial; su estatuto, pues, era el de un derecho de uso. La evolución ulterior no varió el *statu quo* porque, dada la desaparición de la situación de frontera, las actividades bélicas habían desaparecido (si se exceptúa la rebelión morisca de la Alpujarra) lo cual, unido al peso demográfico del sector campesino y al escaso valor de la mayoría de las tierras, no estimuló a las oligarquías locales a la desposesión del mismo. Hay una excepción en el panorama descrito, el del regadío de los Vélez, que recibe lo esencial de sus recursos de las fuentes de Maimón y donde el derecho el riego está separado de las parcelas, por lo que los titulares de las mismas se veían obligados a adquirirlo en pública subasta[25]. Es muy posible que se trate de un "contagio institucional" del vecino reino de Murcia.

Sin embargo, no siempre puede buscarse explicaciones a las peculiaridades del estatuto del agua en los procesos de reconquista y repoblación. En ocasiones, la dinámica social de los núcleos humanos, el contexto ambiental y, por supuesto, los avatares políticos permiten avanzar hipótesis más ajustadas. Tomemos, por ejemplo, el caso de los municipios murcianos de Jumilla y Yecla, ubicados en medio del secano profundo y sin más recursos hídricos que dos resurgencias cársticas (fuentes del Cerco y Principal) cuyas dotaciones, relativamente abundantes, constituyeron el punto más importante de

[24] Suelen encontrarse en los respectivos archivos municipales, como en el caso de Felix (ver López Manzanares, 2004) muy interesante por su ubicación en plena Sierra de Gádor y su proximidad a la capital.

[25] El origen de esta situación reside en una donación de aguas a un grupo de vecinos hecha en el siglo XVI por el marqués de los Vélez (titular de diversos señoríos en el vecino reino de Murcia). Estos se constituyeron en comunidad de bienes (no en comunidad de regantes) con total libertad para poder así vender los "sobrantes" de agua.

abastecimiento hasta el siglo XIX. En ambos casos los flujos procedentes de los manantiales eran objeto de gestión colectiva por parte de los Concejos respectivos a través de algún regidor, dos o tres comisarios y el Fiel Jarrero, único conocedor de los complejos manejos que exigía el reparto del agua[26]. El sistema es similar a los existentes en algunos oasis subsaharianos[27] y por las mismas razones, la escasez extrema y el aislamiento en medio de una zona árida, que justificaban lo estricto de las normas de funcionamiento. Pese a ello, con el paso del tiempo, se repitió el consabido proceso de apropiación privada de parte de los caudales existentes aunque las servidumbres consuetudinarias se mantuvieron. Entre ellas destacan la fijación de la parte alícuota correspondiente al consumo humano y ganadero, la articulación del espacio regado en seis sectores cuyas dotaciones y tipos de cultivo no podían ser alteradas (huertas, huertos, baños, viñas, viñales y campo) pero, sobre todo el hecho de que la venta de los *jarros* de agua sólo estuviese autorizada en invierno, siempre y cuando hubiera sobrantes, porque en tiempos de sequía toda transacción estaba prohibida.

El ejemplo de estos dos municipios del Altiplano muestra a la perfección que, entre un sistema y otro la distinción era en la práctica muy sutil[28]. En el seno de cada uno de ellos, la rigidez de las normas dependía —ahora sí— de la mayor o menor disponibilidad del recurso. Por ejemplo, en Alicante y Elda solo una parte del agua podía ser objeto de venta mientras que en Lorca la única excepción al respecto se limitaba a los pocos Heredamientos indicados páginas atrás y, en cuanto a los demás regadíos, solían incluir células de organización diferente.

II.2. Las distintas formas asumidas por los sistemas hidráulicos

Los sistemas hidráulicos surestinos presentan en el periodo estudiado una serie de diferencias internas muy pronunciadas en lo relativo al origen y cuantía de los caudales utilizados, a las formas de organización e incluso al estatuto y a las servidumbres del agua. Se trata, por un lado, de una nebulosa de regadíos modestos de origen campesino y, por otro, de las huertas periurbanas surgidas en torno a los ejes fluviales propiamente dichos, tanto en los

[26] La unidad de reparto era, como se ha indicado, *el jarro*, una especie de clepsidra que se llenaba de agua y cuyo vaciado gota a gota medía el tiempo del que disponía el regante.

[27] Bedoucha, 1987, sobre el caso de los oasis tunecinos.

[28] Esta dicotomía se encuentra en todos los sectores del sureste climático. Para Alicante, ver Altamira, 1985, *op. cit.*; para Lorca, Gil Olcina, 1993, *op.cit.* y para Almería, Ferre Bueno (1979) y Sánchez Picón (1997).

de caudal permanente como el Segura como en los sujetos a un grado elevada de eventualidad como los ríos-rambla. Unos y otras tienen un punto en común: su pertenencia al tipo de agricultura que solemos designar con el apelativo de "tradicional" y, más recientemente, con el de "orgánica", la cual presenta formas muy distintas de gestionar el agua con respecto a la moderna.

¿Cuáles son esas formas? En líneas generales consisten en la hegemonía de la pequeña y mediana hidráulica y, desde el punto de vista energético, en el recurso casi exclusivo a la fuerza de gravedad. Pero la mayoría de las veces ni siquiera se trataba de llevar el agua directamente a los campos de cultivo. Por lo general, se operaba tratando de adaptar los aprovechamientos a la reserva de humedad de los suelos y de corregir ésta mediante labores de preparación del terreno; sólo excepcionalmente se canalizaba o drenaba el líquido elemento hacia el espacio productivo. Los sistemas agrícolas tradicionales se caracterizaban así más por la tendencia a gestionar el agua indirectamente que por la potenciación de las dotaciones hídricas mediante derivaciones, retenciones o drenajes del curso natural de las aguas, como sucede en la agricultura moderna. Según Naredo "el agua mantenía, salvo en casos excepcionales, su consideración de bien libre o por lo menos no económico, incluso en los que contaban con dotaciones físicas muy escasas"[29]. Esta tesis, como he explicado páginas atrás, no siempre se cumplía.

II.2.1. El aprovechamiento de los recursos hídricos en los espacios rurales. Relación el entre el origen y cuantía de los caudales, la tecnología y el estatuto del agua

No se pueden establecer con exactitud las fechas en las que los grupos campesinos comenzaron a organizar espacios de regadío. La investigación arqueológica ha encontrado restos de muchos de ellos en fechas anteriores a la ocupación romana, tanto en el Sureste ibérico como en el Maghreb[30]. En el periodo inmediatamente ulterior a la Reconquista conviene tener en cuenta la débil ocupación humana del espacio surestino y, en consecuencia, la utilización prioritaria de los recursos hídricos más modestos y de captación menos costosa en hombres, material y dinero (fuentes, ramblas, arroyos,

[29] Naredo, 1999, p. 73: Aunque estoy de acuerdo en líneas generales con las ideas de este autor sobre el tema, la consideración generalizada del estatuto del agua como "bien libre" debe ser matizada cuando se trata de climas áridos. Lo explicado anteriormente sobre la separación del derecho a riego y el acceso a la tierra apunta en ese sentido.

[30] M. Barceló ha desarrollado una importante labor de investigación y conseguido formar una escuela a partir precisamente de la aplicación de la aplicación del trabajo arqueológico al periodo medieval. Ver Barceló, 1988 y 1995. Para el Maghreb, Perennès, 1999.

capas freáticas). Ello se llevó a cabo en gran parte aprovechando los emplazamientos originarios del hidraulismo andalusí. Poco a poco, a medida que aumentaba la población intercalar entre los núcleos de población, se incrementó el número y la envergadura de los establecimientos, que facilitaron la ocupación humana en zonas tan duras desde el punto de vista ambiental como los piedemontes alicantinos, los Campos de Cartagena y Lorca, el litoral murciano de Águilas y Mazarrón y el área prelitoral almeriense comprendida entre la Sierra de Gádor y el Mediterráneo.

La perfecta adaptación de este modelo al contexto ambiental y humano explica su prolongada supervivencia. Para empezar, porque los espacios hidráulicos pequeños y medianos son la forma más generalizada de construir los asentamientos campesinos y porque, hasta muy tardíamente, no fueron el resultado de una fuerza "exterior" sino de una regulación voluntaria que se tradujo en cánones consuetudinarios. Es decir, solían ser el resultado de la estrategia social, económica y "política" del grupo campesino. No resulta sorprendente, pues, que cuando la densidad de población comenzó a aumentar en el Sureste se siguieran construyendo *qanats* y boqueras hasta las primeras décadas del XX[31] ¿Cuales son sus notas fundamentales?

A. Desde el punto de vista del acondicionamiento de la superficie regada, la construcción de las infraestructuras corrió a cargo de las comunidades locales, que unían sus esfuerzos y sus recursos. Ello limitaba la capacidad de decisión individual, puesto que las normas de uso y acceso a la tierra y el agua se habían pactado colectivamente.

B. Desde el punto de vista tecnológico se imponen las soluciones propias de la pequeña hidráulica, caracterizadas por su modestia e ingeniosidad. Se trata, en efecto, de una serie de pequeñas obras que aprovechaban los materiales ligeros, procedentes del entorno, baratos y fáciles de manipular, pero que exigían un mantenimiento constante por su fragilidad. Hay excepciones, por supuesto, como los aterrazamientos (muros de piedra seca) y los *qanats*, ya mencionados.

C. Desde el punto de vista económico, la búsqueda prioritaria de la autosubsistencia del grupo. Las aleas de la climatología forzaban a desarrollar en estos modestos regadíos una agricultura cuya función esencial era asegurar la suficiencia alimentaria. En el espacio surestino ello suponía privilegiar la cerealicultura.

---

[31] Box Amorós, 1992; Pérez Picazo, 1995 *op. cit.*, Ferre Bueno, 1979 *op. cit.* y Sánchez Picón-Rodriguez Vaquero, 1989.

D. Desde el punto de vista de la gestión del agua, predominio de las normas consuetudinarias (la "costumbre inmemorial"); las ordenanzas escritas no empezaron a establecerse hasta el siglo XVIII —y no en todas partes. En ellas se recogieron las disposiciones y servidumbres procedentes de la vieja organización comunal de base, conservadas y aplicadas por un grupo de representantes de los vecinos, así como la definición de un estatuto del agua apoyado en el reconocimiento del carácter inseparable de los recursos hídricos y la tierra. El sistema se mantuvo con escasos retoques en los regadíos de montaña, más reducidos y aislados, mientras que en los surgidos en las áreas de secano empieza a aparecer cierta evolución hacia la apropiación privada ya desde los siglos XVI y XVII. Se configuran de esta forma dos espacios de regadío, de origen campesino en ambos casos, diferenciados entre sí por la ubicación y por el estatuto del agua.

Las vegas de montaña, aunque presentes en las tres provincias, es en la de Almería donde son más numerosas y genuinas[32]. En líneas generales, el caudal que utilizan suele proceder de fuentes, abundantes en estos habitats y de débitos variables pero, salvo excepción, modestos (de 1 a 10 litros por segundo). Ello, unido a las características del relieve, genera la exigüidad del espacio regado y su fragmentación extrema, con la consiguiente constelación de pequeñas "vegas"[33] en cada pueblo o aldea. La tiranía de las vertientes imponía las prácticas de aterrazamiento, bien por medio de la construcción de muros de piedra seca (balates o "paratas" de Almería, "hormas" de Murcia), bien plantando en los desniveles arbustos que fijen el suelo como el esparto ("atochadas").

El origen de estas pequeñas vegas es casi siempre árabe. Los primeros Libros de Apeo redactados después de la Reconquista inciden en la asignación centralizada del agua y en el reparto de las porciones de tierra regadas entre los repobladores. Normalmente se han mantenido hasta el siglo XX las normas organizativas preexistentes y el sistema de distribución del flujo de la fuente, que suele recogerse en una balsa. Otro tanto sucede con una serie de servidumbres como la obligación de proveer al abastecimiento tanto humano como ganadero[34]. Aunque tal vez la de mayor trascendencia sea la especifi-

---

[32] Ello se debe a la altura e importancia de las cadenas de sierras, que no sólo ocupan un porcentaje mayor del territorio provincial que en Alicante y Murcia sino que se benefician de una pluviosidad más elevada y de las aguas procedentes de la fusión de la nieve, que refuerza el débito de los manantiales.

[33] Ver para la montaña almeriense el libro ya clásico y aún no superado de Mignon, 1992 y los trabajos más recientes de Sánchez Picón (ed.)(1995).

[34] Ambos se aseguraban desviando la porción de agua establecida hacia una fuente y un abrevadero instalados unas veces en el exterior del núcleo de población y otras en su interior. La prácti-

cación de los tipos de cultivo, que retrasó la introducción de ciertos aprovechamientos como el viñedo y los naranjos en Almería y Alicante. Retraso que, en su momento, dio argumentos a los críticos de los derechos comunales[35].

En cuanto a los perímetros de regadío organizados en el secano, no eran otra cosa que estrechas cintas verdes en medio de la aridez de unos campos que predominaban de forma aplastante. Su trascendencia económica fue mucho mayor que la de las vegas de montaña, marginales en relación al conjunto del territorio. Compartían con ellas la lógica asociativa inicial a partir de las comunidades instaladas *in situ*, puesto que su implantación supuso una opción social, es decir, una respuesta común a las solicitaciones y limitaciones del contexto, tanto desde el punto de vista ambiental como económico. Dicha opción, plasmada en unas soluciones técnicas concretas, implicó la evolución desde unas actividades de dominante extensiva —trashumancia, agricultura itinerante— a otras bastante más intensivas.

El regadío se desarrolló históricamente ajustándose al doble origen de los recursos hídricos: pluviales, cuyo uso se ajustaba como un guante a la climatología regional[36]. Consistía en el aprovechamiento de las escorrentías difusa y concentrada con el fin de llevar a cabo dos o tres riegos anuales y asegurar así la cosecha de cereales, amén de proceder al almacenamiento del agua en los aljibes. De esta forma parte de los recursos caídos del cielo garantizaban el consumo diferido a hombres y animales.

A. Escorrentía difusa. Consiste en la aplicación para el riego de las aguas que, en los momentos de fuertes lluvias, circulan torrencialmente por las cañadas y por las vertientes montañosas de altura media que rodean las cuencas alveolares y altiplanos. Con tal fin se llevaba a cabo el aterrazamiento y la compartimentación en pequeñas parcelas, el agua se retenía primero y caía de una a otra después por medio de un sistema de caballones, canalículos y sangradores[37]. De esta manera se dificultaba el arrastre rápido del flujo —que permanecía más tiempo sobre el suelo, empapándolo— y se

---

ca estaba más extendida en las vegas de Almería y Murcia que en las de Alicante, probablemente a causa de una menor actividad ganadera en estas últimas.

[35] El conocido libro de Hardin sobre la "tragedia de los comunales" agudizó la polémica sobre el tema. Ver González de Molina y González Alcantud, 1992, pp. 287-291. Los autores utilizan prácticas del tipo descrito para terciar en el debate.

[36] Se trata de un conjunto de prácticas muy viejas en el Mediterráneo, perfectamente conocidas en la Edad Media. Alfonso X, en el Código de Las Partidas, establece una serie de regulaciones en lo concerniente a los regadíos de boquera. Ver Box Amorós, 1992, *op. cit.*

[37] Los caballones consistían en diques en miniatura que facilitaban durante cierto tiempo la permanencia del agua en las parcelas. En cuanto a los sangradores se trataba de aberturas que permitían el paso del flujo de una parcela a la siguiente.

evitaba la pérdida de suelo fértil. El uso de estos caudales estaba reglamentado, ya que las tierras de secano tenían derecho a los procedentes de sus "ensanches y vertientes"[38], calculadas de acuerdo con normas muy precisas. Su utilidad radicaba en el abonado de la tierra, que transportaba tarquines y, por supuesto, en el llenado de aljibes. Los conflictos a los que esta situación daba lugar se incrementaron de forma extraordinaria en el siglo XVIII, paralelamente al avance de las roturaciones[39].

B. Escorrentía concentrada. Consiste en la utilización del agua que corre por el lecho de las ramblas ("claras") y de la procedente de avenidas esporádicas ("turbias"), amén de la filtrada en el subsuelo ("subálveas"). El aprovechamiento de las turbias se llevaba cabo instalando en el cauce un dique transversal —sin atajarlo completamente— destinado a desviar los flujos circulantes mediante uno o varios canales —las *boqueras*— que conducían el agua hacia las tierras laterales, a las que aportaba la vez riego y elementos fertilizantes. En los contratos de arrendamiento se describe minuciosamente estos dispositivos, especificándose las obligaciones de los labradores en lo relativo al cuidado y limpieza de los cauces. Y en cuanto al estatuto del agua obtenida, los testimonios que poseemos parecen apuntar a la inseparabilidad de la tierra y el derecho al riego, imprescindible en un entorno de extrema aridez. En unas viejas Ordenanzas de Lorca (recopiladas en una fecha imprecisa de finales del siglo XV) se especifica que la construcción de un sistema de presa-boquera, por reducido que fuese, autorizaba al que lo llevaba a cabo a apropiarse de la tierra y de las obras.

Parte del agua, como se ha apuntado, se destinaba al llenado de aljibes, fueran individuales o colectivos, algunos de ellos bastante alejados de la boquera que los surtía. De hecho existía la práctica de escalonar dichos depósitos en medio de los campos, a distancias calculadas en función del tiempo empleado en recorrerlas a pie. Allí, en campos prácticamente despoblados, las reservas de agua esperaban la llegada de los ganados trashumantes y, con mayor frecuencia, a las cuadrillas de segadores y animales de tiro, que debían realizar un trabajo agrícola perentorio en una estación durante la cual la lluvia faltaba casi por completo. Huelga decir que nos encontramos ante una de las piezas fundamentales para el buen funcionamiento del sistema global.

---

[38] Términos utilizados en las escrituras de compraventa o arrendamiento de Murcia por lo menos hasta las primeras décadas del siglo XX.

[39] En los protocolos notariales procedentes de la segunda mitad del siglo XVIII se observa —sobre todo en Murcia y Almería— un extraordinario incremento del número de escrituras de poder para pleitos denunciando el paso de ganados por las vertientes, los cuales destrozaban las obras y ensuciaban el agua destinada a los aljibes.

Por último, el aprovechamiento de las aguas subálveas o inferoflujo exigía el empleo de procedimientos más complejos. En algunos casos se trata de auténticos *qanats* de los que se encuentran numerosos ejemplos tanto en la zona litoral de Almería y Murcia como en el interior (por ejemplo, en Crevillente[40] y en Jumilla). La mayor parte de las veces, sin embargo, las obras se limitaban a simples túneles cuyo objetivo era el de dar salida al filtrado de las aguas que corrían de manera intermitente por el lecho de las ramblas, recogidas en presas subterráneas. Los puntos donde estas últimas alcanzan una densidad más alta es en las ramblas de mayor envergadura, como en la depresión prelitoral murciana o en los cursos medios y bajo de los ríos Andarax y Almanzora, donde recibían el nombre de *cimbras*. Una vez más llama la atención el hábil esfuerzo de adaptación que supone el uso de aguas subterráneas procedentes de filtraciones en un territorio donde el recurso escaseaba y la evapotranspiración potencial era elevadísima.

Existen también algunos casos de aprovechamientos múltiples en los que se combinaban las aguas claras, turbias y subálveas. Aunque el conjunto más monumental se encuentra en la propia ciudad de Lorca, existe otro ejemplo menos conocido pero igualmente documentado, el de Puerto Lumbreras, antigua pedanía del Ayuntamiento lorquino, cuyo origen árabe no deja lugar a dudas[41]. La potencia de la rambla de Nogalte permitió a las comunidades rurales instaladas en sus proximidades el desarrollo de una compleja estructura de boqueras y la excavación de una galería subterránea debajo del lecho de la rambla, amén de numerosos pozos —"lumbreras" en el habla local— para asegurar la limpieza de la misma[42]. El caudal salía al exterior en las inmediaciones del núcleo de población a través de un caño que vertía en una gran balsa, cuya finalidad era la de facilitar el entandamiento del agua con destino al regadío. En el mismo punto, la instalación de una fuente, un abrevadero y un lavadero garantizaba el aprovisionamiento de los habitantes del lugar y de su ganado, sin olvidar la transferencia por medio de cañerías a una serie de enorme aljibes, ubicados a distancias que oscilaban entre los cinco y diez kilómetros. Aún hoy llama la atención la extraordinaria eficacia de esta organización comunal.

---

[40] Ver Barceló, 1988, pp. 213-215. Incluye material gráfico muy sugerente.

[41] Según los arqueólogos, las galerías más antiguas tienen más de seiscientos años. Seguramente se trataba de una alquería organizada en un punto estratégico del camino que unía Lorca con Andalucía, al lado de la llamada Puerta de Nogalte.

[42] Tanto las paredes como el techo de las galerías están construidas de piedra seca, permitiendo el filtrado del agua por ellos y sólo el suelo estaba recubierto de cal hidráulica para facilitar la conducción del agua hasta el exterior por gravedad.

II.II.3. La confrontación entre dos concepciones distintas del estatuto del agua

A partir de los siglos XVII y XVIII —sobre todo de este último— se abre un prolongado periodo de conflictos sobre la cuestión estatutaria que llega hasta las reformas liberales. Los contendientes son, por un lado, los grupos campesinos, partidarios de los sistemas de explotación colectiva descritos y de las regulaciones comunitarias; por otro, los miembros de la clases dominantes del Antiguo Régimen, proclives a una definición lo suficientemente restrictiva de los derechos de propiedad para facilitar el monopolio de clase. Su éxito fue posible allí donde los repartos concejiles de tierras les favorecieron (casos de Alicante y Murcia) y se vio propiciado por el recurso a la práctica jurídica de la amortización de la propiedad tanto civil —establecimiento de vínculos y mayorazgos— como eclesiástica.

La naturaleza ambigua del mayorazgo iba a permitirles allanar, en la práctica, el camino hacia la privatización de una parte importante de los recursos hidráulicos en todos los regadíos deficitarios, aprovechando la separación de los derechos entre la tierra y el agua. Ello se percibe tanto en los más modestos —las boqueras, las galerías drenantes— como en los acondicionados en los ríos-rambla, algunos de gran envergadura. La ambigüedad residía en el hecho de que, pese al componente feudal representado por la amortización, las normas que regulaban la vinculación conferían un carácter pleno y absoluto a la posesión, debido a la definición precisa de las normas que la regulaban y a la defensa celosa de los bienes vinculados, protegidos por una legislación específica. De ahí que las prácticas amortizadoras pudiesen constituir un avance hacia la propiedad privada[43].

Algunos ejemplos pueden contribuir a ilustrar esta evolución, concretamente lo sucedido en Puerto Lumbreras, Fuente Álamo y Jumilla. En estos tres municipios murcianos[44] la comunidad campesina se vio desposeída de sus aguas y de las obras verificadas para conseguirlas, que se convirtieron en la práctica en propiedad privada de un grupo reducido de grandes terratenientes.

Los repartos concejiles de tierra —"mercedes"— verificados por el Concejo lorquino a partir del siglo XVI afectaron muy negativamente a Puerto Lumbreras. Dichos repartos beneficiaron especialmente a tres familias de

---

[43] Pérez Picazo, 1990, pp. 35-39.

[44] Dos de estos núcleos de población son municipios en la actualidad, pero no lo eran en el periodo estudiado. Fuente Álamo —cuyo término estaba dividido entre Cartagena, Lorca y Murcia—, consigue su emancipación en 1836, pero Puerto Lumbreras no lo logrará hasta 1973.

Regidores hereditarios —Moncada, Guevara y Rocafull Puixmarín— que ya poseían fincas *in situ* y que se convirtieron en los mayores hacendados de la pequeña pedanía[45] cuyas dotaciones hídricas, relativamente importantes, habían despertado su interés. Los representantes del trío familiar iban a aprovechar, primero, su posición privilegiada en la institución municipal, después, la situación en que habían quedado las aguas de Nogalte tras la Reconquista y, por último, la legislación que protegía los mayorazgos.

A partir del siglo XIV, en efecto, la propiedad de dichas aguas era del común de vecinos, pero la gestión correspondía al Concejo de Lorca que cobraba un censo por la tierra pero dejaba libre el agua para el consumo de personas y ganado, asumiendo la limpieza de lumbreras, aljibes y balsas. Era una situación muy fluida de la que sacaron partido los oligarcas, cuyos representantes habían vinculado sus tierras y el agua con las que las regaban a fines del siglo XVI[46]. Desde entonces comienzan a reclamar la totalidad del flujo que entraba por la toma de boquera con la que regaban sus fincas y a rechazar las servidumbres colectivas que pesaban sobre ella. Los argumentos con los que defienden estas reivindicaciones son siempre los mismos: la obligación de los titulares de mayorazgos de impedir su deterioro y/o todo gravamen o servidumbre sobre los bienes que los integran.

En el fondo de la confrontación latían los distintos conceptos del estatuto del agua descritos. Los labradores integrados en la Comunidad de Regantes acusan a los oligarcas de "usurpaciones" de aguas e incumplimiento de las normas vigentes y denuncian los abusos al Concejo de Lorca[47], obviamente con poco éxito. En 1744 la situación se había envenenado de tal forma que el Concejo no tuvo más remedio que apoyar el pleito puesto por el precitado organismo al trío Guevara-Moncada-Rocafull. El proceso, prolongado hasta 1775, se sustancia con un fallo a favor de estos últimos que consiguen, además, que los sobrantes de los caños y abrevadero —antes del Común— se deriven en adelante hacia balsas de su propiedad para que puedan ser vendidos si así lo desean.

En el caso de Fuente Álamo los problemas empiezan en 1753 cuando Felipe Morejón de Girón, Regidor hereditario del Concejo de Cartagena, consigue que tanto este último como los de Murcia y Lorca concedan a su

---

[45] Pérez Picazo, 1990. *op. cit.*, capítulo II.1 y II.2.

[46] El mayorazgo de Moncada se establece en 1580 ante el escribano Juan de Teruel (Archivo Histórico Municipal de Lorca, legajo 121/59 y los otros dos debieron crearse en fechas parecidas. Pérez Picazo, 1990, *op. cit*, p. 52, nota 47.

[47] Ver Actas Capitulares del Ayuntamiento de Lorca, años 1532, 1544, 1623 y 1744. Archivo Histórico Municipal de Lorca.

familia la "merced" del agua que nacía en el borde de la rambla epónima, ignorando soberbiamente que era explotada por los campesinos de la zona desde la Edad Media. Su representante alega que dicho nacimiento se ubica en una finca vinculada y que la familia, para "no perjudicar al común" va a llevar a cabo obras de acondicionamiento con el fin de alumbrar nuevos caudales, prolongando los canales de distribución. A partir de entonces los Morejón de Girón monopolizan los recursos hídricos más importantes de la comarca, procediendo a vender semanalmente el agua que no utilizaban en sus fincas a los antiguos usufructuarios. La enajenación ulterior de estos derechos en 1842, al producirse la supresión definitiva de los mayorazgos, consagra la privatización e institucionaliza las compraventas, que se realizan en adelante en la vecina población de Lobosillo. Los labradores nunca llegaron a aceptar la situación e intentaron aprovechar las reformas liberales para revocar la sentencia; un primer fallo negativo daría lugar a diversos tumultos en la capital murciana en 1848, 1851 y 1852[48].

Lo sucedido en Jumilla es algo distinto pero el resultado fue el mismo. Las servidumbres que impedían a los mayores propietarios de *jarros* de la Fuente del Cerco disponer libremente de sus caudales impulsó en 1790 a un pequeño grupo dirigido por el barón de Solar de Espinosa a iniciar prospecciones buscando nuevos veneros en una de sus fincas vinculadas, las Omblancas[49]. La oposición de los vecinos, que argumentaban con datos sobre el descenso de los débitos del manantial, tropieza una vez más con la defensa de los intereses de una tierra de mayorazgo. Aunque las obras se interrumpieron durante más de treinta años por decisión del Consejo de Castilla, alertado a causa de las quejas, algaradas y pleitos de los vecinos, la vuelta del absolutismo facilita su reanudación entre 1825-1830. Al poco tiempo, efectivamente, los caudales de la fuente comunal disminuyeron, con el prejuicio consiguiente no sólo de los agricultores modestos —parte de cuyas tierras se quedaron sin agua, viéndose obligados a pagar para acceder a los nuevos caudales— sino de los habitantes del núcleo de población.

Resumiendo, el proceso de apropiación y privatización de las aguas afectó de distinta forma a los antiguos titulares de los derechos sobre las mismas. La resistencia procedió esencialmente de las organizaciones colectivas locales, que llevaban siglos ocupándose del mantenimiento de los sistemas hidráulicos. Aunque nunca llegaron a alcanzar el grado de trabazón e inten-

---

[48] Archivo Municipal de Murcia, Aguas. Legajos 381 y 382. Ver también el texto de Ruiz Funes, 1916, donde se describe pormenorizadamente las subastas de agua en Lobosillo y la violencia de los conflictos que generaba así como las protestas públicas de los adquirentes en Murcia.

[49] Estudio minucioso de los pleitos y conflictividad en Pérez Picazo, 2002, pp. 237-239. Archivo Histórico Municipal de Yecla, Escribano Pedro Bernal, legajo 364.

sidad de los Heredamientos huertanos, poseyeron una indudable eficacia tanto en la defensa de los derechos de los usuarios como en la vigilancia estricta de las normas consuetudinarias y la distribución de caudales. La reforma agraria liberal acabó con ellas a lo largo del siglo XIX.

II.II.4. Las huertas periurbanas "tradicionales"

Nos encontramos ante unas estructuras espaciales que, en su matriz principal, se repiten desde España hasta el Irán y desde el Rosellón francés al Haouz de Marrakech, en el sur de Marruecos. A diferencia de los modestos regadíos de origen campesino, la huerta mediterránea suele deber el suyo a grupos situados a niveles más altos de la jerarquía social, los cuales tienen en común la ubicación urbana —pequeña nobleza, comerciantes acomodados, etc.— y la propensión a invertir en obras hidráulicas, aunque sólo en coyunturas favorables, tanto demográficas como económicas. Aunque la atención hacia los cultivos de subsistencia siempre estuviera presente, los agentes de este tipo de regadío, inmediato a los núcleos urbanos y casi siempre bien comunicado, tenían la vista puesta en el mercado. A veces se trataba simplemente de operaciones a escala local, pero la tendencia secular se caracterizó por la búsqueda de clientes a escala cada vez más amplia, a veces internacional, como en el caso de la seda desde el siglo XVI[50].

Pese a que las disponibilidades hídricas son bastante más importantes que en el caso anterior, la tecnología aplicada sigue en el marco de la pequeña y mediana hidráulica. Su base fundamental consistía en la derivación de las aguas fluviales mediante la sucesión de sistemas de presa-acequia instaladas en el cauce del río. Las primeras o *azudes* se construyeron hasta fechas relativamente recientes con materiales perecederos, las segundas o Acequias Mayores tomaban el agua libremente en ellas; en el Segura había veinte desde la presa de la Contraparada (en la capital) y la confluencia del río Mundo. De dichos cauces procedía la red secundaria de acequias que, excavadas o no en el suelo, se fabricaban de tierra o barro, reservándose la mampostería y la piedra para los puntos de distribución o *partidores*. El funcionamiento del sistema de riego, fuera cual fuese su importancia, se apoyaba en la fuerza de la gravedad, con limitada intervención de mecanismos elevadores hasta el siglo XVIII.

La cuantía y, sobre todo, la regularidad de los caudales dio lugar a la existencia de dos categorías de regadíos, el permanente (donde el 63% del riego

[50] Pérez Picazo-Lemeunier, 1996. La seda fue un producto vector del regadío desde el siglo XVI hasta las décadas centrales del XIX.

era continuo) y el deficitario (sólo un 40%). La excepcionalidad del primero es obvia: sólo pueden considerarse como tales las huertas del Segura las cuales, además, son las únicas donde el derecho a riego es inseparable de la parcela. Pronto tendremos ocasión de comprobar el alcance de este hecho.

Último punto a señalar: la naturaleza de los poderes hidráulicos. La gestión presenta una característica fundamental mantenida desde las décadas finales del siglo XV hasta la creación de la Confederación Hidrográfica del Segura en 1926: la descentralización y el control por el poder local. Lo que equivale a decir, los concejos, ya sean de señorío o de realengo, en cuyo seno se articulaban los organismos rectores de las huertas y desde los cuales se desplegaron no pocas veces estrategias al servicio de los intereses de las oligarquías. Tanto el nombramiento de los funcionarios encargados de vigilar las obras de riego y el respeto a las tandas como el enjuiciamiento y castigo de los delitos de origen hidráulico eran de su competencia.

Sin embargo, la colectividad más antigua, la que parece tener mayor consistencia es la formada por los regantes para el uso de las aguas aportadas por la acequia de turno. Se trata de una colectividad vivida a pie de parcela, puesto que la existencia de todos depende del caudal existente, al cual la acequia tiene derecho "desde siempre", y de su buena distribución. Son los *Heredamientos,* ya conocidos en la Baja Edad Media pero que siguieron organizándose hasta comienzos del siglo XIX a medida que progresaba el regadío. Su nivel de autonomía parece importante: controlaban el reparto del agua y su ajuste al parámetro establecido, realizaban los Juntamientos y tomaban decisiones sobre la ejecución de pequeñas obras necesarias para la buena marcha de los riegos. Habitualmente existía uno en cada cauce, pero en el caso de los más grandes se dividían en tramos con tal objeto.

Sin embargo, el nivel de influencia de estos organismos no era el mismo en todos los regadíos. El hecho de que se encargasen de vigilar la correcta distribución del flujo, tanto entre las acequias como entre las porciones de agua que usufructuaba el titular de la parcela, no podía ser del agrado de los titulares del derecho al riego allí donde estaba separado de la tierra. Nos encontramos ante uno de los efectos más visibles de los distintos tipos de estatuto del agua: en la huertas del Segura el protagonismo de los Heredamientos era considerable, mientras que en Lorca o Alicante, donde molestaba su injerencia, apenas se les deja un margen de actuación.

II.2.2. Los regadíos deficitarios

Existe una evidente gradación —relacionada con la cuantía de los recursos disponibles— entre los modestos perímetros de riego almerien-

ses, donde la aleatoriedad alcanza el grado más elevado y las grandes huertas acondicionadas en los afluentes del Segura y en los ríos-rambla de Alicante. Los primeros, organizados en las proximidades de la desembocadura de la serie de cursos fluviales enumerados, presentaban una fisonomía muy similar a la de los espacios hidráulicos ubicados en el secano. Las vegas de mayores dimensiones se hallan en el Andarax (Almería capital, Cuevas), el Almanzora y en Dalías y Berja, donde, hasta el final del periodo se mantuvo la vinculación de los derechos hidráulicos a la propiedad de la tierra. De hecho, la prohibición de la venta de aguas, se explicita tanto en Ordenanzas redactadas en el siglo XVIII[51] como en las primeras escrituras de formación de compañías para la realización de obras hidráulicas en el XIX[52].

El segundo lugar de la escala lo ocupan el rosario de huertas ubicadas en los afluentes del curso medio y bajo del Segura (Moratalla, Mula, Pliego, Lorca) y en los ríos alicantinos de alguna envergadura (Alicante capital, Elche, Elda, Novelda, Villena y Sax, etcétera). En todos ellos se ha mantenido hasta la primera mitad del siglo XX las subastas de agua[53], como queda dicho.

El ejemplo más complejo de esta situación es el regadío de Lorca, utilizado anteriormente para explicar la evolución del estatuto del agua. Acondicionado con las aguas del Guadalentín, se veía aquejado por la baja cuantía de su módulo relativo (1,09 litros/km^2), elevada irregularidad interanual (20,2), fuertes estiajes y fabulosas crecidas. En estas condiciones no puede extrañar, dada la enorme extensión del perímetro regado (de 7.000 a 12.000 hectáreas entre los siglos XVIII y mediados del XX), que sólo la octava parte fuera susceptible de explotación intensiva. El resto, considerado justamente por los geógrafos como un "campo regado", sufría unas tandas comprendidas entre 78 y 126 días, de manera que la mayor parte de las tierras sólo tenían acceso al agua tres veces al año. Si, a pesar de todo, el cultivo se mantenía y las cosechas se recogían era gracias al aprovechamiento de las aguas de avenida o turbias que a partir de una presa —los Sangradores— circulaban por los mismos cauces de las aguas claras aportando tarquines que, además de los beneficios de todos conocidos, humedecían la tierra en profundidad y hacían bajar

[51] Estatutos de la ciudad de Almería, 1755. Dictados de consuno por los Cabildos municipal y eclesiástico. Regulan el uso y disfrute de las aguas del Andarax.

[52] Sánchez Picón, 1997 *op cit*., pp. 117-118.

[53] Altamira llama la atención sobre el hecho de que en todos los espacios de regadío alicantinos (excepto los pertenecientes al valle del Segura) la propiedad del agua y la tierra estén separadas, lo que constituyen, en su opinión, un hecho diferencial de la cultura del agua en esta provincia. Altamira, 1985, *op. cit*. pp. 60-61.

el nivel de sales acumulado en al superficie del suelo[54]. Tales circunstancias explican la resistencia de los regantes lorquinos a la construcción de embalses que represaran las avenidas y obstaculizaran el funcionamiento del sistema. Ello se puso de manifiesto tanto a fines del siglo XVIII, cuando los representantes de la Monarquía Ilustrada emprendieron la puesta en marcha de las presas de Puentes y Valdeinfierno (1785)[55], como en la segunda mitad del XIX cuando se intentó su reconstrucción[56].

Resumiendo, el regadío lorquino reunía recursos hídricos de un triple origen, sujetos a estatutos y servidumbres diversas: las aguas "claras" del Guadalentín, las turbias y las subálveas. Las primeras eran de apropiación privada y se vendían, como sabemos, en pública subasta en porciones o *hilas* (11 litros por segundo, con un volumen de un m^3), las segundas eran de acceso gratuito (derechos de uso) y su regulación se apoyaba en prácticas consuetudinarias y las terceras estaban integradas en los Bienes de Propios del Ayuntamiento. A señalar, por último, el alto grado de concentración de la propiedad de las hilas en manos de una reducida oligarquía de grandes terratenientes los cuales, además, las habían vinculado. En 1806 el 49,51% del total estaba incluido en mayorazgos[57], el 16, 23% en bienes de Manos Muertas y el 30,57%, en los Bienes de Propios. Sólo restaba un 3, 29% de libre acceso. Algo similar sucedía en los demás regadíos donde el agua era objeto de compraventas, como en el caso de Mula, donde un 62, 55% del total de *cuartos* del río de su nombre estaba vinculado.

En las huertas alicantinas no se crearon estructuras de semejante complejidad. Además, las ventas de agua presentaban un carácter más familiar que en Lorca o Mula, por lo menos en apariencia. En la de la capital, por ejemplo, se negociaba las mañanas de los jueves y domingos en la plaza pública del pueblo de San Juan, punto céntrico de la huerta, en conversación ordinaria, sin fórmulas fijas, voces ni pregones. Y otro tanto sucedía en Elche en la plaza de la Fruta[58] o en Novelda a la puerta de la

---

[54] A mayor escala, es lo que sucedía en el valle del Nilo gracias a las crecidas anuales. Tras la construcción del embalse de Assuán, cesó la inundación anual de agua dulce y la salinización ha inutilizado más de 200.000 hectáreas de tierras de regadío. MacCully, 2001.

[55] Desgraciadamente los efectos fueron de corta duración, ya que en 1802 una fuerte crecida del Guadalentín arrasó Puentes y ocasionó 608 muertos y más de 27 millones de reales de pérdidas. Ver Mula Gómez, Hernández Franco y Gris Martínez, 1986 y Pérez Picazo, 2002 *op. cit*.

[56] En el primer intento se dio la aparente paradoja de que los dueños de las hilas del Guadalentín contaron con el respaldo de gran parte de los agricultores modestos, buenos conocedores de los problemas ambientales de su entorno. Si se llegó a un acuerdo en 1879 fue porque la empresa constructora del embalse se comprometió a dar salida a las aguas de avenida. Ver un desarrollo. más amplio de estos enfrentamientos, que he calificado de ecosociales en Pérez Picazo, 2000 b.

[57] Pérez Picazo, 1990, *op. cit*., p. 59 y 2000 b, p. 73.

[58] Una descripción pormenorizada de estas prácticas puede consultarse en Altamira, 1985, *op. cit*. pp. 76-79. También en Gil Olcina, 1993, pp. 73-75.

Iglesia[59]; todo lo cual no obsta para la presencia de acaparadores y corredores, bien conocida por los regantes.

Vienen en tercero y último lugar los regadíos ubicados en los afluentes más próximos al curso alto del Segura, como el Argos y el Quipar, que riegan las huertas de Caravaca, Cehegín y Calasparra, cuya organización del agua responde en grandes líneas a la de las huertas segureñas[60]. Como en estas últimas, el derecho a riego está ligado a la propiedad de la tierra y se practica el sistema de tandas, aunque la cantidad de excepciones y servidumbres sobre estos derechos es tan importante que desvirtúa el modelo original. En primer lugar, las tandas son de duración variable: cuando el flujo se interrumpe por falta de agua, lo que ocurre con frecuencia en verano, vuelve a medirse a partir del momento en que se reanuda, lo que no afecta del mismo modo a todos los cauces. Por otra parte, las desigualdades internas de la dotación de agua son mucho más pronunciadas que en el río principal. Existe una categoría de tierras, llamadas de Privilegio, situadas en las inmediaciones de las tomas de agua del curso fluvial que gozan de un estatuto de excepción: pueden regar sin limitaciones de ninguna clase, tanto en volumen como en frecuencia y, además, no contribuyen a los gastos de conservación que soporta el Heredamiento; en Caravaca, incluso, existía un cauce, denominado Hila de las Caballerías, que disfrutaba todo él de tales prerrogativas. Por supuesto, se trata de descendientes de aquellas familias que recibieron donaciones a raíz de la Reconquista y repoblación o de otras que, más tardíamente, acondicionaron y ampliaron el regadío.

II.2.4. Los regadíos permanentes: las huertas del Segura[61]

La expansión de estos espacios hidráulicos comenzó casi siempre a partir de los márgenes colinares de las llanuras prelitorales, bien drenados y al abrigo de las inundaciones. Más tardíamente (a partir de los siglos XII-XIII), cuando la población aumentó y los núcleos urbanos se desarrollaron se pudieron colonizar los fondos del valle, húmedos y de drenaje más difícil por lo que la

[59] Sala Cañellas, 1976. Contiene una selección de documentos fundamentales par la comprensión de la evolución del estatuto del agua y las prácticas de compraventa desde el siglo XVII al XIX.

[60] La aparente contradicción que existe entre esta inclusión de Calasparra entre los regadíos deficitarios, cuando páginas atrás la hemos situado entre las huertas del Segura se debe a que en este municipio existen dos perímetros de regadío distintos. Uno aprovecha aguas del Argos (la huerta) y el otro las del propio río Segura (la vega).

[61] En este apartado pueden incluirse algunos manantiales de débitos potentes como los de Novelda (Alicante), las Fuentes del Marqués (Caravaca), las de Alhama, los Caños y las Anguilas (Pliego, Murcia) y la de los Vélez (Almería).

exigencia de trabajo —y de capital— eran mayores. Lo cual supone que las iniciativas al respecto difícilmente podían proceder de los campesinos, aunque sí la mano de obra. Tanto más cuanto que, a partir del siglo XV se observa una relación cada vez más estrecha entre la coyuntura comercial y los avances de la superficie regada[62].

Lo apuntado páginas atrás sobre las formas de gestión se cumplían con mayor exactitud en las huertas del Segura que en los regadíos deficitarios, sobre todo en lo relativo a las tandas de riego. De ahí que la redacción de Ordenanzas empiece antes, ya que en ellas se recogen y enumeran Heredamiento por Heredamiento los turnos del agua y las posibles excepciones a la regla general. En el regadío capitalino existe un texto procedente el siglo XIV[63] pero en los demás o no se llevaron a cabo hasta el siglo XVI o no se han conservado. En general las normas de funcionamiento se caracterizan por una alta dosis de continuidad y, en opinión de los especialistas, siguen presentes en ellas los criterios islámicos, seguramente por su claridad y facilidad de aplicación. Pero su objetivo es, a veces, contradictorio: por un lado, procurar la equidad de los repartos pero, por otro, salvaguardar los derechos adquiridos. Este último aspecto será interpretado por los propietarios, al producirse las reformas liberales, como un privilegio heredado que les autorizaba a impedir al Estado la concesión de aguas destinadas a la ampliación del regadío.

Una lectura atenta precisa la permanencia secular del mismo estatuto del agua, no mercantilizada y ligada a la posesión de una parcela, pero también la existencia de múltiples servidumbres en lo relativo al derecho al riego. La más importante de todas ellas es la sujeción al régimen de tandas, el respeto a las cuales constituye una ley fundamental que los huertanos no pueden transgredir[64]. Se trata de un sistema de riegos cíclico, según el cual el agua llega a la tierra a través de lapsos temporales de duración inmutable progresando de arriba a abajo y partidor tras partidor, hasta llegar a las colas de las acequias. Cada parcela recibe mientras dura la tanda una cantidad de agua que está en función de su superficie o más exactamente de la duración del riego (*x* minutos por tahúlla)[65], del calibre de la toma por la que el agua penetra y del débito de la acequia. Esta variabilidad complicaba la práctica cotidiana del riego, ya que el código de las aguas se concretaba a nivel de cada parcela

[62] Morales Gil, 1992.

[63] Una buena descripción de la serie de ordenanzas promulgadas en el regadío capitalino pueden verse en *Ordenanzas y costumbres de la Huerta de* Murcia, Junta de Hacendados, Murcia, 1971. Introducción de J. Cerdá Ruiz-Funes.

[64] Herin, 1981. El autor explica de manera pormenorizada el origen y evolución del sistema de tandas haciendo especial hincapié en su carácter de servidumbre.

[65] Una tahúlla equivale a 0,1118 hectáreas.

cultivada en unas dotaciones desiguales, más o menos abundantes, más o menos regulares y de calidad poco uniforme. Todo lo cual influía profundamente en las posibilidades de utilización de la tierra.

Otras servidumbres también ligadas a la organización del sistema, son las regulaciones sobre el uso de las aguas de drenaje, sumamente severas[66], y el control de los riegos en casos de estiajes extraordinarios o de sequías. En ambas casos las limitaciones del acceso al agua tienen cierto aire de "economía moral", puesto que se trata bien de conservar la calidad del agua, bien de redistribuir el líquido elemento a favor de los cultivos de subsistencia —cereales sobre todo— frente al arbolado y, más tarde, el pimiento para pimentón.

En otro orden de cosas figuran las servidumbres relacionadas con las actividades económicas no agrícolas. En primer lugar la autorización explícita para el uso energético del agua con destino a artefactos propios de un tipo de industrias consideradas de interés general como los molinos harineros o de papel, los batanes y, en menor medida, las balsas para "cocer" el esparto (en Cieza) o el cáñamo y el lino (un poco en todas partes). En segundo lugar deben mencionarse las servidumbres relacionadas con el ganado; por ejemplo la denominada "dehesa del carnicero", muy extendida en las huertas próximas a núcleos urbanos relativamente importantes, que consistía en un derecho concedido a los abastecedores de carne de la plaza para que durante un breve periodo de tiempo las reses que iban a ser sacrificadas a corto plazo pudiesen acceder a las áreas herbosas o a los rastrojos para ser engordadas. Una práctica algo distinta y, probablemente de origen comunal, consistía en la autorización de acceso al ganado las hierbas, agua y rastrojos de la huerta en casos de sequías prolongadas. Sólo aparece en pequeños regadíos muy imbricados en el medio rural, como los de Archena o Ricote. Por último se debe citar una servidumbre probablemente establecida en el siglo XVI, la del flotaje de troncos procedente de la Sierra de Segura. Prolongada —y denunciada reiteradamente— hasta las últimas décadas del siglo XIX, era considerada como dañina para las obras de riego, pero su defensa a ultranza por el Arsenal de Cartagena permitió su supervivencia hasta fechas tan tardías.

[66] En los regadíos del Segura había dos tipos de cauces, los que llevaban "aguas vivas" procedentes del río (acequias) y los que llevaban "aguas muertas", procedentes de las filtraciones de los riegos (azarbes). Estas últimas eran muy salinas por lo que sólo se autorizaba su reutilización en zonas con cierta pendiente y en los límites de la huerta, es decir, donde pudieran fluir con rapidez y no contaminar el suelo.

III. EL PROCESO DE CAMBIO INSTITUCIONAL DESDE MEDIADOS DEL SIGLO XIX A MEDIADOS DEL XX. SUS CONDICIONANTES ECONÓMICOS Y TECNOLÓGICOS

La política hidráulica del régimen liberal se sitúa en las antípodas de la del despotismo ilustrado: las grandes obras se interrumpen hasta las primeras décadas del siglo XX pero, en revancha se llevan a cabo importantes reformas institucionales. El cambio de las "reglas de juego" que ello comportó alteró el marco en el se producían las actividades agrarias, resituó a los agentes económicos e influyó en sus estrategias. Es conveniente, pues, para comprender el fenómeno atender no sólo a las medidas del Estado liberal sino también a las respuestas de la clase propietaria. Respuestas que, en el caso que nos ocupa, estuvieron marcadas por la dualidad de estatutos del agua.

El nuevo régimen se propuso, en primer lugar, redefinir los derechos de propiedad en el sentido de la privatización y, en segundo, reorganizar la gestión de los regadíos con criterios de "racionalidad y eficacia". Las sucesivas Leyes de Aguas de 1866 y 1879 se encargaron de precisar el marco jurídico. En un primer momento, la revolución liberal pareció propiciar la propiedad privada del agua, como lo indican las disposiciones emitidas en las Cortes de Cádiz en 1811 y 1812, acordando la despatrimonialización y la abolición del dominio eminente. Después, en los dos códigos mencionados se quiso conjugar el respeto a la libertad y a la iniciativa privada con la necesidad de intervenir en la administración de los recursos hídricos, sobre todo en el peligroso tema de la concesión de aguas públicas para riegos. Ambos consideran de dominio público "los cauces de ríos, arroyos y demás corrientes naturales, así como las aguas que por ellos discurren" mientras que el derecho a riego debe seguir siendo un derecho de uso. Por el contrario, las aguas subterráneas y de fuente eran susceptibles de apropiación privada y quedaban fuera del control del Estado: esta norma iba a dar lugar a una concepción "minera" de los mismos y, a largo plazo, tendría consecuencias nefastas.

La aplicación de la nueva legislación se aseguró mediante la creación de un nuevo tipo de asociaciones, las Comunidades de Regantes (artículo 28 de la ley de de 1879) y mediante una reformulación de las viejas Ordenanzas. Las flamantes asociaciones no fueron fácilmente aceptadas por los Heredamientos, antigua institución de carácter consuetudinario, ajena al marco jurídico-económico que regulaba las Comunidades que, definidas por la Ley como organismos de derecho público tenían como objetivo la homogeneización de los numerosos y dispersos organismos de gestión del regadío. En cuanto a la nueva redacción de las normativas de los mismos, su finalidad no era otra sino la introducción del vocabulario y las prescripciones jurídicas del

régimen liberal, especialmente en lo que concernía al respeto de la propiedad privada. Objetivo este último que fue aprovechado por la clase propietaria para introducir nuevas cláusulas que garantizasen sus derechos.

Obsérvese que las reformas suponen un alto grado de intervencionismo administrativo, dirigido a favorecer la centralización y homogeneización de la gestión, esperando así acabar con exenciones, privilegios y "abusos". Desde 1836 los Jefes Políticos recibieron competencias en materia de aguas, debiendo vigilar la observancia de las Ordenanzas, presidir los Juntamientos y mediar en los conflictos. Pero la aceptación de este paquete de reformas no podía ser rápida ni fácil en unos espacios que habían gozado tradicionalmente de un elevado nivel de autonomía respecto al poder central. Sólo las dificultades económicas —difícil adaptación de los regadíos a la nueva coyuntura económica debido al bloqueo tecnológico— y las resistencias locales a ciertas reformas que interesaban a las oligarquía propietaria (y a su numerosa clientela) forzaron a los miembros de aquélla aceptar la ingerencia estatal tras cerca de un siglo de resistencia.

III.1. Las reformas liberales. Cambio y continuidad en el estatuto del agua (1834-1880/1890)

Se podría comenzar diciendo que las oligarquías de propietarios, tanto de la tierra como del agua, mostraron cierta prevención ante las reformas en las fases iniciales del liberalismo. Ello se debió, primero, el temor que inspiraba una posible aplicación indiscriminada de la iniciativa privada en lo relativo a la ampliación del regadío[67] aprovechando el amplio margen abierto por la nueva legislación Y, después, a la desconfianza que inspiraban en el colectivo los Ayuntamientos liberales, en cuyo seno los miembros del indicado grupo social habían perdido el monopolio del poder.

A. Primer problema: la autorización estatal de nuevos aprovechamientos hidráulicos. En este momento los representantes más cualificados del sector terrateniente, aprovechando el malestar generalizado de los regantes, se presentan ante ellos como los defensores de los derechos preestablecidos y encabezan protestas y manifiestos. Un comportamiento respaldado por las limitaciones consuetudinarias a la expansión de la huerta, según las cuales

[67] En 1834 José Musso Valiente, primer Gobernador Civil de Murcia (entonces denominado Subdelegado de Fomento) se expresa como sigue: "Hay que defender los sacrosantos derechos de propiedad pero sin desanimar, siempre que sea posible, las iniciativas del labrador industrioso". Archivo CAM de Mula, Papeles de Musso Valiente, Caja 32.

una tierra era de regadío en virtud de los convenios establecidos en la época de la construcción de las acequias o en momentos posteriores; por lo que el acceso al agua no dependía únicamente de la determinación individual del cultivador sino de las ordenanzas, muy conservadoras al respecto.

Esta estrategia, por otra parte, resultaba mucho más creíble en las huertas del Segura, donde el hipotético descenso del caudal fluvial perjudicaba a la generalidad, que en los regadíos deficitarios, donde los aguatenientes se oponían a un aumento del mismo porque haría bajar los precios del agua en las subastas. Lo sucedido en Murcia y Lorca ejemplifica ambos tipos de respuestas.

Ya en 1834 los representantes de la Junta de Hacendados de la capital, a la que aludiremos más adelante, acudieron a Madrid temiendo la permisividad del gobierno en el aspecto indicado[68]. El éxito acompañó sus gestiones, reiteradas por otras regiones que, como Valencia, tenían problemas similares. Pocos años después, una serie de Reales Órdenes (5-abril-1834, 14-marzo-1846, 21-agosto-1849) dictaminaron la necesidad de autorización real previa para todo uso del agua de los ríos que supusieran un cambio sustancial en el sistema de regadío hasta entonces vigente. La jurisprudencia privilegió en todo el país a los regantes de aguas abajo a partir de entonces. Ello no impidió la prosecución de nuevos intentos de acceder a los flujos del Segura, lo que dio lugar a una "guerra del agua", oficial o larvada, entre la Vega Alta por un lado y la Media y Baja por otro, estas dos últimas esgrimieron en su abono los resultados de sucesivas mediciones verificadas en el aforo del río[69]. Obsérvese cómo la actuación estatal ha ido en el sentido de beneficiar al sector social de los grandes propietarios, instalados mayoritariamente en las extensas huertas prelitorales (Murcia y Orihuela).

En Lorca las cosas ocurrieron de manera muy diferente. El recién creado Sindicato de Riegos (1834) concitó, a diferencia de la Junta de Hacendados, las antipatías de los regantes, que lo consideraban un organismo de clase. Impresión bastante acertada si se tiene en cuenta que los dos primeros presidentes del mismo eran miembros destacados de la oligarquía de propietarios de aguas. (Pedro Alcántara Musso y su sobrino Juan Musso y Fontes) y que las primeras actuaciones fueron inequívocas al respecto. Así, se afirma frente al Estado los derechos de propiedad, no de uso, sobre *todas* las aguas del término municipal, se pleitea con el Ayuntamiento por la posesión de parte de

---

[68] En las mismas fechas sucede en Valencia otro tanto, tanto en lo que concierne a la huerta capitalina regada por el río Turia) como la Acequia Mayor del Júcar. Calatayud Giner, 1993, *op. cit.*

[69] Dichas mediciones fueron financiadas por la propia Junta de Hacendados de la capital. Archivo Municipal de Murcia. Aguas. Legajo 383.

los caudales integrados en los Bienes de Propios y se plantea una oposición cerrada a todo alumbramiento de agua llevado a cabo por particulares. Tal fue la causa de diversos enfrentamientos con los vecinos entre 1850 y 1869; en este último año la intervención de Sindicato en contra de una nueva prospección en los Ojos de Luchena[70] desencadenó un movimiento popular tan violento que requirió la intervención de las fuerzas del Orden Público[71]. Pero lo más notable fue el apoyo del Ayuntamiento a los manifestantes, lo que confirma las tensiones existentes entre los oligarcas y la institución municipal. En mi opinión, sin embargo, la crispación existente en Lorca en torno a la subasta de aguas y, por ende, contra el Sindicato, tuvo mucho que ver con la frustración de las esperanzas depositadas en las reformas liberales por parte de unos agricultores que se veían obligados a adquirir a altos precios las hilas del Guadalentín.

La abundancia de testimonios disponibles[72] nos ayudan a estimar que el funcionamiento de estos "mercados de aguas" reunió algunas de las características que la teoría económica considera deseables en los mecanismos de asignación de recursos: certeza en la normativa y aplicación equitativa de la misma (recuérdese que la asignación del agua a las parcelas estaba centralizada) y seguridad en la posesión, pero no flexibilidad para transferir el recurso debido al clientelismo. La situación descrita no parece plantear únicamente cuestiones de eficiencia económica sino de equidad. Y ello porque su funcionamiento hubiera exigido como punto de partida una asignación correcta de los derechos sobre el agua que sirviera de base a las operaciones de compraventa, pero tanto en Alicante como en Murcia el reparto de dichos derechos fue siempre muy desigual; su rasgo más significativo consistió, como se ha señalado, en la concentración de los mismos en manos de las sucesivas elites económicas[73]. De hecho, el propio mecanismo de las transacciones puesto en marcha por el proceso desamortizador reforzó las desigualdades y mantuvo una sorda hostilidad entre el colectivo propietario y los regantes que estalla a la menor oportunidad.

---

[70] Estaba previsto que el caudal conseguido por las prospecciones se vertiese en el río, aumentando así su débito.

[71] Archivo Histórico Municipal de Lorca, *Expediente sobre Aguas*, *1806-1869,* legajo 53, Sala 2ª.

[72] Para Lorca, Archivo Histórico Municipal, Papeles del Sindicato de Riegos, Sección Aguas; para Alicante y Elche los Libros de Aguas de mediados del XIX recogen todas las novedades sobre las transacciones.

[73] Desamortización y Desvinculación: los compradores son miembros de la nueva elite de comerciantes, banqueros y mineros constituida en la primera etapa del liberalismo. Ver Pérez Picazo y Pérez de Perceval, 2002, pp. 74. En este artículo se cuantifican las operaciones de compraventas de aguas por parte de este grupo social, especialmente en Lorca y Mula.

B. Segundo problema: el descontento ante el intervencionismo del Estado, representado a escala local por los nuevos Ayuntamientos liberales. Una vez más el dualismo de estatutos del agua dio lugar a respuestas diferentes pero con un punto en común: la pugna institucional con unas instituciones donde los miembros de la oligarquía propietaria habían perdido capacidad de influencia debido a la presencia de individuos procedentes de otras clases sociales.

En el valle del Segura, donde los viejos Heredamientos disfrutaban del apoyo general, no tardaron en producirse conflictos entre sus órganos directivos y la autoridad municipal. Ello fue aprovechado por los grandes propietarios para, so capa de defender a estos últimos, reforzar la posición hegemónica de la que siempre habían disfrutado. Su margen de maniobra era muy grande dada la capacidad de presión que les confería el elevado nivel de concentración de la propiedad de la tierra, aprovechado para introducir determinados cambios en la ordenación general como, por ejemplo, ligar el número de votos de cada miembro del Juntamiento a la cantidad de tierra que poseía, en contra de la práctica tradicional. Se llega de esta forma a una auténtica oligarquización de la gestión del agua, personalizada, por ejemplo, en el conde del Valle de San Juan en el Heredamiento arrocero de Rotas (Calasparra), en la familia Marín-Blázquez en la acequia de Hornos (Cieza) y en el vizconde de Huertas en la acequia de la Puixmarina (Murcia). Pero en los núcleos de población mayores, como la capital, ello no era suficiente debido al fuerte peso del antiguo concejo en los temas del regadío; por lo que las iniciativas del sector terrateniente se dirigieron a la creación de un organismo de gestión de nuevo cuño y totalmente independiente, concretamente la Junta de Hacendados (1834). Se la presentó como defensora y portavoz de los Heredamientos, por lo que su objetivo iba a consistir en el cuidado de las infraestructuras de riego y en la vigilancia de los usos del agua.

¿Cuál es la causa de esta estrategia por parte del sector terrateniente? En casi todos mis trabajos he destacado el hecho de que la base demográfica y económica de las huertas del Segura estaba constituida por una masa de pequeños explotadores campesinos a los que los grandes propietarios arrendaban sus tierras divididas en pequeñas parcelas[74]. Los ingresos de aquellos dependían, pues, del pago puntual de la renta y del sometimiento de los huertanos a sus iniciativas económicas (entre otras, el cambio de cultivos). Estamos ante unas normas de conducta muy similares a las adoptadas en la etapa anterior, determinadas en gran parte por el hecho de que el acceso al riego

[74] Pérez Picazo, 2002 y 2005. En ambos trabajos se expone el papel desempeñado por la pequeña explotación campesina en el desarrollo del capitalismo agrario.

estaba regulado de manera consuetudinaria y escapaba al control de los propietarios, los cuales no podían permitirse en estas condiciones perder el poder en los organismos de gestión.

En los regadíos donde agua y tierra estaban separadas —caso de Lorca— y donde los Heredamientos, si es que existían, sólo tenían un papel secundario, la respuesta automática de los aguatenientes ante las primeras tensiones con el Ayuntamiento fue la creación de un organismo de clase, el Sindicato de Riegos (1834), cuyo modelo fue imitado poco después por Alicante y Elche (1849), Almería (1851) y por las Juntas de Aguas de Mula (1855) y Moratalla (1859). A partir de entonces, las fricciones entre los nuevos órganos de poder local y las corporaciones municipales estuvieron a la orden del día, complicadas por la creciente tensión existente entre los miembros de estas últimas y los regantes modestos. Pero no en todas partes las cosas ocurrieron de la misma manera; en Almería, por ejemplo, la evolución tuvo lugar de manera menos conflictiva. En parte porque el Sindicato de Riegos constituido en la capital mantuvo los derechos hidráulicos unidos a la propiedad de la tierra, pero en parte también porque desde la nueva institución se llevó a cabo una labor de ordenación del bajo Andarax muy positiva para el buen funcionamiento del sistema[75]. La gestión colectiva pero privada sustituyó sin grandes traumas al entramado municipal.

¿Se puede cerrar esta apartado concluyendo que la inercia tuvo más peso que las fuerzas del cambio en lo relativo a la expansión del regadío? Aparentemente la respuesta a esta interrogación es afirmativa pero la realidad es muy otra: el acceso al agua se incrementó prácticamente en todo el espacio estudiado. Ello se debió a tres factores concomitantes: el estímulo que la legislación liberal produjo en la iniciativa privada, por supuesto, pero también la expansión de cultivos más remunerativos (la uva de mesa, el pimentón, el naranjo, etc) y, sobre todo, el uso creciente de las aguas subterráneas cuya apropiación privada estaba aprobada por la Ley y cuyo uso carecía de servidumbres. El cambio del estatuto del agua, pues, iba a revelarse decisivo en este caso.

Las prospecciones avanzaron en todas partes, tanto en las periferias de las huertas periurbanas —con las dificultades descritas— como en el interior de los secanos. En Murcia y Almería, además, estas actividades se vieron facilitadas por los trasvases tecnológicos entre minería e hidráulica. La mayor parte de las veces el protagonista era colectivo: un puñado de sociedades de

[75] El nombre que recibió fue el de *Sindicato de Riegos de las Vegas de Almería y Siete Pueblos de su río*.

aguas de diversa envergadura que actuaron en las tres provincias surestinas; aunque el avance al respecto fuera más precoz en Murcia[76] y más rápido en Almería, donde a partir de 1850 se detecta una auténtica fiebre prospectora[77]. Los datos que nos ofrecen las Estadísticas Mineras ponen de relieve la particular relevancia de los ensayos realizados en dicha provincia, que suponían a mediados de 1860 casi la mitad (42%) de los expedientes supervisados por la Administración[78].

La actividad de estos agentes económicos se caracterizó la mayor parte de las veces por la modestia de los capitales invertidos, por la lentitud del avance tecnológico y por el uso y abuso de la legislación privatizadora. Ello fue en perjuicio de los antiguos titulares de los derechos sobre el agua —que vieron cómo los derechos de uso se transformaban en propiedad privada— y/o de los agricultores instalados aguas abajo de las perforaciones, que perdieron no raramente los caudales que utilizaban. En lo que se refiere a la tecnología, conviene añadir que hasta las últimas décadas del siglo XIX las mejoras se produjeron a base del perfeccionamiento de los sistemas existentes pero que, a partir de entonces, comenzó a difundirse el uso de motores de captación y elevación de los flujos subterráneos[79].

La ejecución de las obras se llevó a cabo casi siempre en un ambiente hostil y dio lugar a enfrentamientos no pocas veces violentos y/o a pleitos. He elegido un pequeño muestrario procedente de las tres provincias implicadas con el fin de facilitar a la vez una aproximación a la compleja fisonomía de los conflictos y la reflexión sobre el problema.

En el caso de Murcia destacan por su distinto protagonismo social los conflictos habidos en Moratalla (1860) y Totana (1865). En la primera, un nutrido grupo de vecinos de la pedanía de Benizar presenta en el Gobierno Civil una denuncia contra la sociedad de aguas presidida por el cacique local, Tomás Aguilera, culpable de haber secado los riegos existentes "desde tiempo inmemorial" a consecuencia de una excavación de galerías "al pie de la sierra"[80]. La oposición a las obras generó una respuesta violenta por parte de

---

[76] Destacan por su importancia relativa las tres siguientes: *Sociedad de Pozos Artesianos* de Cartagena (1830), *Sociedad General de Lorca* (1850) y *El Diluvio* de Totana (1853).

[77] Entre las más activas sobresalen en Vera, *Las Tres Fuentes*, *la Abundancia*, y la *Concordia* entre 1860 y 1880; en Huércal-Overa, la *Asunción* (1860) y, en la capital provincial, la de *San Indalecio* (1876).

[78] Sánchez Picón, 1997, *op. cit.*, p. 120.

[79] Calatayud y Martínez Carrión, 1999. El trabajo aporta una masa de datos exhaustiva sobre el tema.

[80] Archivo Histórico Provincial de Murcia. Escritura de Poder para pleitos de los labradores de Lenizar. Escribano Juan Gómez, 1870, protocolo 10567.

los criados de Aguilera que, por lo visto, apalearon a algunos vecinos. Estamos ante un caso clásico de abuso de poder en un medio rural, donde pesa más la influencia del cacique —el cual invoca la propiedad privada de su tierra y de las aguas obtenidas en ella— frente a los derechos consuetudinarios de una pequeña huerta de montaña.

Los problemas se complican cuando, además, los nuevos proyectos suponen la presencia de dos modos diferentes de aprovechamiento de los recursos hídricos. Es lo que sucede en Totana con la sociedad "El Diluvio", cuyos agentes llevaron a cabo excavaciones aguas arriba de un regadío de fuente, cuyos caudales descendieron drásticamente (1865). Las tierras regadas gracias a los flujos subterráneos, antes de vocación cerealícola, fueron plantadas de parrales y proporcionaron unos beneficios mucho mayores a sus dueños, que invocaron en el pleito las ventajas que suponía para la comarca la introducción de cultivos más remunerativos y, una vez más, el hecho de que la perforación del nuevo pozo se había verificado "en tierras propiedad del beneficiario"[81].

En el caso de Almería, lo sucedido en Vera, a raíz de la creación de las sociedades de aguas citadas, ilustra aún mejor los conflictos entre los distintos tipos se propiedad y el juego de intereses[82]. En dicho núcleo de población diversos miembros de la nueva burguesía agraria habían comprado a buen precio el agua de dos manantiales procedentes de los Bienes de Propios al producirse la Desamortización en 1855. Poco después fundaron la sociedad Las Tres Fuentes (1860), la cual no tardó en verse arrastrada a un pleito con otra sociedad, la Abundancia, creada por otros propietarios de la zona que estaban haciendo prospecciones aguas arriba de los manantiales concejiles. Tras un complicado litigio en el que participó el propio Ayuntamiento, que argumentaba la falta de agua para abastecer a los vecinos, se formó una nueva sociedad con las otras dos, denominada La Concordia. Desde 1870 a 1880 ésta continuó remontando los alumbramientos a lo largo del acuífero, lo que significó el agotamiento de los manantiales inferiores y la desposesión de los regantes de la zona, pero permitió a corto plazo la creación de nuevos regadíos y de cultivos comerciales como el naranjo. Obsérvese, primero, el papel desempeñado por la redefinición de los derechos de propiedad sobre el agua y, después, el despliegue de un manejo despilfarrador en nombre de la iniciativa privada y del beneficio.

El ejemplo alicantino, por último, es el de mayor envergadura. La posibilidad del beneficio estimuló en esta provincia la inversión en los regadíos

---

[81] Archivo Histórico Provincial de Murcia, Escribano A. Navarro, Protocolo 10546.

[82] Archivo Histórico Provincial de Almería, B, 4012 *Libro de cuentas corrientes de fincas rústicas*, 186, Constitución de la Sociedad Las tres Fuentes, Escribano Zamora.

prelitorales, donde los nuevos cultivos se adaptaban mejor que en los del interior a causa de sus características edafo-climáticas. Entre los perjudicados iban a figurar los regantes de Sax, donde existía una pequeña huerta dedicada a cultivos tradicionales (cereales, vid, olivo), la tierra estaba muy repartida y los grandes terratenientes de la zona —dueños de parte del agua— no estaban interesados en proteger unas explotaciones poco remunerativas. En los últimos años del siglo XIX el Ayuntamiento, respondiendo a las presiones del cacique local, autorizó la apertura de un pozo cuyas aguas deberían llevarse, por medio de un canal abierto, a la huerta de Alicante. Su caudal, sumado con el procedente de Villena, incrementó el débito del denominado en la capital Canal de la Huerta, concluido en 1910 y conocido en Sax como el de la Muerte, porque a partir de su construcción desaparecieron las fuentes y se secó el antiguo regadío.

Resumiendo, frente a la relativa continuidad tecnológica, hemos de destacar los modestos avances de la mercantilización pero, sobre todo, la presencia de una aguda conflictividad relacionada con los distintos estatutos del agua y los cambios institucionales. Primero y fundamental, el avance de la propiedad privada del recurso en cuestión y de las transacciones mercantiles del mismo a partir de la segunda mitad del XIX. Después, la pérdida de protagonismo de los ayuntamientos como organismos de gestión, que pasan a ser sustituidos por comunidades de regantes o por sociedades controladas por los mayores propietarios.

III.2. Bloqueo tecnológico y cambio económico (1880/1890-1950)

La deriva hacia la oligarquización de la gestión del regadío sólo tiene una lectura: el fracaso del nuevo régimen en la aplicación de las reformas dirigidas a la debilitación de los poderes locales. En este fracaso tuvo no poco que ver la escasa implantación del mismo en el mundo rural, que obligó a sus representantes a pactar con las oligarquías de propietarios, favorecidos desde el primer momento por la privatización de los derechos de propiedad y por la influencia del sistema censitario en la redacción de las Ordenanzas. Sin embargo, la presencia de nuevos datos, de tipo económico y tecnológico esta vez, iba a provocar un giro en las estrategias de los miembros del indicado grupo social.

La Gran Depresión finisecular había acelerado la formación de un mercado mundial de productos agrícolas, con el consiguiente estímulo a la especialización y la intensificación. En el ámbito mediterráneo, como es sabido, la trayectoria del cambio agrario estuvo presidida por la expansión de la hor-

tofruticultura, convertida en producto vector del regadío De esta manera, la profundización de la economía de mercado en los regadíos surestinos se iba a producir en gran parte a consecuencia del aumento de la demanda de los productos citados.

Pero el avance de los nuevos cultivos tropezaba con numerosos obstáculos. Ambientales, en primer lugar, porque los nuevos cultivos exigían no sólo mayores aportaciones hídricas sino más regulares, lo cual iba a ser decisivo en la búsqueda y explotación de nuevos recursos. E institucionales, en segundo, porque el estatuto del agua y las servidumbres que lo limitaban comenzaban a considerarse como un corsé demasiado rígido que dificultaba el cambio de cultivos. No es extraño que empiece a hablarse de "escasez" hídrica la cual, como ocurre en la actualidad, era solo relativa. Ni que se incrementen los episodios de conflictividad, presentes desde la etapa anterior.

Por ejemplo, las tensiones entre las Vegas Alta, Media y Baja del Segura conocen su nivel más alto. Los intentos de llegar a un acuerdo sobre la implantación de artefactos elevadores más potentes fracasan y otro tanto sucede con las negociaciones colectivas entre los viejos Heredamientos y las nuevas empresas productoras de energía eléctrica. El amplio margen de autonomía de los organismos locales de gestión dificultaba así los avances; ni siquiera la propuesta de creación en 1914 de un sindicato general de riegos que armonizara los intereses de la tres Vegas logró salir adelante, pese a la especificación de que el nuevo organismo se llevaría a cabo "sin mermar en nada nuestros derechos, usos y costumbres antiguas, nuestro estatuto del agua y nuestras Ordenanzas"[83].

Estas dificultades contrastan con la libertad de movimientos de los propietarios en los nuevos regadíos acondicionados con aguas subterráneas. El estatuto de las mismas y la ausencia de servidumbres —limitación de ciertos cultivos, asignación centralizada de los caudales, privilegios comunales u oligárquicos— empezaban a ejercer un papel de "efecto-demostración". A la espera de que la cuestión del agua, planteada por los regeneracionistas como un problema agrario nacional, se plasmase en una respuesta activa por parte del Estado a través de grandes obras de riego, los agricultores, de manera o individual u organizados en sociedades, iban a tomar la iniciativa en la expansión hortofrutícola. A tener en cuenta, además, que los nuevos regadíos se configuraron desde el primer momento como comunidades de regantes según el modelo preconizado por la ley de 1879, constituyendo así una alternativa al modelo tradicional Todo lo cual despertó el interés de una parte del sec-

[83] *Memoria de la Junta de Hacendados* de 1914, p. 44. Archivo de la Institución.

tor terrateniente tradicional, cuya inversión se vio estimulada por las mejoras de los procedimientos extractivos ligados a la segunda revolución industrial. En 1916 las superficies regadas con caudales de este origen suponían el 31,8% del total en Alicante, el 29,3% en Murcia y el 57,2% en Almería[84].

Un buen ejemplo del sentido del cambio y de sus consecuencias lo encontramos en lo sucedido en los regadíos del bajo Vinalopó. En 1906 se inició de forma muy modesta el bombeo de aguas de los azarbes del Segura hacia la huerta de Elche por obra de la sociedad *Nuevos Riegos del Progreso*[85]. Los buenos resultados conseguidos atrajeron la atención de inversores nacionales y extranjeros como la banca francesa Dreyfus, dando lugar a la refundación de la antigua sociedad con el nombre de *Riegos de Levante*. Sus representantes se convirtieron, además, en intermediarios entre las comunidades del indicado eje fluvial y los regantes de las huertas de Elche y Alicante, a los que vendieron las nuevas concesiones conseguidas entre 1918 y 1922, con un total aproximado de 15 m^3 por segundo. La presencia de estas *aguas muertas* devaluó los caudales procedentes del Montnegre y el Vinalopó, debido a la mayor salinidad de estos últimos, que dificultaba la expansión de los cultivos hortofrutícolas, mucho más exigentes al respecto que los tradicionales. En consecuencia, las subastas de agua desparecen poco a poco tanto en Alicante como en Elche y, con ellas, una forma tradicional de apropiación de los derechos de riego. El mercado, pues, comenzaba a ser decisivo en la evolución del estatuto del agua.

Estos avances no impiden que se siguiera esperando la intervención del Estado, sobre todo en el valle del Segura. Sólo el poder central, en efecto, estaba en posesión tanto de los medios financieros imprescindibles para actuar sobre los ejes fluviales como de los medios jurídico-administrativos necesarios para forzar los pactos entre todos los afectados por los problemas hidráulicos; en pocas palabras, su intervención podía disminuir los costes de transacción. Sin embargo, las limitaciones presupuestarias del erario español retrasaron el proceso ya que, pese a la existencia de sucesivos planes y proyectos, que en gran parte quedaron sobre el papel, no se produjeron inversiones de cierta envergadura hasta la segunda década del siglo XX[86]. Sobre todo, durante la dictadura franquista, fuera del ámbito cronológico de este trabajo.

En cuanto a la dimensión institucional del problema, no se encaró hasta la creación de las Confederaciones Hidrográficas en 1926. La composición de

---

[84] Fuente: Estadística de 1916, publicada por el Ministerio de Fomento en 1918.

[85] Gil Olcina, 1993, pp. 157-161. La tierra consistía en 500 hectáreas de secano, compradas a sus dueños a precios muy bajos, y el caudal elevado suponía 80 litros por segundo.

[86] Ver un análisis de esos fallidos planes en Pérez Picazo, 2000 c.

de los órganos de gobierno y la forma de gestión de la misma nos alerta sobre el alto grado de influencia que disfrutaban dos colectivos muy concretos: la elite de grandes propietarios de la Vega Media y Baja y las empresas hidroeléctricas[87]. El hecho de que en el nuevo reglamento se optara una vez más por el sufragio censitario dejó automáticamente fuera de la asamblea a arrendatarios y propietarios modestos, que eran la mayoría que una vez más quedaron marginados de la toma de decisiones. Por consiguiente no resulta sorprendente que el decreto de concesión de obras hidráulicas diera preferencia a los regadíos tradicionales de ambas Vegas, precisando que los recursos hídricos almacenados por los nuevos embalses se destinarían a la redotación de la Media y a la ampliación de los perímetros regados en la baja. La zona menos beneficiada fue, pues, la Vega Alta, pese a los graves prejuicios sufridos en algunos municipios por la construcción de los embalses. La distinta capacidad de presión y negociación resultó, pues, decisiva.

CONCLUSIÓN

Las reflexiones desarrolladas en las páginas precedentes parecen confirmar la pertinencia del ejemplo elegido para profundizar en el conocimiento de las relaciones existentes entre la forma asumida por el estatuto del agua y el poder. Y, en otro orden de cosas, para valorar el papel desempeñado por el primero en el mantenimiento de la estabilidad social y el respeto a las limitaciones ambientales.

No cabe duda de que, a lo largo del periodo estudiado, los esfuerzos por conseguir y/o conservar el control del líquido elemento fue una constante en la actuación de las elites de poder. Como lo fue, asimismo, la persistencia de dos conceptos distintos del estatuto del agua, definidos en función de la separación o de la unión entre la tierra y los derechos de riego. La aportación de datos alusivos a los contextos ambiental y social así como las referencias al proceso histórico ilustran el fenómeno, que ha marcado en muchos aspectos no sólo la historia agraria sino la historia *tout court* del Sureste ibérico. Si, por un lado, la peculiaridad de ambas concepciones impregnó la fisonomía de los organismos de gestión durante el Antiguo Régimen y orientó las respuestas a las reformas liberales, por otro ha sido determinante en los tipos de conflictividad generados a raíz de las mismas y en la articulación ulterior de la sociedad rural.

¿Cómo se puede resumir los cambios experimentados en la relación entre el poder y el agua en un periodo tan prolongado? La respuesta se ve facilita-

[87] Melgarejo, 1995.

da porque a lo largo del mismo existe un rasgo común en la estrategia de la oligarquía de propietarios: el uso del control de los caudales disponibles como una forma de afirmar su autoridad sobre los campesinos, asegurando así la extracción de un parte mayor del excedente. Unas veces se trata de mantener a ultranza las subastas de agua, otras de conservar los privilegios tradicionales, otras de defender la tendencia alcista de las rentas —en la segunda mitad del siglo XIX— y otras, finalmente de imponer unos cultivos determinados, no siempre bien aceptados por los huertanos, como en el caso de las sustitución del moreral abierto por el cerrado o de su desaparición definitiva a favor de los frutales.

Estos objetivos se hicieron más visibles al producirse la penetración de la economía de mercado. Las dificultades con las que tropezaba la introducción de los nuevos cultivos en los regadíos "históricos" estimuló desde las décadas centrales del XIX el recurso a las prospecciones de aguas subterráneas cuyo estatuto era el de la propiedad privada plena, sin limitaciones ni servidumbres. El sector terrateniente no tuvo muchas dudas sobre la pertinencia de la inversión en los nuevos regadíos y, por consiguiente, en el despliegue de maniobras dirigidas a la desposesión del campesinado cuando fue necesario o en la sustitución de las aguas propias, cuyas subastas cayeron en desuso, por otras de mejor calidad. En el mismo orden de cosas, la tenaz resistencia a la injerencia del Estado en la gestión del regadío cede en las primeras décadas de siglo XX cuando se comprueba que la posición de las elites de poder no iba a verse debilitada en la Confederaciones Hidrográficas y que la construcción de embalses empezaba ser una realidad.

Resta por aludir al hecho de que, durante siglos, las servidumbres que limitaban el uso del agua constituyeron unos mecanismos eficaces para salvaguardar el recurso y para permitir el abastecimiento de todos los miembros de la comunidad. Esta es la razón por la que he incluido un apartado dedicado a los regadíos de origen campesino, que destacan por su longevidad y perfecta adaptación a las características ambientales del territorio amén de la originalidad de sus formas de gestión y de la presencia de un estatuto y unas servidumbres del agua que contrastan con los existentes en las huertas periurbanas.

Visto desde la actualidad, se comprueba que, a lo largo del periodo estudiado, se había logrado atender a las necesidades de una población creciente con una explotación de los recursos hídricos que consiguió aunar la mayor parte de las veces la eficiencia con la conservación de los mismos. El abandono de las técnicas desarrolladas ha generado un deterioro ecológico importante en los campos surestinos: la falta de atención al aterrazamiento ha incrementado la erosión de las laderas y la desaparición de los sistemas de

boqueras ha dado lugar a la frecuencia y al carácter cada vez más catastrófico de las crecidas. En lo que concierne a la extracción de aguas subterráneas el mantenimiento de unas prácticas depredativas, nunca perseguidas por la Ley, unido a la introducción de una tecnología extractiva mucho más agresiva, ha hecho aparecer fenómenos de sobreexplotación, con el consiguiente riesgo de agotamiento del recurso. Una vez más, pues, nos encontramos ante un problema que afecta al estatuto del agua. y que sólo puede resolverse en el contexto de un nuevo marco normativo favorable a la eficiencia y al ahorro.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Klink, F. (1997): "Economía del agua: reflexiones ante un nuevo contexto". En López Gálvez, J. y Naredo, J. M. (eds), *La gestión del agua de riego*, Madrid, Argentaria-Visor, pp. 235-259.

Alberola Romá, A. (1990): "Agricultores y monopolistas: el control del agua de riego en las comarcas meridionales del País Valenciano durante la Edad Moderna", Pérez Picazo, M.T. y Lemeunier, G. (eds.), *Agua y modo de producción*, Barcelona, Crítica.

Alberola Romá, A. (1994): *Jurisdicción y propiedad de la tierra en Alicante, (siglos XVII-XVIII)*, Alicante, Ayuntamiento y Universidad de Alicante.

Alberola Romá, A. (ed.), (1995): *Cuatro siglos de técnica hidráulica en tierras alicantinas*, Alicante, Instituto Juan Gil Albert.

Altamira Crevea, R. (1905): *Derecho Consuetudinario y economía popular en la provincia de Alicante*, Madrid, Huérfanos de S. C. Jesús. Edición facsímil, Alicante, Instituto Juan Gil Albert, 1985.

Barceló, M. *et altri* (1988): "La font antiga de Crevillent: ensayo de descripción arqueológica". *Áreas. Revista de Ciencias Sociales*, 9, Anejo.

Barceló, M. (1995): "Saber lo que es un espacio hidráulico y lo que no es o Al Anadalus y los feudales". González Alcantud, J. A. y Malpica, A., *El agua, Mitos, ritos y realidades,* Madrid, Anthropos, pp. 240-255.

Bedoucha, G. 1987. *L'eau, l'ami du puissant. Une communauté oasienne du Sud-Tunisien*, París, Archives Contemporaines.

Bevilacqua, P. y Corona, G. (eds.) (2000): *Ambiente e resorsi nei Mezzogiorno Contemporanei*, Roma, Meridiani Libri.

Berdoulay, V. y Phipps, M. (eds) (1985): *Paysages et systèmes. De l'organisation écologique à l'organisation visuelle*, Ottawa, Universidad de Ottawa.

Box Amorós, M., (1992): "El regadío medieval en España: época árabe y conquista cristiana" (ed.), *Hitos históricos de los regadíos españoles*, Madrid, MAPA, pp. 49-90.

Bromley, P., (1990): *Countryside and Management*, London, F. and F. N. Spon.

Brunhes, J., (1904): *L´irrigation, ses conditions géographiques, ses modes et son organisation dans la Péninsule Ibérique et en Afrique du Nord*, Paris, Masson.

Calatayud Giner, S. (1993): "El regadío ante la expansión agraria valenciana: cambios en el uso y control del agua (1800-1910)", *Agricultura y Sociedad*, 67, pp. 47-102.

Calatayud Giner, S. y Martínez Carrión, J. M. (1999): "El cambio técnico en los sistemas de captación e impulsión del agua subterránea para riego en la España mediterránea", *El agua en los sistemas agrarios. Una perspectiva histórica*, Madrid, Argentaria-Visor, pp. 15-41.

Díaz López, J. (1996): *El valle del Andarax en el siglo XVIII. Propiedad de la tierra y paisaje agrario en el Catastro de Ensenada*, Granada, Universidad de Granada.

Ferre Bueno, F., (1979): *El valle del Almanzora. Estudio geográfico*, Almería, Diputación Provincial.

Gil Olcina, A., (1986): "Los pantanos de Puentes y Valdeinfierno" en AA.VV., *Agua, riegos y modos de vida en Lorca y su comarca*, CAAM, pp. 105-119.

Gil Olcina, A., (1993): *Propiedad de las aguas perennes en el Sureste ibérico*, Alicante, Universidad de Alicante.

Gil Olcina, A. (2004), Segunda Edición: *El Campo de Lorca*, Ayuntamiento de Lorca.

Gómez Espín, J. M. (2004): *Aprovechamiento integral del agua en la rambla de Nogalte (Puerto Lumbreras-Murcia)*; Murcia, Universidad de Murcia.

González de Molina, M. (1992): "La pervivencia de los bienes comunales: representación mental y realidad social. Algunas aportaciones al debate sobre la tragedia de los comunales". González Alcantud, J. A. y González de Molina, M. *La tierra. Mitos, ritos y realidades*, Madrid, Anthropos, pp. 251-295.

Gris Martínez, J., (1986): "De las Ordenanzas de aguas a la constitución del Comunidad de Regantes de Lorca, 1785-1985, *Agua, riegos y modos de vida en Lorca y su comarca*, CAAM, pp. 175-200.

Herin, R. (1980): *Les huertas de Murcie*, Aix en Provence, Edisud.

Junta de Aguas del Riego de la Huerta de Elda, (1879): *Derechos que tienen los regantes para utilizar en la misma todas las aguas del río Vinalopó*, Alicante, Imprenta Rafael Jordá.

López Bermúdez, F. y Alonso Sarriá, F. (2001). "Acidez y sequías en la Cuenca del Segura" *Libro Homenaje a Don Ángel Ramos Fernández 1926-1998*, Real Acadenmis de Ciencias Exactas *et altri*, Madrid, pp. 717-728.

Mac Cully, T. (1996) y Nueva Edición (2001): *Silenced Rivers. The Ecology and politics of large dams*, ZBD Books, London.

Mateu, E. y Calatayud, S., (1997): "Control del agua y conflictividad social en la expansión del regadío: la Acequia Real del Júcar", *Áreas. Revista de Ciencias Sociales*, pp. 61-77.

Melgarejo, J. (1995): *La intervención del Estado en la cuenca del Segura, 1926-1986*, Alicante, Instituto Juan Gil Albert.

Mignon, C. (1992): *Campos y campesinos de la Andalucía mediterránea*, Madrid, MAPA.

Morales Gil, A. (1992): "Orígenes de los regadíos españoles: estado actual de una vieja polémica" AA.VV., *Hitos históricos de los regadíos españoles*, Madrid, MAPA, pp. 15-74.

Morales Gil, A., (1995): "Boqueras y azudes: el aprovechamiento de las aguas esporádicas en el sureste peninsular", Alberola Romá, A. (ed.), *Cuatro siglos de técnica agria en tierras alicantinas*, Alicante, Instituto Juan Gil Albert, pp. 31-43.

Mula Gómez, A. J., Hernández Franco, J. y Gris Martínez, J. 1986: *Las obras hidráulicas en el reino de Murcia durante el reformismo ilustrado. Los reales pantanos de Lorca*, Murcia, Colegio Oficial de Ingenieros de Caminos.

Musso y Fontes, J. M. (1847): *Historia de los riegos de Lorca*, Murcia. Reimpresión de la Agrupación Cultural lorquina, 1982.

Naredo, J. M. (1999): "Consideraciones económicas sobre el papel del agua en los sistemas agarios", *El agua en los sistemas agrarios. Una perspectiva histórica*, Madrid, Argentaria-Visor, pp. 63-77.

Perennes, J. J. (1993): *L´eau et les hommes au Maghreb*, Paris, CNRS.

Pérez Picazo, M.T. (1990): *El mayorazgo en la historia económica de la región murciana. Expansión, crisis y abolición, siglos XVII-XIX*, Madrid, MAPA.

Pérez Picazo, M. T. (1995); "Tecnología agraria y estructuras sociales en los campos costeros de la región murciana, 1750-1850". González Alcantud, J.A. y Malpica, A, *El agua. Mitos, ritos y realidades*, Madrid, Anthropos, pp. 239-259.

Pérez Picazo, M. T., (1997): "Cambio institucional y cambio agrario. La gestión del agua en los regadíos del Segura, s. XIX y XX". *Áreas. Revista de Ciencias Sociales*, pp. 101-109.

Pérez Picazo, M.T., (2000 a) "Nuevas perspectivas en el estudio de la gestión del agua agrícola. La subordinación de la tecnología a los modos de gestión", *Revista de Historia Agraria*, 22, pp. 37-56.

Pérez Picazo, M. T. (2000 b): "Formation et mise en cause du modèle de gestion hydraulique espagnole de 1740 à 2000", *Economies et Sociétés*. Hors de Série nº 37. París, 2000, pp. 71-98.

Pérez Picazo, M. T. (2000 c): "Auge y decadencia del regadío tradicional en la región murciana. Los logros de una agricultura de dominante campesina", Barciela, C. y

Melgarejo, J. (1995), *El agua en la historia de España*, Alicante, Publicaciones de la Universidad, pp. 111-165.

Pérez Picazo, M. T. (2002): "La agudización de la conflictividad en los regadíos deficitarios de Sureste entre 1780 y 1950/60 ¿lucha de clases o conflictividad ecosocial", *Ayer. Revista de Historia Contemporánea*, 47, pp. 231-258.

Pérez Picazo, M. T: (2004): "Economía campesina y mercado. El caso de las huertas de Murcia en los siglos XIX y XX". Vicedo, E. (ed), *Fires, mercats i mon rural*, Lleida, Institut d´Estudis Ilerdencs, pp. 15-42.

Pérez Picazo, M. T., (2005): "El mercado de factores en la agricultura murciana durante el siglo XIX", *Investigaciones de Historia Económica*, 2, pp. 39-75.

Pérez Picazo, M. T. y Lemeunier, G. (1996): "Las rutas de la seda. El caso de Murcia: capital, productores y clientes", AA.VV., *España y Portugal en las rutas de la seda*, Barcelona, Universidad de Barcelona.

Pérez Picazo, M. T., Pérez de Perceval, M. A. y Martínez Carrión, J. M. (1998): "Ceux qui prennent et ceux qui peinent. Conjoncture et modes de faire-valoir dans les systèmes agraires du Sud-Est espagnol (1830-1930)". *Histoire et sociétés rurales*, 10, 1998; pp. 47-81.

Pérez Picazo, M. T. y Pérez de Perceval, M. (2004): "El mercado de la tierra en la región de Murcia, 1836-1862", *Historia Agraria. Revista de agricultura e historia rural*, 32, pp. 57-85.

Pinilla, V. (ed) (2008): *Gestión y uso del agua en la cuenca del Ebro en el siglo XX*. Zaragoza, Instituto Fernando el Católico.

Rougerie, E. /1995): *Geosystèmes et paysages. Bilan et méthodes*. Paris, Armand Colin.

Ruiz Funes, M., (1916): *Derecho consuetudinario y economía popular ende la provincia de Murcia*, Reimpresión Murcia, Academia Alfonso X el Sabio, 1953.

Sala Cañellas,V. (1975): *Antecedentes y orígenes de la comunidad de aguas de Novelda*, Novelda, Caja de Ahorros de Novelda.

Sánchez Recio, G. (1979): *Carta de Población del señorío de Elda*, Ayuntamiento de Elda.

Sánchez Picón, A. (ed) (1996): *Historia y medio ambiente en el territorio almeriense*, Almería, Universidad de Almería.

Sánchez Picón, A. (1997): "Los regadíos de la Andalucía árida (siglos XIX y XX). Expansión, bloqueo y transformación", *Áreas. Revista de Ciencias Sociales*, 17, pp. 109-129.

Sánchez Picón, A. y Rodríguez Vaquero, J. (1989): "Nuevos riegos en la Almería del siglo XIX. Ideas para un esquema" en AA.VV., *El agua en zonas áridas. Arqueología e Historia* (I Coloquio de Historia y Medio Físico), IV, pp. 1149-1157, Almería.

Tello, E. (2005): *La historia cuenta*, Barcelona, El Viejo Topo.

LAS IMPERFECCIONES DE LA PROPIEDAD PERFECTA: ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS E INDEMNIZACIÓN POR MEJORAS

Samuel Garrido
Universitat Jaume I

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA INDEMNIZACIÓN POR MEJORAS.—III. CUANDO LA LEY NO OBLIGABA A PAGARLAS, PERO LAS MEJORAS SE PAGABAN POR COSTUMBRE: 1. Una costumbre "débil": el *tenant right* inglés. 2. Una costumbre "fuerte": la costumbre de la Huerta de Valencia.—IV. CUANDO LAS LEYES QUE OBLIGABAN A PAGAR NO ERAN RESPETADAS POR LOS PROPIETARIOS.—V. ALGUNOS APUNTES SOBRE EL CASO ESPAÑOL.—VI. EPÍLOGO.—VII. APÉNDICE.

I. INTRODUCCIÓN

De las múltiples sugerencias e incitaciones para la investigación que pueden encontrarse en *Tierras, leyes, historia*, un libro en el que Rosa Congost ha recopilado algunos de sus estudios sobre la historia de la propiedad de la tierra, destacan en mi opinión dos. Por una parte, Congost nos advierte de las "imperfecciones" que presenta a veces la llamada propiedad "perfecta" o "absoluta". Por otra parte, recuerda con insistencia que, históricamente, los cambios en los derechos de propiedad no han estado únicamente provocados por cambios en las leyes[1]. Ambas ideas serán utilizadas como hilo conductor de mi exposición en las páginas que siguen, donde voy a considerar diversos aspectos relacionados con la indemnización por mejoras en los contratos de arrendamiento.

Existe la posibilidad de que un arrendatario no mejore (o empeore) la finca de otro que cultiva a cambio del pago de una renta. Pero también existe la posibilidad de que introduzca en ella diversos tipos de mejoras, algunas de las cuales (las que la legislación española ha acostumbrado a denominar

[1] CONGOST, R., *Tierras, leyes, historia. Estudios sobre "la gran obra de la propiedad"*, Barcelona, Crítica, 2007. Eugenia Torijano ha publicado una crítica de esta obra en *Historia Agraria*, n. 45 (2008), pp. 184-187.

"mejoras útiles") están destinadas a conseguir que la tierra rinda más. Es exclusivamente a ese tipo de mejoras a las que aquí me voy a referir.

Cuando abandona la explotación, en ocasiones el cultivador tiene derecho ser indemnizado por las mejoras que haya realizado. Ello puede ser el resultado de: a) que sea eso lo que establece el contrato que había suscrito con su arrendador; b) la existencia de una costumbre local que diga que las mejoras se han de indemnizar; o c) la presencia de alguna norma legal que obligue al propietario a pagar. En los tres casos, que el arrendatario sea indemnizado significa que se le está reconociendo un derecho de propiedad sobre las mejoras. Para que tal derecho sea respetado, parece lógico que el terrateniente no pueda prescindir de los servicios del arrendatario antes de abonar lo que le deba en concepto de mejoras[2]. Y también parece lógico que el arrendador no pueda incrementar la renta para adaptarla al aumento de la productividad en la finca como resultado de las atenciones y las inversiones de su cultivador (en caso de aumentar la renta, el dueño de la tierra estaría cobrando al arrendatario por algo que pertenece a éste).

Por más elevados que sean los derechos de propiedad del arrendatario sobre sus mejoras, la tierra continuará perteneciendo exclusivamente a quien la tenga registrada a su nombre en el Registro de la Propiedad, y no se creará ninguna división de dominios. En la práctica, sin embargo, el abono de las mejoras implica la aparición de restricciones a los derechos de propiedad del terrateniente, hasta el punto de que puede llegarse *de facto* a lo que a principios del siglo XX era frecuente denominar una situación de "copropiedad" de la tierra. Este trabajo pretende analizar algunas de las implicaciones que de ello se derivan y está organizado en siete partes.

En el siguiente apartado se considerarán las ventajas y los inconvenientes que la indemnización por mejoras conlleva para arrendatarios y arrendadores. A continuación se hará referencia a situaciones en las que la ley establecía que el arrendatario no tenía derecho a indemnización, aunque era habitual que sí la recibiera como resultado de prácticas consuetudinarias. Después se prestará atención al caso contrario: existían leyes que obligaban al propietario a pagar, pero los propietarios recurrían a diversos mecanismos para no cumplir con esa obligación. Aunque haga uso de frecuentes ejemplos españoles, hasta aquí mi

[2] En un ejemplo de esa lógica, en España la Ley de Arrendamientos Rústicos de 26 de noviembre de 2003 establece (art. 21) que la indemnización por mejoras dependerá de lo que previamente hayan pactado las partes, pero que "en defecto de pacto se aplicará el régimen establecido por el Código Civil para el poseedor de buena fe". Por tanto, en ausencia de pacto el arrendatario ha de ser indemnizado por las mejoras útiles, y puede retener la cosa hasta que se le satisfagan (artículo 454 del Código Civil). VATTIER, C. y ESPÍN, I., *Derecho agrario*, Madrid, Ed. Reus, 2005, p. 168.

exposición tendrá un carácter general, pero el caso español será el exclusivo protagonista del quinto apartado. En el sexto, a la manera de un breve epílogo, defenderé que tiene interés que los historiadores presten a estos asuntos más atención de la que han dedicado hasta ahora. El séptimo, por último, es un apéndice en el que se reproducen fuentes poco conocidas.

II. LA INDEMNIZACIÓN POR MEJORAS

Tanto por parte de organizaciones que se decían defensoras de los intereses de los pequeños agricultores como por parte de reformistas de muy diversa condición, que la ley reconociera el derecho del arrendatario a ser indemnizado por mejoras fue una petición frecuente en la España de principios del siglo XX. Fue algo que se reclamó durante las "campañas agrarias" que Unamuno y otros profesores universitarios emprendieron en 1913 por tierras salmantinas[3]. A continuación, Cayetano Manrique y Amalio de Marichalar lo solicitaban en un manual de derecho civil en el que defendían la necesidad de una reforma en la legislación sobre arrendamientos que llevara "al plazo largo, a la renta justa, a la indemnización por despido y al abono de las mejoras por vencimiento"[4]. También lo pidió Santiago Alba en su proyecto reformista de 1916[5]. Tanto el PSOE como la UGT lo reivindicaron repetidamente entre 1915 y 1936[6], lo mismo que los sindicatos católico-agrarios[7] o que diversos personajes más o menos próximos al catolicismo social, como Ángel Ossorio y Gallardo[8] o Severino Aznar. Al enumerar un conjun-

---

[3] HERAS, A. de las, "Las campañas agrarias de los intelectuales (Salamanca, 1913)", en GARCÍA DELGADO, J. L., ed., *La cuestión agraria en la España contemporánea*, Madrid, Edicusa, 1976, p. 386.

[4] MARICHALAR, A. y MANRIQUE, C., *Recitaciones del Derecho Civil de España*, Madrid, Librería Gutemberg, 1915-1921, 4 vols. Citado por AZNAR, S., *Despoblación y colonización*, Barcelona, Labor, 1930, pp. 149-150.

[5] Donde también se contemplaba que, en caso de que las mejoras hubiesen incrementado el valor de la finca en más de un 50%, el arrendatario estuviera facultado a comprarla pagando una cantidad 20 veces superior al ingreso imponible que figurara en el Amillaramiento. MALEFAKIS, E., *Reforma agraria y revolución campesina en la España del siglo XX*, Barcelona, Ariel, 1982, p. 495.

[6] BIGLINO, P., *El socialismo español y la cuestión agraria (1890-1936)*, Madrid, Ministerio de Trabajo, pp. 135, 513, 516, 520 y 538.

[7] CUESTA, J., *Sindicalismo católico-agrario en España*, Madrid, 1978, pp. 200-201 (en referencia a Toledo). GARRIDO, S., *El sindicalisme catòlic a la Safor*, Gandía, Alfons el Vell, 1987, p. 127 (sobre la Huerta de Gandía). MARTÍNEZ LÓPEZ, A., *O cooperativismo católico no proceso de modernización da agricultura galega, 1900-1943*, Pontevedra, Diputación, pp. 192-193 (sobre Galicia y Asturias).

[8] ROBLEDO, R., *Economistas y reformadores españoles. La cuestión agraria (1760-1935)*, Madrid, Ministerio de Agricultura, 1993, p. 111. MALEFAKIS, *Reforma agraria*..., pp. 496-497.

to de medidas que a su juicio era imprescindible adoptar para intensificar la producción agraria española, este último escribía en 1930 que:

> Medio para conseguir esa intensificación es también la indemnización por las mejoras que [el arrendatario] haya hecho con su capital y su trabajo; indemnización que, para ser justa, habrá de consistir no en la suma de capital y de trabajo que le costó hacerlas, sino en una parte prudencial —la mitad del valor es por costumbre tradicional en algunas comarcas— de la diferencia entre lo que valía la finca al hacer la mejora y lo que vale al terminar el contrato. Si no se pagan las mejoras, no se harán, y para España se habrá cegado una gran fuente de riqueza. Y si se hacen y no se pagan, se despoja al colono de algo que es suyo[9].

Mientras tanto, la gran propiedad se mostraba radicalmente contraria a "cualquier reformismo contra la libertad de arrendamientos"[10], incluyendo los cambios en la legislación sobre mejoras. Resulta lícito y apropiado, en consecuencia, contemplar la indemnización por mejoras en términos de conflicto social: un derecho que muchos arrendatarios reclamaban que les fuera concedido de manera obligatoria y que muchos propietarios exigían que continuara sin ser reconocido por la ley. Ahora bien, ese planteamiento es insuficiente, por sí sólo, para abordar la cuestión en toda su complejidad. Lo mismo que para los arrendatarios, la indemnización por mejoras podía ser una fuente de grandes ventajas para los arrendadores. Aunque también era una fuente de inconvenientes. Es por ello que, en algunos casos, los propietarios podían considerar que les convenía pagar indemnización, mientras que en otros casos podían llegar a la conclusión contraria. Como primer paso para desarrollar esa argumentación, comenzaré enumerando algunas de esas ventajas y contrariedades.

En el caso de los arrendatarios, recibir indemnización por mejoras era tener la seguridad de que el dueño de la tierra no se apoderaría gratuitamente de las inversiones que habían efectuado en ella. Cuando la cantidad a percibir llegaba a ser elevada, personas aparentemente insolventes (caso de los arrendatarios sin tierra propia) podían acumular un cierto patrimonio. Y ello tendía a acrecentar la estabilidad del cultivador, por dos razones. En primer lugar, porque si el terrateniente quería cambiar de arrendatario tenía que hacer un desembolso de consideración (y si, como era frecuente, la indemnización era satisfecha por el arrendatario entrante, el arrendador tenía que encontrar a un cultivador dispuesto a asumir ese gasto). En segundo lugar,

---

[9] AZNAR, *Despoblación...*, pp. 151-152.
[10] ROBLEDO, *Economistas y reformadores*, p. 112.

porque si, debido a la pérdida de la cosecha o a cualquier otro motivo, el arrendatario era temporalmente incapaz de pagar la renta, disminuían las probabilidades de ser expulsado de manera inmediata: lo previsible es que el arrendador le permitiera acumular atrasos hasta que la cuantía de estos igualara a la de la indemnización por mejoras; llegado ese momento, el dueño de la tierra pasaba a ser también el dueño de las mejoras y la deuda quedaba saldada[11].

Pero la indemnización por mejoras, argumentaban quienes estaban en contra de que se concediera, también podía causar perjuicios al arrendatario. En la Inglaterra de la segunda mitad del siglo XIX se suscitó un amplio debate a propósito de la cuestión y fue frecuente utilizar ese tipo argumentos[12], que parecen en general poco consistentes. Por una parte, se decía que era una práctica que favorecía el fraude: en los lugares donde tenía vigencia la costumbre de pagar indemnización, existían supuestamente arrendatarios especializados en cambiar con gran frecuencia de granja, llevándose consigo cada vez que eso sucedía un pago por las mejoras que en realidad no habían hecho; también supuestamente, ello era posible porque los peritos encargados de valorar las mejoras se dejaban sobornar con cierta facilidad. Aunque puede que todo ello sucediera en alguna que otra ocasión, resulta sin embargo muy poco probable que ocurriera de manera frecuente, porque quien incurriera con asiduidad en prácticas fraudulentas sería identificado rápidamente por sus vecinos, sufriría una pérdida de reputación y en el futuro tendría grandes dificultades para encontrar tierra en arriendo o para ejercer como perito. Por otra parte, se indicaba que las indemnizaciones fuertes provocaban la descapitalización del arrendatario entrante, que cultivaba mal la finca hasta que conseguía recuperarse. Es igualmente posible que ello sucediera en alguna

[11] En las huertas del País Valenciano era muy frecuente que, gracias a las mejoras, los arrendatarios pudieran incurrir en atrasos en el pago de la renta de incluso dos, tres o más años de duración; GARRIDO, S. y CALATAYUD, S., "La compra silenciosa. Arrendamientos, estabilidad y mejoras en la agricultura valenciana de regadío", *Investigaciones de Historia Económica*, n. 8 (2007), pp. 77-108, y "The price of improvements. Agrarian contracts and agrarian development in nineteenth century eastern Spain", en prensa en *Economic History Review*. En Irlanda el *tenant right* —que, al menos en parte, también se basaba en la indemnización por mejoras— permitía que ocurriera algo semejante, aunque lo habitual allí es que los terratenientes sólo toleraran el atraso en el pago de una anualidad; GUINNANE, T. y MILLER, R., "Bonds without bondsmen: Tenant-right in nineteenth-century Ireland", *Journal of Economic History*, n. 56 (1996), pp. 113-142. Lo más frecuente en Castilla La Vieja y León, por contra, fue que los arrendatarios no recibieran indemnización por mejoras, que padecieran una gran inseguridad y que pagar la renta "con demora de algunos días" fuera motivo de expulsión; ROBLEDO, R., *La renta de la tierra en Castilla La Vieja y León (1836-1913)*, Madrid, Banco de España, 1984, p. 83.

[12] Por ejemplo, CAIRD, J., *English agriculture in 1850-51*, Londres, 1851. Véase MINGAY, G. E., "The farmer", en *The Agrarian History of England and Wales*, vol 7 (I), Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 794-802.

que otra ocasión, pero cabe suponer que en caso de ser un problema grave la indemnización habría sido satisfecha por el arrendador, con objeto de que el nuevo cultivador no tuviera que hacer ningún desembolso inicial y accediera a la propiedad de las mejoras a medida que las fuera haciendo.

Por lo que se refiere a los arrendadores, conceder indemnización por mejoras servía para motivar a los arrendatarios a trabajar la tierra con esmero. Significaba alejar la posibilidad de que la finca experimentara una caída de su valor en venta como consecuencia de un trato indolente o de que el cultivador esquilmara el suelo. Y permitía un ahorro en preocupaciones y en gastos de supervisión. Indemnizar al arrendatario por las mejoras, pues, podía equivaler a realizar una inversión altamente rentable. Debido a ello, el hecho de que los propietarios se mostraran contrarios a la promulgación de legislación sobre las mejoras (y que por tanto quisieran disponer de la máxima libertad contractual en relación a su pago) podía ser compatible con el hecho de que, en ciertos casos, se comprometieran a pagarlas (a veces con aparente gran generosidad) por medio de contratos privados[13]. Así, en las *Memorias y estados formados por los Registradores de la Propiedad* se indicaba en 1889 que:

> El Registrador de San Fernando [Cádiz] manifiesta que, existiendo en dicho Ayuntamiento propietarios de terrenos muy extensos, la mayor parte no los labran por sí, prefiriendo dividirlos en pequeñas suertes de una o dos hectáreas, que dan en arrendamiento por un plazo largo, generalmente de diez años, estipulando que el colono haga suyas las plantaciones y mejoras; y si a la conclusión del arriendo no conviniere a éstos continuar, el propietario del terreno habrá de abonar a los colonos el valor de aquellas mejoras y plantaciones, lo que rara vez acontece, pues esos contratos continúan después por la tácita reconducción hasta de padres a hijos, y por cesiones a otras personas. [...] Dichos arrendamientos [...] en el partido de Chiclana se denominan a *renta y mejora*, y se inscriben generalmente, puesto que en último término vienen a existir dos propietarios, uno del suelo y otro de las edificaciones, mejoras y plantaciones[14].

Seguramente, en Andalucía era poco habitual que se pagaran las mejoras (y menos aún que se pagaran con tal amplitud). En cambio, parece que sí fue

---

[13] Como veremos más adelante, el caso inglés proporciona una ilustración especialmente clara de una situación de ese tipo.

[14] DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS: *Memorias y estados formados por los Registradores de la Propiedad en cumplimiento de lo prevenido en el Real decreto de 31 de Agosto de 1886*, Madrid, Ministerio de Gracia y Justicia, 1889, tomo IV, p. 11. PAZOS GARCÍA, D., *La cuestión agraria de Irlanda y referencias a la de España*, Madrid, J. Ratés, 1908, p. 189, hace también una breve alusión a ello.

relativamente frecuente que, en muchas regiones españolas, durante la segunda mitad del siglo XIX y los primeros años del XX los propietarios recurrieran a un sistema que descansaba sobre una amplia indemnización por mejoras para plantar viñedos primero y, más tarde, para sustituir las cepas atacadas por la filoxera por vides americanas. El arrendatario aportaba el trabajo y corría con el resto de gastos necesarios para efectuar la plantación (o con la mayoría de ellos), pero cuando las vides comenzaban a dar uva la finca era dividida en dos lotes y, por sorteo, accedía gratuitamente a la propiedad de uno de ellos. Tal procedimiento se habría utilizado como mínimo en Canarias, Granada, Valencia y Extremadura[15]. Y en la zona naranjera valenciana arrendatarios y arrendadores llegaban a veces a pactos similares para roturar tierra de secano, convertirla en regadío y crear a continuación huertos de naranjos: el arrendatario realizaba todos los trabajos contando con un mayor o menor auxilio financiero por parte del dueño del terreno; mientras los árboles eran muy jóvenes, utilizaba la tierra para cultivar hortalizas; cuando comenzaba a cosecharse naranja, pasaba a ser propietario de una parte del huerto[16]. En los dos casos, ese acceso del cultivador a la propiedad de la tierra equivalía a una indemnización por mejoras. También en los dos casos, los arrendadores sacrificaban la propiedad de una porción de su finca para conseguir que, gracias a las mejoras efectuadas por el arrendatario, el resto experimentara una fuerte revalorización.

De manera similar, los propietarios de la tierra siempre han cargar con algunos inconvenientes como condición imprescindible para poder acceder a los beneficios que obtienen pagando por las mejoras. Inconvenientes del tipo: no poder expulsar a un arrendatario indeseado porque hay que indemnizarlo con una gran cantidad y no se dispone de ella; no poder subirle la renta (o sólo de manera muy moderada) como consecuencia de no poder expulsarlo; tener que comprar las mejoras para poder recuperar la "propiedad plena" de la explotación; en caso de vender la tierra, recibir por ella un precio menor del que se obtendría en caso de venderla libre de arrendatario, porque la cantidad que el comprador estará dispuesto a pagar difícilmente será superior al precio al que se vendería la finca si no tuviera arrendatario menos el precio

---

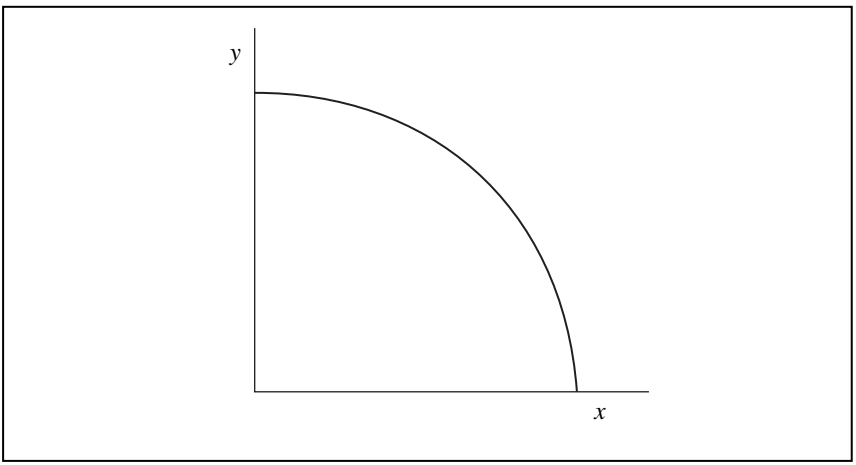
[15] DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS: *Memorias y estados*..., III, pp. 83 (sobre Canarias) y 24-25 (sobre Granada, donde si las viñas no prosperaban el arrendatario perdía "todas las expensas que hubiese hecho"); y IV, pp. 67-68 (sobre Valencia). Y PAZOS GARCÍA: *La cuestión agraria*..., p. 189 (sobre Extremadura). Véase sobre Valencia, GARRABOU, R., *Un fals dilema. Modernitat o endarreriment de l'agricultura valenciana, 1850-1900*, Valencia, Alfons el Magnànim, 1985, pp. 139-140; y PIQUERAS, J., *La vid y el vino en el País Valenciano*, Valencia, Alfons el Magnànim, 1981, pp. 161-167.

[16] GARRIDO, S., *Cànem gentil. L'evolució de les estructures agràries a la Plana de Castelló (1750-1930)*, Castellón, 2004, pp. 102-103. GARRIDO, S., "Oranges or 'lemons'? Family farming and product quality in the Spanish orange industry", *Agricultural History,* 84, n. 2 (2010).

de las mejoras; la amenaza de que, tras años de acumular mejoras, la familia arrendataria acabe siendo "más dueña" de la explotación que el propio dueño de la tierra.

En general, a mayores beneficios mayores inconvenientes. La Figura 1 sirve para ilustrar esa idea. En la figura, *y* son las ventajas que proporciona a los arrendadores el hecho de pagar indemnización, mientras que *x* son las ventajas que les proporciona el hecho de no pagarla (es decir: las ventajas que resultan de no tener que soportar las contrariedades asociadas al abono de las mejoras). Dependiendo de cuál sea su comportamiento respecto a la indemnización, los arrendadores pueden estar situados en cualquiera de los puntos de la curva. Los situados en el extremo inferior derecho de ésta no realizan ningún pago en absoluto; como consecuencia de ello, no tienen acceso a ninguna ventaja, pero tampoco están expuestos a ningún peligro. Evidentemente, a los situados en el extremo superior izquierdo de la curva les sucede todo lo contrario.

Figura 1.
Arrendadores e indemnización por mejoras



Los terratenientes españoles que entregaban la propiedad de una parte del viñedo o del naranjal a los arrendatarios que lo habían plantado estaban muy cerca de *y*. También lo estaban los arrendadores flamencos que en el siglo XVII alquilaban sus tierras en *régimen de mejora*: dos peritos escogidos por las partes (y un tercero en caso de desacuerdo) valoraban el terreno (que normalmente era de mala calidad) cuando el arrendatario se hacía cargo de él; al

acabar el contrato se hacía una nueva valoración y el arrendador pagaba la diferencia.[17] En el fondo, el fundamento de los contratos *à domaine congéable* de Bretaña era muy similar:

> *Le bail à domaine congéable est un bail par lequel un propiétaire concède à un tiers la jouissance de sa terre pour un temps déterminé ou même illimité, moyennant une redevance annuelle et aliène en même temps au profit du preneur la propieté des édifices ou superfices qui couvrent ou couvriront le fonds, mais en se réservant le droit de congédier le preneur, c'est-à-dire de l'expulser à l'expiration du terme à la condition de lui payer les valeur des édifices et superfices*[18].

Era mucho más frecuente, sin embargo, que los arrendadores dispuestos a abonar las mejoras se situaran en algún punto intermedio de la curva. Para conseguirlo, establecían un techo para la cantidad a pagar, sólo concedían indemnización por algunas mejoras, o fijaban alguna restricción de carácter temporal. Durante el siglo XIX, los terratenientes de Gran Bretaña y de Flandes solían utilizar, de manera simultánea, los tres procedimientos que se acaba de mencionar[19]. En Dinamarca el arrendatario saliente recibía en ocasiones una cantidad equivalente al aumento de valor en venta experimentado por la finca gracias a sus inversiones, y el derecho a recibir esa paga podía ser transmitido en herencia, pero expiraba a los 30 años de haber realizado "grandes mejoras" y a los diez de haber ejecutado "pequeñas mejoras"[20].

La promulgación de legislación que otorgue al arrendatario la propiedad de sus mejoras impedirá que los arrendadores puedan situarse en *x* (a condición de que si en los contratos existen cláusulas en las que se indica que se no abonará indemnización la ley no las considere válidas) y tenderá, en mayor o menor medida, a empujarlos hacia *y*. La presencia de ese tipo de legislación fue algo excepcional en la Europa del siglo XIX, para la que puede hacerse extensivo el siguiente comentario sobre el Código Napoleónico: *"La loi énumère les obligations du fermier, mais elle garde sur ses droits le silence le plus absolu"*[21]. Pero en muchos lugares surgieron costumbres que realizaban una función similar a la de las leyes.

---

[17] WESTON, R., *A discours of husbandrie used in Brabant and Flanders*, Londres, 1650, pp. 7-8. HARTLIB, S., *His legacie, or an enlargement of the discourse of husbandry used in Brabant and Flanders*, Londres, 1651. BLITH, W., *English improver*, Londres, 1649.

[18] PRACHE, L., *Étude sur la condition juridique et economique des fermiers*, Paris, 1882, p. 154.

[19] LAVELEYE, E., "The land system of Belgium and Holland", en PROBYN, J. W., ed., *Systems of land tenure in various countries*, Londres, 1876, pp. 224-225.

[20] British Parliamentary Papers. *Reports from her Majesty's representatives respecting the tenure of land in the several countries of Europe*, 1870, C.66, p. 192.

[21] PRACHE, *Étude*..., p. 55.

III. CUANDO LA LEY NO OBLIGABA A PAGARLAS, PERO LAS MEJORAS SE PAGABAN POR COSTUMBRE

A efectos prácticos, las costumbres que establecían que el arrendatario saliente tenía que ser indemnizado por mejoras pueden dividirse en dos grupos. Por una parte, las costumbres de tipo "débil", que presentaban tres rasgos principales: 1) las indemnizaciones a que daban derecho eran muy reducidas en relación al valor de la tierra; 2) si un propietario deseaba arrendar sus tierras sin someterse a lo establecido por la costumbre, ésta le permitía que lo hiciera; 3) cuando un arrendador (o un arrendatario) se había comprometido a respetarlas y después no lo hacía sólo se exponía a una pérdida de prestigio social. En segundo lugar, estaban las costumbres de tipo "fuerte", que en oposición a las anteriores se caracterizaban por: 1) como no fijaban topes para la indemnización (o establecían unos topes muy altos) daban derecho al cultivador a recibir unas cantidades que podían ser muy elevadas en relación al valor de la tierra; 2) si un propietario deseaba contratar al margen de la costumbre no era totalmente imposible que lo hiciera, pero sí solía ser muy complicado; 3) cuando los arrendatarios interpretaban que un propietario (u otro arrendatario) había violado las normas consuetudinarias, el transgresor tenía que hacer frente a las represalias de la comunidad (que solían incluir la marginación social y el uso de la violencia) aunque los tribunales le dieran la razón.

1. Una costumbre "débil": el *tenant right* inglés

Las costumbres "débiles" fueron, con gran diferencia, las que más abundaron, pero sabemos muy poco de ellas. Es el caso del *Pachters-regt* flamenco, "*qui consiste dans l'obligation imposée au fermier entrant de payer au fermier sortant la value des pailes et des fumiers que se trouvent sur la ferme, plus celle des engrais, arrière-engrais et récoltes en terre*"[22]. Como excepción, sobre *tenant right* inglés, otra costumbre de ese tipo, sí tenemos un conocimiento bastante preciso[23].

Lo habitual en Europa occidental durante el siglo XIX fue que la ley concediera libertad contractual a los arrendadores, pero la *common law* inglesa extendía ese principio hasta unos límites que no tenían parangón en los paí-

[22] LAVELEYE, E., *Essai sur l'économie rurale de la Belgique*, París, 1862, p. 96.

[23] La bibliografía básica sobre la cuestión puede encontrarse en MINGAY, G. E., "The farmer"; y en BECKETT, J. V., "Agricultural landownership and estate management", en *The Agrarian History of England and Wales*, vol. 7 (I), Cambridge, pp. 741-744.

ses continentales. Por ejemplo, el artículo 553 del Código Napoleónico establecía que cuando un arrendatario saliente hubiera hecho edificaciones o plantaciones sin que existiera acuerdo previo entre las partes, el dueño de la heredad podía quedarse con tales edificaciones o plantaciones, pagando indemnización por ellas, o podía obligar al arrendatario a que se las llevara. En Grecia, Wurtemberg, Italia, Bélgica, Holanda, Estados Unidos, Suecia, Sajonia o España sucedía lo mismo[24]. En Inglaterra, por el contrario, cualquier cosa que entrara en el suelo pasaba a pertenecer al *landlord*, que no tenía que pagar ninguna indemnización si quería conservarla[25].

Sin embargo, la "dureza" con que la ley inglesa trataba al arrendatario se vio en parte mitigada por la aparición del *tenant right*, que cobró forma mediante dos tipos de costumbres. La más antigua de ellas era la denominada *custom of the country*, que consistía en realidad en una yuxtaposición de costumbres similares pero no totalmente idénticas, puesto que cada condado (y en ocasiones cada comarca, o incluso cada finca) contaba con su propia *custom of the country*. El punto común de todas ellas era que el arrendatario saliente recibía una indemnización, que normalmente era pagada por su sucesor, por determinados trabajos (*acts of husbrandry*) realizados durante sus últimos meses en la explotación, por las cosechas pendientes o por el estiércol y la paja que estaba obligado a dejar en la granja. En Surrey, por ejemplo:

> The outgoing tenant receives from his successor the amount of a valuation, which includes "dressings and half dressings" of dung an lime, and sheep foldings, the expense of ploughings and fallows and lays, the value of "seeds", the underwoods down the stem, hay and straw at a feeding price[26].

En Gloucestershire los pagos incluían

> the expense of ploughings by the farmer for the benefit of his successor, and of carting and supplying the manure. The value of the manure itself is regarded as the property of the land[27].

Mientras que en Sussex

> The "inventory" consist of manures, and half-manures, rent, taxes, ploughings, and harrowings on land fallowed for wheat, the expense of any

[24] Según se indica en British Parliamentary Papers, *Reports from her Majesty's representatives*..., 1870, C.66, pp. 31, 88, 105, 154, 213 y 479; 1870, C.75, p. 355; y 1871, C.271, pp. 8 y 49.
[25] BROWN, A., *Law of fixtures*, Londres, 1875.
[26] CAIRD, *English agriculture*..., p. 119.
[27] *Ibid*., p. 32.

> green crop left for the incoming tenant, the growth of underwood in the hedges, the value of old lays, &c. The 'manures' mean those from which no crop has been raised; "half-manures" are those from which one crop has been produced. Lime is calculated in the same way. Old lays are such as have remained in grass over one year, and which by custom the tenant might have ploughed and cropped whit wheat. A year's rent of such lays is the usual allowance if the land is in fair condition, or less, according to its condition[28].

El objetivo de tales prácticas era evitar que se produjera una interrupción en las cosechas y en el "buen" cultivo de la tierra como consecuencia de que el cultivador que se marchaba tendiera a esquilmar el suelo, o que dejara de realizar ciertas labores (como sembrar o trabajar los barbechos) que sólo beneficiarían a quien lo sucediera al frente de la explotación. Eran unos procedimientos cuyo uso ya estaba fuertemente consolidado por gran parte de Inglaterra y Gales a finales del siglo XVIII[29], por lo que debían tener vigencia desde bastante antes. A partir de 1823 los peritos encargados de hacer las valoraciones dispusieron de un manual para aprender su oficio[30], y en 1828 se publicó una especie de vademécum en el que se explicaba la manera de practicar la costumbre en cada condado[31].

La segunda fase en el desarrollo del *tenant right* inglés comenzó alrededor de 1830 con la aparición de la llamada *Lincolnshire Custom*. Si presentaban documentos que demostraran que los arrendadores los habían autorizado a efectuar el gasto y las correspondientes facturas, en el futuro los arrendatarios del Condado de Lincoln serían indemnizados no sólo por *acts of husbandry*, sino también por *unexhausted improvements*. Es decir, por los efectos que las mejoras temporales (como fertilizar la tierra con guano, huesos en polvo o abonos químicos) y las mejoras de duración media (caso del drenaje) continuaban teniendo en el suelo en el momento que quien las había realizado abandonaba la explotación. El procedimiento seguido era siempre el mismo: por convención, se establecía para cada mejora un determinado número de años de vigencia; si cuando el arrendatario se marchaba no había finalizado ese periodo, de lo que se había gastado al hacer la mejora se le devolvía una parte proporcional. Así:

> When the landlord has found tiles, and the tenant has done the labour, if done within twelve months before the end of the tenancy, and no crop has

[28] *Ibid*, p. 131.

[29] Aparecen frecuentes alusiones al respecto en MARSHALL, W., *The review and abstract of the county reports to the Board of Agriculture*, Londres, 1818, 5 vols.

[30] BAYLDON, J. S., *The art of valuing rents and tillages*, Londres, 1823.

[31] KENNEDY, L., y GRAINGER, T. B., *The present state of the tenancy of land in Great Britain*, Londres, 1828.

been taken from land after the draining thereof is completed, the whole cost is allowed. If one crop has been taken from such land, three-fourths of the cost is allowed, and so on, diminishing the allowance by one-fourth for each crop taken[32].

Al poco de nacer, la *Lincolnshire Custom* comenzó a difundirse por otros condados. Por lo que parece, ello se produjo casi siempre gracias a que algún *landlord* de prestigio la adoptaba en sus fincas y a continuación era imitado por sus vecinos. Conocemos los casos de Frederick Knight, Sir Robert Peel o Tatton Sykes, que en la década de 1840 la introdujeron en sus posesiones de Somerset, Tamworth (Staffordshire) y East Riding[33]. Pero no fue una difusión fácil, y de hecho los tres personajes que se acaba de mencionar no encontraron imitadores. En 1848 los arrendatarios recibían indemnización por *unexhausted improvements* en cinco condados, en 10 en 1868, y en 14 en 1874[34]. Si nos quedamos sólo con este último dato, que es el que se suele citar, la impresión es que en 1874 la costumbre de Lincoln ya tenía vigencia en una porción sustancial del territorio inglés (Figura 2). Pero la realidad era muy distinta, porque lo usual es que no se aplicara en todo el condado, sino en algunos de sus distritos. Puede verse en la Figura 3.

2. Una costumbre "fuerte": la costumbre de la Huerta de Valencia[35]

En la provincia del Ulster (y más tarde en algunos condados de otras provincias irlandeses), en Picardía, en el Departamento del Norte francés, en el Hainaut belga o en la Huerta de Valencia el derecho de los arrendatarios salientes a recibir indemnizaciones estaba regulada en el siglo XIX por costumbres "fuertes". Algunas de ellas (el "droit de marché" de Picardía o el

[32] CAIRD, *English agriculture*..., p. 194.

[33] ORWIN, C. S., *The reclamation of Exmoor forest*, Londres, 1929, pp. 60-44. CAIRD, *British agriculture*..., pp. 245-246. Y British Parliamentary Papers, *Report from the Select Committee on Agricultural Customs*, 1848 (461), 7615.

[34] 1848: Derbyshire, Kent, Lincolnshire, Nottinghamshire y Surrey (British Parliamentary Papers, *Agricultural Customs*, 691, 3953, 1016, y 7888). 1868: Derbyshire, Gloucestershire, Huntingdonshire, Kent, Leicestershire, Nottinghamshire, Rutland, Staffordshire y Surrey (CADLE, C., "The farming customs and covenants in England", *Journal of the Royal Agricultural Society of England*, 4 (1868), pp. 144-175). 1874: Cambridgeshire, Cheshire, Dorset, Gloucestershire, Kent, Lincolnshire, Norfolk, Nottinghamshire, Oxfordshire, Staffordshire, Surrey, Wiltshire, North Riding y West Riding (MATTHEWS, A. H. H., *Fifty years of agricultural politics*, Londres, 1915, pp. 170-178).

[35] Este apartado es un primer avance de un estudio que estoy realizando sobre los arrendamientos en la Huerta de Valencia, que se basa en la consulta de más de medio centenar de libretas de arrendamiento (es decir, de las libretas en las que firmaban los propietarios de la tierra cuando los arrendatarios les pagaban la renta).

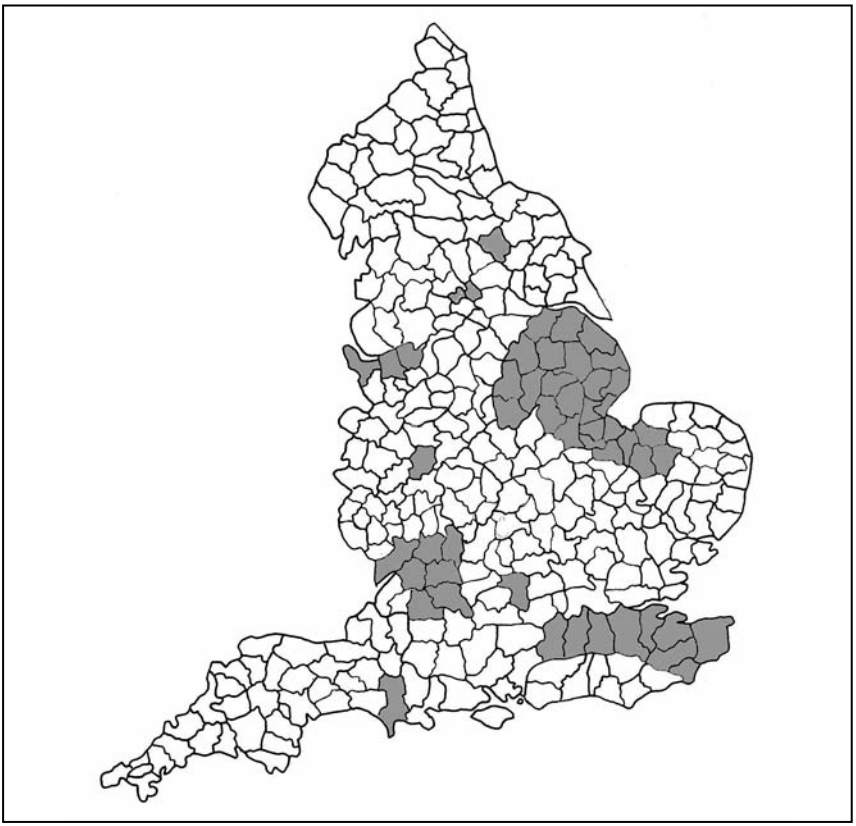
Figura 2.
Difusión de la *Lincolnshire Custom* por los condados ingleses en 1874

Fuente y notas: MATTHEWS, *Fifty years*..., pp. 170-170. La costumbre tenía vigencia en las demarcaciones sombreadas.

"mauvais gré" del Departamento del Norte y del Hainaut) ya existían en la Edad Media, mientras que la costumbre de la Huerta de Valencia había comenzado a cobrar forma a finales del siglo XVIII o principios del XIX. No ha sido frecuente que los investigadores hayan asociado ese tipo de fenómenos con la indemnización por mejoras[36], pero lo cierto es que: a) en el caso de la costumbre valenciana no hay ninguna duda de que sí existía una relación

[36] Véase, como ejemplo, las interpretaciones del *mauvais gré* mencionadas por HOFFMAN, P., *Growth in a traditional society*, Princeton University Press, 2003, p. 53.

Figura 3.
Difusión de la *Lincolnshire Custom* por los distritos ingleses en 1874



Fuente y notas: Las de la Figura 2.

estrecha y directa entre las indemnizaciones recibidas por el arrendatario y las mejoras; b) las costumbres de todos los lugares mencionados presentaban una tipología muy similar, lo que hace sospechar que todas ellas descansaban en la indemnización por mejoras (o con mayor exactitud: *que todas ellas habían descansado en origen* en la indemnización por mejoras, aunque en ocasiones ello pudiera quedar con posterioridad más o menos desdibujado); y c) hubo observadores contemporáneos que relacionaron todas las costumbres citadas con las mejoras. Por ejemplo, del *mauvais gré* se escribía en 1910 que:

> In the *Région du Mauvais Gré* compensation for improvements effected by the last tenant is expected from the incoming tenant. If he will not make

> the required payment, the demand cannot be enforced in a Law Court, but he will be boycotted by all his neighbours, and mysterious damage will be done to his cattle and other property till he complies[37].

En la Huerta de Valencia los arrendatarios se consideraban propietarios de todas las mejoras que realizaban. En consecuencia, también consideraban que el dueño de la tierra no tenía legitimidad para aumentarles la renta como consecuencia de esas mejoras. En directa relación con ello, fue frecuente que la renta permaneciera inalterada en términos nominales durante periodos muy largos (que llegaban a ser en ocasiones de 50, 60 o incluso más años). Si el cultivador abandonaba la finca, había de ser indemnizado por sus mejoras. Pero no era habitual que el cultivador abandonara la finca, porque los arrendamientos solían transmitirse de padres a hijos (lo que significa que, en el momento de realizar el cambio, los hijos accedían a la propiedad de las mejoras efectuadas por sus padres). Si el arrendatario obtenía el permiso del propietario del terreno, podía vender a otro arrendatario sus derechos de propiedad sobre las mejoras. Aunque los arrendatarios se resistían a ser expulsados, solían abandonar la finca sin resistencia si su arrendador los indemnizaba por mejoras y pasaba a cultivarla con sus propios brazos. Para calcular el valor de las mejoras, durante el siglo XIX solía recurrirse a un peritaje, pero durante el siglo XX fue cada vez más frecuente que se considerara por convención que era un valor equivalente a la mitad del precio que la tierra alcanzaría en el mercado si se vendía libre de arrendatario. Dado que los contratos eran renovados por tácita reconducción año tras año, de acuerdo con lo establecido por la ley los propietarios podían expulsar a sus arrendatarios (sobre todo si se negaban a aceptar un aumento de la renta) con la única condición de avisarlos con un año de antelación; si los arrendatarios no se marchaban, los tribunales los obligaban a hacerlo cuando los arrendadores se lo solicitaban; pero los arrendadores no solían utilizar ese recurso, porque en caso de hacerlo no encontraban a ningún cultivador sustituto, por la solidaridad entre los arrendatarios y porque, como resultado de esa solidaridad, quien aceptaba actuar como sustituto era considerado un esquirol por sus vecinos y tenía que aguantar represalias violentas[38].

---

[37] ROWNTREE, B. S., *Land and labour: lessons from Belgium*, Londres, 1910, p. 130.

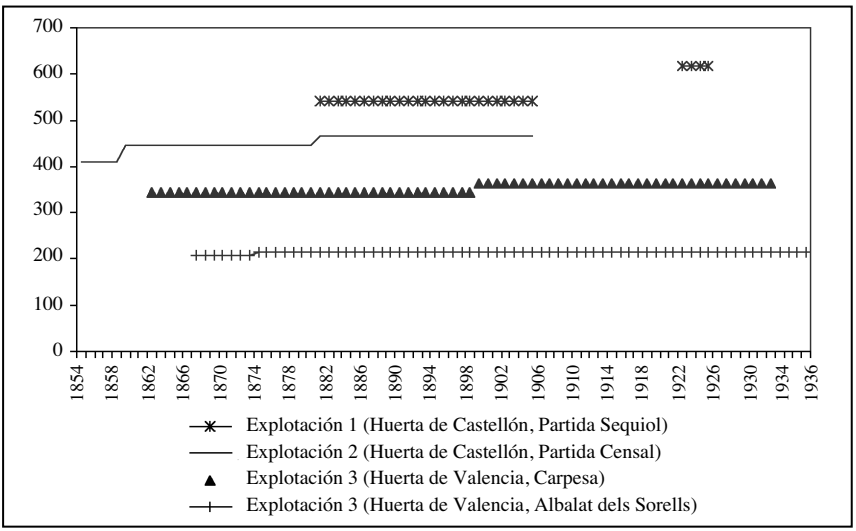
[38] Para hacer estas afirmaciones me baso principalmente (además de en las libretas mencionadas en la nota a pie 35) en las siguientes fuentes: British Parliamentary Papers: *Reports*..., 1870, C.271, pp. 56-57. ORELLANA, P. de, *Memoria sobre el colonato en Valencia*, Valencia, 1886; MONFORTE BÁGUENA, A., *Los contratos acerca de la tierra en Valencia. Su presente, pasado y porvenir*, Valencia, 1922. APARISI, J. M., *Consideración especial de la locación en Valencia*, Valencia, 1932. GARRIDO JUAN, R., *El arrendamiento consuetudinario valenciano*, Valencia, 1943.

La Figura 4 ilustra uno de los resultados de todo ello. En la figura aparece la evolución de la renta en dos fincas de la Huerta de Castellón y en dos fincas de la Huerta de Valencia, y lo que se deduce de la comparación entre las cuatro series es coherente con el resto de información de la que dispongo al respecto: la renta solía ser más baja en la Huerta de Valencia (pese a la proximidad geográfica de la gran ciudad, la mayor presión demográfica y el cultivo más intensivo) que en el resto del regadío del País Valenciano, una situación que tendió a acentuarse a lo largo del tiempo como consecuencia de las mayores dificultades de los propietarios de la Huerta de Valencia para actualizar los pagos que recibían.

Desde finales del siglo XIX las rentas comenzaron a experimentar una sustancial caída en términos reales, que se acentuó como consecuencia de la fuerte inflación experimentada por la economía española durante los años de la primera guerra mundial. Como resultado, desde principios del siglo XX los propietarios se mostraron cada vez más propensos a vender la tierra, pero solían tener dificultades para encontrar un comprador que no fuera el arrendatario:

> Las ventas de tierras arrendadas presentan dificultades casi insuperables, pues los herederos de los arrendatarios que recibieron la tierra por distribu-

Figura 4.
Renta de cuatro explotaciones (en pesetas corrientes por hectárea)



Fuente: Archivo particular de D. Rafael Ribés.

> ción de sus ascendientes, y hasta con menciones testamentarias, no quieren separarse de sus fincas, y el dueño necesitado de enajenaciones patrimoniales no encuentra comprador mientras el colono no da su conformidad; y así vemos que éstos llegan a la amenaza y a la violencia, habiéndose dado varios casos de heridas y de muertes por cuestiones de riego, de aumento del arriendo o de venta de fincas arrendadas[39].

Eran los arrendatarios, pues, quienes solían actuar como compradores, pero adquirían la tierra a un precio muy inferior al de su "valor de mercado". Aparici ofrece una explicación que peca seguramente de tremendismo, pero que concuerda en sus líneas generales con lo que conocemos a través de otros testimonios:

> Un arrendador quiere vender y llama a su arrendatario ofreciéndole la compra de la tierra a un tipo por bajo del valor de cada hanegada[40] (...) El huertano contesta que el precio no es admisible y alega que el bisabuelo y tatarabuelo del dueño la adquirió por mucho menos y que el colono, con su trabajo, quitó zarzales, mató serpientes y alimañas, que con su esfuerzo hizo la tierra llana para el regadío y que todas las mejoras se le deben (...) Se aviene el dueño a descontar del precio pedido una cantidad en concepto de indemnización por las mejoras, pero el labrador mantiene su oferta muy por bajo del valor de mercado.

Seguidamente, "el labrador hace llegar la voz de lo que le ocurre a los posibles compradores, entre los demás colonos, entre los corredores de fincas, etc, con la advertencia tácita de que hay pena de vida para el que compre aquella tierra". Como nadie se atreve a comprar, el dueño cede ante las pretensiones del arrendatario, que casi al mismo tiempo vende "una, dos, tres hanegadas de las compradas, y las vende al precio supremo del mercado, es decir, si ha comprado al dueño a 500 pesetas hanegada, la vende a 2.500 o a 3.000, y con este dinero paga la totalidad de su compra"[41].

La tendencia a que la propiedad de la tierra cambiara de manos se acentuó durante la década de 1920 y, de nuevo, en el periodo inmediatamente posterior al final de la guerra civil. Se ha calculado que hacia 1880 se explotaba en régimen de arrendamiento entre el 80 y el 90 por 100 de la Vega de Valencia, y que entre entonces y los primeros años de la década de 1960 los arrendatarios adquirieron alrededor del 65 por 100 de la superficie total de cultivo[42].

---

[39] APARICI, *Consideración especial sobre la locación*..., p. 42.
[40] Una hanegada comprende 831 m^2. Equivale por tanto a la doceava parte de una hectárea.
[41] APARICI, *Consideración especial sobre la locación*..., pp. 43-44.
[42] GARRIDO y CALATAYUD, "The price of improvements...".

Más que insistir en esos aspectos, sin embargo, lo que aquí me interesa es realizar un comentario sobre la Ley de Arrendamientos Históricos Valencianos de 15 de diciembre de 1986[43]. Según su artículo primero, el objeto de dicha ley es "regular, como institución propia del Derecho Civil Valenciano, los arrendamientos históricos constituidos desde tiempo inmemorial y regidos por la costumbre". Cuando la ley se promulgó, ese tipo de arrendamientos, los característicos de la zona situada alrededor de la capital, tenían muy escasa presencia, porque en 1972, como consecuencia del proceso de venta de la tierra a los arrendatarios al que nos acabamos de referir, ya se explotaba de manera directa el 95,5 por 100 de la Huerta de Valencia[44]. Pero los relativamente pocos arrendamientos subsistentes estaban provocando fuertes conflictos. Era usual que estuviesen constituidos sobre tierra rústica susceptible de ser recalificada, por lo que los propietarios, que cobraban unas rentas casi simbólicas, pretendían desahuciar a los cultivadores, que a su vez se resistían a ello esgrimiendo los derechos que les concedía la costumbre.

De acuerdo con la Ley de Arrendamientos Históricos Valencianos, el propietario puede recabar para sí el cultivo de la finca, pero a condición de practicarlo de modo personal y directo durante un periodo de al menos diez años y de entregar al arrendatario una compensación equivalente a la mitad del valor de la finca (artículos 6 y 7). Si como consecuencia de la modificación en la calificación del suelo ha de cesar la actividad agraria de su cultivador, este recibirá, según los casos, el 50 o el 40 por 100 del plus valor de la enajenación del suelo urbanizable (artículos 5 y 3). Estos extremos resultan, por tanto, totalmente coherentes con la costumbre a la que la ley pretende ajustarse. Pero sucede que: a) en el momento de redactarse la ley apenas se tenía conocimiento de como funcionaba la costumbre; b) El legislador utilizó, según se indica en la exposición de motivos de la ley, los estudios de Monforte Báguena y de Garrido Juan, publicados en 1922 y 1944, como fuente de información[45]; c) de ambos estudios se desprende que el pago de las mejoras era un aspecto básico de la costumbre, pero ese extremo ni siquiera es mencionado por la ley; d) en cambio, la ley acepta como uno de sus fundamentos algo que Monforte y Garrido Juan afirmaban sin aportar pruebas convincentes:

> No hay noticia exacta [se lee en la citada exposición de motivos] de lo que aconteció en el Antiguo Reino de Valencia durante el siglo XVIII en el

[43] *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana* n. 489, 18 diciembre 1986. *Boletín Oficial del Estado* n. 14, 16 enero 1987.

[44] INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Censo agrario de España*, Madrid, 1972.

[45] MONFORTE, *El problema agrario...*; GARRIDO JUAN, *El arrendamiento consuetudinario...*

> tema de la adaptación al Derecho Castellano de una serie de Instituciones que venían siendo regidas, desde cinco siglos antes, por el desaparecido Derecho Foral, borrado de golpe, al menos sobre el papel, por los Decretos de Nueva Planta (...)
>
> No obstante lo anterior, consuetudinariamente y en la práctica habitual y cotidiana quedaron al menos vestigios o retazos del antiguo régimen foral (...).

En pocas palabras: se consideraba que la costumbre a la que ahora se daba rango de ley era un vestigio del régimen foral. Lo que no parece ser cierto. En realidad, la costumbre parece haber nacido durante el tránsito del siglo XVIII al XIX, y, aunque ya estaba claramente perfilada a mediados del ochocientos, adquirió robustez como consecuencia de la revuelta (la "huelga de rentas") protagonizada en 1878-79 por los labradores de la Huerta[46]. Monforte Báguena (cuyo libro fue originalmente una tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de Valencia) tuvo gran parte de responsabilidad en la creación del equívoco. Monforte partía de la constatación de que, en relación a los arrendamientos:

> existe en el antiguo reino de Valencia una realidad jurídica (entendiendo por tal el conjunto de reglas y normas prácticamente guardadas con carácter de generalidad) divorciada en muchos casos y en otros contrariando los preceptos y doctrinas de la legislación escrita [es decir, de lo establecido por el Código Civil de 1889][47].

Según su manera de razonar, si ello era así *tenía que ser* porque lo establecido por el régimen foral continuó siendo respetado en el campo valenciano después de la Nueva Planta. El problema de tal tesis, sin embargo, no es sólo que Monforte, como ya se ha indicado, no consiguiera demostrarla, sino que otros investigadores que con posterioridad han abordado la cuestión no han encontrado rastros de que en los Fueros se dijera nada de lo que Monforte supone, sino más bien lo contrario[48]. Lejos de ser una antigua ley que con-

---

[46] Véase, sobre los efectos de la "huelga de rentas", MILLÁN, J., "Triunfo y límites de la propiedad en el arrendamiento valenciano", en *Historia de la Propiedad. Costumbre y prescripción. IV Encuentro Interdisciplinar*, Madrid, Fundación Registral, 2005, pp. 406-410.

[47] MONFORTE, *El problema agrario*..., pp. 3-4.

[48] Desamparados LLOMBART indica que parece poco probable que lo establecido sobre los arrendamientos en el derecho foral valenciano continuara aplicándose por costumbre, ya que muchas de las reglas de la costumbre "diferían bastante de las propias reglas de los Fueros, como por ejemplo aquélla que disponía que 'lo lloguer se romp per venda', la cual fue atemperada por la costumbre valenciana, que estableció la regla opuesta" ("El arrendamiento consuetudinario valenciano. Su evolución en la historia de los arrendamientos rústicos en nuestra Península", en AMAT, P, coord., *Arrendamientos Históricos Valencianos*, Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, 2004, p. 68). Por su parte, Manuel V. FEBRER afirma que los Fueros no daban dere-

tinuó aplicándose después de su abolición gracias a adquirir la categoría de costumbre, la costumbre de la Huerta fue en realidad una práctica social contraria a la ley que era respectada como consecuencia de la presión ejercida por los arrendatarios, pero que acabaría adquiriendo en 1986 (por lo que se refiere a algunos de sus aspectos) la categoría de ley.

IV. CUANDO LAS LEYES QUE OBLIGABAN A PAGAR NO ERAN RESPETADAS POR LOS PROPIETARIOS[49]

Por lo que se deduce de los extensos *Reports from her Majesty's representatives respecting the tenure of land in the several countries of Europe*, elaborados en 1869-1870, las primeras disposiciones legales que se promulgaron en la Europa contemporánea con objeto de otorgar a los arrendatarios la propiedad de las mejoras, y de obligar a los arrendadores a pagarlas, aparecieron en un código regional griego, el Código Civil Jonio de 1841[50]. La *Landlord and Tenant Act* estableció algo similar para Irlanda en 1870. Como ahora veremos, Inglaterra y Gales comenzaron a sumarse a esa tendencia a partir de 1875, mientras que (con la excepción griega mencionada) los países de la Europa continental sólo lo hicieron a lo largo del siglo XX[51].

Cuando se promulga una ley que restringe de alguna manera la libertad contractual en relación a cómo explotar de la tierra es previsible que los propietarios traten de aprovechar sus resquicios para no tener que cumplirla. Es eso, por ejemplo, lo que ha ocurrido en los países asiáticos donde se han promulgado leyes de reforma agraria[52]. Los intentos de cerrar esos resquicios actuarán como un aliciente para que los dueños de la tierra traten de expulsar a sus arrendatarios o aparceros antes de que el procedimiento se encarezca demasiado, como ha sucedido en América Latina[53]. Y si también se les cierra esa posibilidad es muy probable que acaben vendiendo sus fincas a quienes las cultivan, como sucedió en Irlanda como consecuencia de la reforma agraria que se inició con la antes mencionada *Landlord and Tenant Act* de

---

cho al arrendatario a pedir indemnización por mejoras (*Dominio y explotación territorial en la Valencia foral*, Valencia, Universitat de València, 2000, p. 239.

[49] Lo que digo en este apartado se basa en GARRIDO, S., "Property rights, improvements, and fixed-rent contracts. A comparative analysis of English tenant right", en prensa.

[50] British Parliamentary Papers, *Reports*..., 1870, C.66, pp. 47 y 55-57.

[51] VATTIER, C., *Las mejoras en el arrendamiento rústico. Estudio de Derecho Comparado*, Salamanca, Publicaciones del Departamento de Derecho Civil, 1978.

[52] HAYAMI, Y. y OTSUKA, K., *The economics of contract choice*, Oxford, 1993, pp. 101-103.

[53] RAY, D., *Development economics*, Princeton University Press, 1998, p. 418.

1870[54]. En Inglaterra esa secuencia no acabó con una venta masiva de la tierra a los arrendatarios, pero en 1875 se promulgó una ley muy permisiva sobre el pago de las mejoras que tuvo que sufrir constantes modificaciones durante las décadas siguientes para conseguir que las mejoras realmente se pagasen.

Los primeros intentos para lograr que la indemnización por mejoras dejara de depender de una costumbre "débil" y se convirtiera en una obligación legal se remontan en Inglaterra a la década de 1840, cuando se hizo una campaña nacional pidiendo una ley inspirada en la *Lincolnshire Custom*[55]. Pero los propios terratenientes de Lincoln se opusieron a ello, porque no deseaban perder el amplio margen de discrecionalidad que su costumbre les permitía sobre la cuantía de la indemnización a abonar, o sobre el mismo hecho de pagar indemnización o no.

Alrededor de 1870 comenzó otra campaña con el mismo objetivo, y en 1875 se promulgó por fin la *Agricultural Holdings Act* (AHA), que establecía el derecho de los arrendatarios a ser indemnizados por sus mejoras y fijaba una única escala de indemnización para toda Inglaterra y Gales. Pero daba libertad para que los propietarios se acogieran a ella o no, y entre los contemporáneos existe un gran consenso al afirmar que la mayoría de propietarios prefirieron no acogerse.

Para corregir esto último, en 1883 se promulgó una segunda AHA, cuyo cumplimiento era ahora obligatorio. Pero para suavizar esa obligación se permitían cuatro vías distintas para que los arrendatarios accedieran a la indemnización: la AHA de 1883, la AHA de 1875, la *custom of the country* (que hay que recordar que consistían en una multitud de normas diferentes) y por acuerdo privado entre arrendador y arrendatario. La ley ordenaba el retorno, pues, a una situación caracterizada por la yuxtaposición (y ahora también superposición) de normas distintas.

Por otra parte, fue muy frecuente que los arrendatarios se quejaran de que cuando querían acceder a las indemnizaciones contempladas por las dos AHA los arrendadores respondieran con una denuncia por incumplimiento de las cláusulas de los contratos y que les exigieran el pago de una penalización

---

[54] La bibliografía sobre la reforma agraria irlandesa es inmensa. T. GUINNANE y R. MILLER mencionan los trabajos principales y argumentan que los efectos de la reforma fueron irrelevantes en términos de crecimiento económico ("The limits to land reform: the land Acts in Ireland, 1870-1909", *Economic Development and Cultural Change*, 45, n. 3 [1997], pp. 591-612). Más recientemente, K. O'ROURKE ha defendido, de manera muy convincente, todo lo contrario ("Property rights, politics and innovation: creamery diffusion in pre-1914 Ireland", *European Review of Economic History*, n. 11 [2007], pp. 395-417).

[55] McQUISTON, J., "Tenant right: farmer against landlord in Victorian England", *Agricultural History*, 47, n. 2 (1973), pp. 95-113.

de cuantía superior a lo que ellos habían pedido por mejoras[56]. Tal cosa era posible porque, de manera similar a lo que Ricardo Robledo ha explicado sobre Castilla La Vieja y León[57], los contratos de arrendamiento ingleses estaban llenos de cláusulas indicando qué podía cultivarse en la finca y qué no. Al contrario que en Castilla, sin embargo, lo usual en Inglaterra es que los cultivadores dispusieran en la práctica de una gran libertad de acción, dado que las cláusulas restrictivas sólo eran un mecanismo de defensa utilizado por los propietarios para alejar la posibilidad de que sus arrendatarios hicieran un uso negligente o abusivo de la tierra, sobre todo durante el periodo final de su estancia en ella: sólo se denunciaba por su incumplimiento a quienes habían provocado daños en la finca. Pero tras la promulgación de las AHA tales cláusulas pasaron a ser un instrumento para disuadir a los arrendatarios salientes de solicitar la indemnización que por ley les correspondía.

Es por ello que la AHA de 1906 anuló su validez, excepto durante el último año de vigencia del contrato. Además, esta ley también concedía al arrendatario derecho a ser indemnizado cuando fuera expulsado por un motivo distinto al mal cultivo de la tierra. El motivo era el siguiente: si un propietario solicitaba un incremento de la renta como condición para renovar el contrato, los arrendatarios estarían dispuestos a aceptar la subida si consideraban que abandonar la explotación, buscar otra y trasladarse a ella les representaría unos gastos mayores; pero ello también regía en los casos en que los propietarios quisieran confiscarles la propiedad de las mejoras por medio de una subida de la renta. Lo que pretendía la ley de 1906, pues, era encarecer los desahucios para que ningún cultivador tuviera que pagar una renta más elevada como consecuencia de sus propias mejoras. Aunque tuvo escaso éxito. La AHA de 1910, y la de 1914 de manera más estricta, extendió el pago de la indemnización por desahucio a los arrendamientos que finalizaban como consecuencia de la venta de la heredad. La AHA de 1920 continuó profundizando en esa dirección, y la *Agricultural Act* de 1947 lo hizo de nuevo, siempre en un intento de cegar las escapatorias utilizadas por quienes habían conseguido incumplir sin penalización las normas anteriores.

V. ALGUNOS APUNTES SOBRE EL CASO ESPAÑOL

Desde un punto de vista legal, al comenzar el siglo XIX la indemnización por mejoras continuaba estando regulada en España por lo establecido en Las

[56] Por ejemplo, British Parliamentary Papers, Royal Commission on Agriculture, *Final report*, 1897, C.8540, pp. 109-119.

[57] ROBLEDO, *La renta de la tierra*..., p. 82.

Partidas[58]: los propietarios tenían que pagar las mejoras introducidas por sus arrendatarios, a no ser que en el contrato se hubiera especificado una cosa distinta[59]. El Decreto de las Cortes de Cádiz de 8 de junio de 1813 (de nuevo en vigor a partir de 1836), sin hacer ninguna mención expresa a las mejoras, creó confusión. Por una parte, en su disposición segunda hacía una defensa de la libertad contractual en la línea del Código Civil francés. Pero a continuación indicaba en su disposición décimo primera que:

> Se observará puntualmente todo lo demás que se halla prevenido por las leyes á favor de los labradores y ganaderos, en quanto no sea contrario a lo que se manda en este decreto.

¿Qué ocurría con lo indicado en La Partidas sobre las mejoras? Si un arrendatario las había hecho en ausencia de acuerdo previo, ¿a quién pertenecían? Durante los años siguientes fue frecuente que la doctrina jurídica se decantara hacia el lado del dueño de la tierra[60]. El Proyecto de García Goyena de 1851 se situó en esa línea, aunque sin hacer desaparecer la confusión por completo como consecuencia de la alusión al "permiso tácito" del propietario:

> El arrendatario tendrá derecho a reclamar del dueño el importe de las mejoras útiles, si éste prestó para ellas su consentimiento, ya expreso, ya tácito. Si el dueño no quiere abonar las mejoras, el arrendatario podrá retirarlas, siempre que no cause detrimento en la cosa, dejándola en su primer estado. Si las quiere el dueño, tiene el deber de abonar su importe, a su elección, atendido el tiempo en que se realizaron, o al en que las recibe (Art. 1.507).

Como es sabido, el Código Civil aclaró en 1889 cualquier duda. En su artículo 1.573 concede al arrendatario los mismos derechos que al usufruc-

---

[58] Es lo que se desprende de lo indicado por VATTIER, *Las mejoras*..., pp. 15-18.

[59] La Partida 5.8.24 decía textualmente: "Mejoras a las vegadas los arrendadores lo heredamientos et las otras cosas que tienen arrendadas, faciendo hi labores o cosas de nuevo, o plantando árboles o viñas, por que la cosa vale más de renta a la sazon que la dexan que quando la tomaron. Et porque es derecho que asi como quando daño facen en la cosa arrendada que sean tenudos de la mejorar, bien asi les debe ser conoscido et gualardonado el mejoramiento que hi fecieren; et por ende decimos quel señor tenudo es de darle las misiones que fizo en aquellas cosas que mejoró, ó de gelas descontar del arrendamiento, fueras ende si en el pleyto del arrendamiento fuese puesto que feciese de lo suyo tales labores ó mejorias como estas que desuso deximos; ca enconce serie tenudo á guardar el pleyto segunt que fue puesto". *Las siete partidas del Rey Don Alfonso el Sabio, cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia. Tomo Tercero*, Madrid, Imp. Real, 1807, p. 232.

[60] VATTIER, *Las mejoras*..., pp. 17-18.

tuario, que no tiene derecho a indemnización, pero sí a retirar las mejoras en caso de que ello no perjudique al bien (artículos 487 y 488). Se había experimentado, en definitiva, una inversión respecto a lo indicado en Las Partidas: si no existía acuerdo previo diciendo lo contrario, ahora todas las mejoras que no pudieran separarse de la finca pertenecían al dueño de ésta. Con mucha timidez, el Decreto Ley de la Dictadura de Primo de Rivera de 24 de 21 de noviembre de 1921 comenzó a corregir esa situación: previo informe del Centro Agronómico provincial, el arrendatario podría realizar mejoras útiles sin permiso del arrendador (artículo 15), y tendría derecho a recibir indemnización por ellas, pero "sin que en ningún caso pueda exceder su cuantía abonable del 10 por 100 de la suma de las rentas pagadas durante el plazo del contrato y el tiempo de su prórroga forzosa" (artículo 16).

Aunque la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935 avanzó en la misma dirección, lo hizo de manera casi imperceptible: la cuantía exigible por el arrendatario no podría exceder ahora "de la sexta parte de la renta percibida durante toda la duración del arriendo" (artículo 22). Después de la guerra civil, la Ley de Arrendamientos Rústicos de 28 de junio de 1940 (por la que se volvía a poner en vigor, con algunas modificaciones, la de 1935) indicaba que "se liquidarán las mejoras según la legislación vigente en la época en que se realizaran" (disposición transitoria quinta). La Ley de 23 de julio de 1942 no hacía ninguna alusión al asunto. Y en el Decreto de 29 de abril de 1959 se restablecía (artículo 19.5) la sexta parte de la renta global como techo que no podría ser superado por la posible indemnización.

Por primera vez, la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 se situó claramente del lado del arrendatario, quien, con informe favorable del IRYDA, estaba facultado para ejecutar mejoras útiles incluso si el arrendador se oponía (artículo 60), y al marcharse podría optar por pedir al arrendador el reembolso de su coste o por exigirle el abono del mayor valor que tuviera la finca a causa de ellas (artículo 62). La Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003, por último, ha significado una cierta vuelta atrás, porque se acepta como válido cualquier pacto al que hayan llegado las partes, aunque en ausencia de pacto las mejoras útiles han de indemnizarse aplicando el régimen establecido por el Código Civil para el poseedor de buena fe (artículo 21), y por tanto de manera similar a lo que disponía el artículo 62 de la Ley de 1980.

¿Cómo ha sido de estrecha, a lo largo del tiempo, la correspondencia entre lo fijado la legislación y lo que sucedía en realidad? Por desgracia, no lo sabemos de manera precisa, porque es un asunto al que se ha prestado escasa atención. Seguramente debido a ello, se conocen pocas fuentes que puedan ayudar a esclarecer la cuestión, y las conocidas son a menudo excesivamente imprecisas, hacen generalizaciones abusivas o incurren en con-

tradicciones. En el apéndice a este trabajo reproduzco lo indicado en dos de esas fuentes.

En otra de ellas, la información publicada entre 1889 y 1893 por la Comisión de Reformas Sociales, se dice de manera inequívoca que *sí era habitual* indemnizar por mejoras en la Huerta de Valencia, Alcoi (Alicante), Pedro Bernardo (Ávila), Linares (Jaén), Astudillo (Palencia), y la provincia de Vizcaya[61]. Que *sólo se pagaban de manera excepcional* en la provincia de Ávila, en la de Burgos, en la de Cáceres y en la de Palencia[62]. Mientras que en Asturias *se pagaban a veces* (aunque no queda claro con qué frecuencia): "Suelen ser objeto de indemnización las mejoras (plantíos, roturaciones, cercados) que el colono hace con la autorización del dueño". Como de Navarra se da información (aunque muy escueta) sobre un número elevado de localidades, queda claro que la diversidad podía ser muy elevada incluso en áreas geográficas relativamente reducidas: sí acostumbraban a pagarse en Cascante, Lodosa, Tafalla y Villafranca; en Puente la Reina "depende del convenio al arrendar la finca"; pero en Fitero, Losarcos, Peralta, Roncal, Tudela y Viana no solía abonarse[63].

Teniendo en cuenta que la información fue recopilada antes de la entrada en vigor del Código Civil, tiene gran importancia saber que "si alguna vez" el arrendatario hacía mejoras en Ávila era "mediante contrato con el propietario, con quien conviene entonces la forma de la indemnización". Que en Cáceres, "salvo en caso excepcional y en que así se haga constar en el contrato, por lo demás no indemniza el dueño al arrendatario las mejoras hechas por este en la finca". Y que en Plasencia "el dueño de la finca abona las mejoras hechas por el arrendatario si a ello se obligó al contratar, pero de otra manera no, porque se entiende que al verificarlas el arrendatario se prometió de ellas una utilidad igual o superior a su coste"[64]. Dado que aún estaba en vigor lo ordenado por Las Partidas, se supone que tendría que haber ocurrido lo contrario de lo que se dice: en ausencia de trato, el cultivador tendría que haber recibido indemnización. ¿Realmente tenían, en la práctica, vigencia Las Partidas? En cualquier caso, parece desprenderse de lo indicado que en todos los lugares citados existía una costumbre sobre el pago de las mejoras: la costumbre de no pagarlas. ¿Cuáles eran las

---

[61] *Reformas Sociales. Información oral y escrita publicada de 1889 a 1893*, Madrid, Ministerio de Trabajo, 1985, 5 vols. Las menciones a los lugares citados pueden encontrarse, respectivamente, en III, p. 124; IV, pp. 78 y 298; V, pp. 181, 567 y 617.

[62] *Reformas Sociales*..., IV, pp. 240, 379 y 479; V, p. 567.

[63] *Reformas Sociales*..., V, pp. 316-322.

[64] *Reformas Sociales*..., IV, pp. 240, 479 y 541. En Villarcayo (Burgos) "no tiene lugar la indemnización, a menos que cuente con la voluntad del dueño" (IV, p. 457).

normas que gobernaban esas "costumbres en negativo"? ¿Cabe también dividirlas entre "débiles" y "fuertes"?

Por otra parte, lo dicho en el párrafo anterior nos advierte de un peligro. Los historiadores suelen recurrir a los protocolos notariales para estudiar las características de los contratos agrarios. Pero, con toda probabilidad, la inmensa mayoría de contratos de arrendamiento eran simplemente verbales a lo largo del siglo XIX y de las primeras décadas del XX[65]. También con toda probabilidad, cuando se acudía al notario solía ser a causa de la presencia de alguna circunstancia poco frecuente, como por ejemplo que se arrendase alguna finca de gran tamaño o de excepcional valor, que el propietario quisiera tener plenas garantías de poder desahuciar al cultivador de manera muy rápida, o que alguna de las partes desease la constancia en documento público de asuntos relacionados con el pago o con el no pago de las mejoras. Antes de la entrada en vigor del Código Civil de 1889, pues, que se diga en los contratos de arrendamiento que las mejoras sí se abonarán puede ser en realidad un indicio de en el lugar donde estaba enclavada la explotación existía la costumbre de no indemnizarlas. En Valencia, mientras tanto, se ha detectado que durante los años finales del ochocientos aumenta el número de contratos escriturados en los que se indica que el arrendatario no tendrá derecho a indemnización: como el Código Civil las había hecho innecesarias, ese tipo de cláusulas confirman que lo usual allí era pagar indemnización.

VII. EPÍLOGO

La explicación que en los informes recopilados por la Comisión de Reformas Sociales se daba al hecho de que en Ávila no fuera frecuente indemnizar por mejoras era que "el colono rara vez aquí, por no decir nunca, realiza mejoras en las fincas que lleva en colonia". De manera similar, de la provincia de Palencia se dice "que el arrendatario no suele hacer mejoras en las fincas arrendadas"[66]. ¿Funcionaba así la causalidad, o quizá actuaba en sentido contrario? ¿No se pagaban las mejoras porque no se hacían, o no se hacían porque no se pagaban? Exponiendo una opinión que era compartida por

[65] CARMONA, J., y SIMPSON, J., *El laberinto de la agricultura española. Instituciones, contratos y organización entre 1850 y 1936*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2003, p. 128. Hacia 1870, en la Huerta de Gandía (donde la mayoría de la tierra se explotaba en régimen de arrendamiento) sólo se escrituraba anualmente alrededor del 1 por 100 de los contratos que se iniciaban o se renovaban; GARRIDO y CALATAYUD, "La compra silenciosa...", p. 97. De los protocolos de notarios de Valencia que he consultado, deduzco que el porcentaje aún debía ser menor en la Huerta de Valencia.

[66] *Reformas Sociales*..., IV, p. 240; V, p. 567.

muchos, el Registrador de la Propiedad de Torrent (Valencia) se decantaba por lo segundo en su Memoria de 1903. A su parecer, "la circunstancia de no estar obligados los arrendadores a pagar a sus arrendatarios las mejoras útiles y voluntarias que hubieren hecho en las fincas sin el consentimiento expreso de los propietarios" actuaba como un freno para el progreso agrario español, y si eso no sucedía en la dinámica Huerta de Valencia era porque allí "suplen las costumbres las deficiencias de las leyes"[67].

La cuestión tiene una importancia evidente: ¿Actuaba la indemnización por mejoras como un estímulo para que los arrendatarios invirtieran y, por tanto, para la formación de capital en la agricultura? Ciertamente, es algo muy difícil de demostrar, porque para ello habría que comparar lo sucedido en un número elevado de explotaciones donde el arrendatario recibía indemnización con lo sucedido en otras, de similares características, donde no la recibía, y el acceso a este tipo de información no parece fácil[68]. Parece lógico, sin embargo, que la causalidad actuara en el sentido indicado por el Registrador de la Propiedad de Torrent. Pero es una lógica a la que los economistas e historiadores económicos que estudian el funcionamiento de las instituciones agrarias no se suelen sumar. En sus trabajos conceden una gran importancia, como factor propiciador de la eficiencia económica, al hecho de que los derechos de propiedad estén claramente definidos y a que sus titulares no hayan de incurrir en costes de transacción elevados para defenderlos. Pero los derechos de propiedad que se consideran cuando la tierra es explotada de manera indirecta son siempre los derechos del dueño del terreno, mientras que los derechos de propiedad del arrendatario sobre sus inversiones (y por tanto su derecho a recibir indemnización por mejoras) no se mencionan o son considerados poco importantes.

Sin duda, los derechos de propiedad importan, pero todos los derechos. Y cuando los derechos de propiedad del arrendatario también son considerados se entra en un *puzzle* teórico que merece más atención de la que hasta el presente ha recibido: a menores costes del arrendatario para defender sus derechos de propiedad sobre sus inversiones, más costes del terrateniente para defender sus derechos de propiedad sobre la tierra. Es por ello que la situación ideal, desde el punto de vista del interés colectivo, parece ser aquella en que la titularidad de los derechos sobre la tierra y sobre las mejoras coincide en una única persona

---

[67] Citado por PAZOS GARCÍA, *La cuestión agraria*..., p. 187.

[68] En "Property rights, improvements, and fixed-rent contracts..." hago un intento de comparación de ese tipo para Inglaterra, pero basado en sólo 114 observaciones. Llego a la conclusión de que los arrendatarios que recibían indemnización tendían a invertir más.

VII. APÉNDICE

En agosto de 1869 Lord Clarendon, Secretario de Estado de Asuntos Exteriores, envió una circular a los embajadores y cónsules británicos en la que explicaba que, para contar con una base desde la que poder abordar la solución del problema agrario irlandés, el gobierno británico deseaba tener información sobre diversos aspectos relacionados con la explotación de la tierra en los países europeos. Con tal objeto, les facilitaba un amplio cuestionario y les ordenaba que lo completasen. Las respuestas fueron presentadas a continuación ante las dos Cámaras del Parlamento y forman parte de los *British Parliamentary Papers* (1870, C.66 y C.75; 1871, C.271 y C.426; y 1872, C.572)

Para la mayoría de países se redactó un único informe de carácter general, pero la información sobre España se proporcionó mediante siete (pequeños) informes redactados por los cónsules o vicecónsules en La Coruña, Gijón, Cartagena, Baleares, San Sebastián, Bilbao, Málaga, Alicante y Valencia. En la primera parte del apéndice reproduzco las contestaciones que dieron a las cinco preguntas del cuestionario relacionadas con las mejoras.

En la segunda parte figura lo que Juan Francisco Morán dijo sobre las mejoras en su lección, sobre "el colonato en España", para la Semana Social de España celebrada en Valencia en 1907.

I

***British Parliamentary Papers. Reports from her Majesty's representatives respecting the tenure of land in the several countries of Europe*, 1870, C.271, pp. 18-57.**

El cuestionario de Lord Clarendon incluía estas preguntas sobre las mejoras:

"1. Are they executed (especially buildings) by landlord or tenant?

2. If by tenant, under what security, if any?

3. Has the landlord, upon resuming possession, a legal right to the improvements made upon the farm by the tenant, or does the law recognize any and what right in the tenant?

4. If so, how is such right defined, ascertained, and enforced?

5. Have tenants any means of raising loans for improvements of their holding, either from Goverment, or special public companies or banks, aided

by Goverment, or enabled by special law or charter to grant loans; and if so, on what terms, conditions, and security are these loans made?"

Respuesta dada en el informe sobre Galicia y Asturias. Firmado por F. Glennie, cónsul en La Coruña, el 21 de octubre de 1869:

"1. Buildings and other fixtures are rarely executed by the tenant without the consent of the landlord.

2. Constructions and improvements are generally undertaken by tenants with the knowledge and consent of the landlord, and upon certain conditions which constitute the security of the former, who, on the other hand, is entitled to a just compensation for such useful and necessary improvements as he may have executed during the term of his contract, such compensation to be regulated by mutual agreement, or, if necessary, by the valuation of a competent and impartial appraiser. Embellishments are not considered to be necessary improvements.

3. The landlord, upon resuming possession, has a legal right to all improvements made upon the farm by the tenant, subject to the conditions specified in the preceding answer, and, in cases of nonconformity, to the decision of a competent tribunal.

4. Answered by No. 3.

5. For raising loans for improvements of their holding, none of the means specified in the 5th Query are available to tenants" (p. 21).

Informe sobre Asturias, firmado por William Penlington, vicecónsul en Gijón, el 20 de noviembre de 1869:

"1. Improvements in building are generally executed by landlord, farms by tenant. By law the landlord is not compelled to pay for improvements made without his consent or if said improvement did not tend to produce a larger ret to the property. In case the property does produce a larger ret by these improvements the custom is to pay for same by equity.

2. The tenant can retain his holding for improvements made with consent of landlord and recover from the rent. Not having the consent of landlord to make them the tenant must separate them from the property if this can be done without injury to the property.

3. The landlord has a legal right on resuming possession to keep the improvements by paymert or otherwise, according to the above-mentioned law.

4. The tenant, in the act of ejectment, can claim for improvements made by labour, plantation, &c., inseparable from the farm, and for payment can cause same to be valued by two intelligent persons selected by the interested parties, whose decision may be referred to a third in case of dispute.

5. Tenants have no means of obtaining loans from Government, special Companies, or Banks, for improvements of their holdings, and this is the principal cause of the little progress made in agriculture" (pp. 26-27).

Informe sobre Cartagena, firmado por Edmund J. Turner, cónsul en Cartagena, el 12 de octubre de 1869:

"1. All building are erected and kept in repair by the landlord.

2. If by tenant it is with the consent of the landlord, when conditions of security are entered into.

3. The landlord on resuming possession has to pay the outgoing tenant for all improvements in the land, valued by two competent persons named by the landlord and tenant, without it is stipulated to the contrary in the terms of agreement. It is of the greatest importance to the landlord to have it so stated, that such improvements should not exceed a certain amount, as it has been known in several instances, where a tenant has reamained a long period in the same farm, that the improvements have amounted to more than the value of the land when he took possession, so that in some cases the farmer has remained with the property.

4. The landlord has no legal right without stipulated in the agreement.

5. The tenant in respect to loans, is placed in a very false position; his stock ingeneral is worth little, and consequently can get no advances from bankers, and his general mode of proceeding is to borrow money on the forthcoming cropos from private individuals at a fixed tariff, and on the good faith of the tenant" (pp. 29-30).

Informe sobre las Islas Baleares. Sin firmar:

"1. Both buildings and agricultural improvements in Majorca are made by the landlord, or on his account, and never by the tenant.

In Minorca, also, all permanent buildings or improvements, as a rule, are executed by the landlord at his own discretion. The farmer, however, helps by labour under special circumstances, from which he would derive immedite benefit.

2. The farmer in Minorca has no security or direct recompense for any improvements he may make.

3. Improvements in Majorca are inherent to the farm; the tenant has only the reight to take with him those the removal of which is not detrimental to the farm; having no clim for any improvement made by him without the consent of the landlord. Nor has the farmer in Minorca any security or direct recompense for improvements he may make.

4. As stated in reply to Query 1, all improvements become the absolute property of the landlord.

5. There are no special facilities enabling a tenant or farmer to raise loans for the purpose of improving their holdings" (p. 35).

Informe sobre Guipúzcoa. Firmado por José de Brunet, vicecónsul en San Sebastián, el 14 de diciembre de 1869:

"1. Buildings are always executed by the landlord; other improvements, as planting trees, &c., by the tenant.

2. Under no other security than that which he can testify by witnesses in case of law-suit.

3. The landlord has a legal right to the improvements made by the tenant upon his farm, but, if the tenant has any claims for imporvements, the law appoints surveyors, who, by a pericial act, decide the value of the improvements.

4. Thirs pericial act is enforced by the judge of first instance.

5. The tenants have no means of raising loans from Government companies or banks, and they need not raise money form improvements; when they are of a certain value they are made by the landlord, and the only improvements of the tenants are in the planting of trees and better cultivation of the land" (p. 39).

Informe sobre Vizcaya. Firmado por Horace Young, cónsul en Bilbao, el 20 octubre 1869:

"1. Very small improvements are made. The farms descend from father to son almost unchanged. When any are made, those affecting buildings are done by the landlord; those touching the land, planting trees, &c., by the tenant.

2. No security.

3. The law recognizes the tenant's claim for improvements, unless a tenance by agreement contains a stipulation to the contrary, which sometimes is the case.

4. When the tenant claims for improvements, the Judge appoints surveyors to estimate the value of the improvements, and decides the claim.

5. None whatever" (p. 41)

Informe sobre el distrito consular de Granada (que comprendía las provincias de Málaga, Granada, Almería y Jaén). Firmado por el cónsul WM. Penrose Mark (Málaga) en noviembre de 1869:

"1. Improvements are made chiefly by landlords, sometimes by tenants; buildings especially are executed almost always by landlords.

2, 3, 4. When a tenant improves his holding in the form of breaking the land, ploughing, sowin, manuring, and the like, he is entitled by law to reap the benefit of those improvements, or to recover their amount on valuation.

Other improvements, such as plantations of trees, buildings of houses or offices, draining, &c., ramin the property of the landlord, who is not obliged to pay their value; but the tenant is allowed to retire or to destroy such improvements before he quits his holding.

The common practice is, however, to stipulate in the contract of tenancy what improvements are to be executed, and how they are to be defrayed; if this clause has been omitted, the tenant never makes any important improvements without having a previous understanding on the matter with the landlord.

5. Tenants, as already stated, have no particular means of raising loans for improvements of their holdings. If they raise any, it will be a mere private or personal debt of such tenant, without any lien whatever on the holding" (p. 49).

Informe sobre la provincia de Alicante. Firmado por Benjamin Barrie, vicecónsul en Alicante, el 11 de septiembre de 1869:

"1. None are executed (especially buildings) by the tenant, unless with the express sanction of the landlord.

2. When the state of a building is such as to render it inlurious or dangerous for the tenant, he can apply to the Judge and force the owner to make the necessary reapairs.

3. The landlod upon resuming possession has a legal right to the improvements made upon the farm by the tenant, who is reimbursed for the olive and fruit trees he may have planted, according to the terms of the lease, and if none exist the law and custom allow one-quarter for each of three years standing.

4. When parties do not agree the Judge appoints a surveyor to report.

5. There are no special public companies or banks for raising loans on lands; but, since the reign of Philip II there has existed in almos every town in Spain a deposit or fund called 'Positos', the object of which was to assist the farmers with grain and money in calamitous years, and with seed when required. There 'Positos' were originally formed by pious donations and subscriptions among the inhabitants, and were unquestionably of great public benefit, but during the present century they have gradually decreased in importance, and, thoug still in existence in most of the towns, their utility is disputed, and agricultural banks like those in Germany are ungently called for" (p. 52).

Informe sobre la provincia de Valencia, firmado por Joseph Henry Dart, vicecónsul en Valencia, el 31 de diciembre de 1869:

"1. Are executed by the landlords in houses and by the tenants in lands.

2. The tenant has no security.

3. The law recognizes the right of the tenant to claim compensation for the improvements he may have made, but there is no law that enables the landlord to resist such claim, unless three exists a contract between them with regard to this point.

Owing to this right of the tenant it has become general to stipulate in agreements of rent that the tenant on leaving the land shall not have any right to claim for improvements, but the landlord to have the right of claiming the payment of any damage done to his property.

4. The respective rights are defined before the courts of law, with surveyor or parties named to value the improvements or damages.

It is customary, on a tenant entering into possession of a property, for surveyors to examine the property, and describe it on paper, as far as regards the cultivation and plantation.

5. They have the same means of raising these loans on mortgages of their crops that the proprietors have on thir properties. Public companies and banks have fallen into discredit, and scarcely afford any facilities" (pp. 54-55).

II

MORÁN, Juan Francisco: "El colonato en España", en *Semana Social de España. Segundo Curso. Valencia, 12 a 19 diciembre 1907*, Zaragoza, Tip. Salas, 1908, pp. 23-91.

ARAGÓN: "El arriendo se rige de ordinario por la costumbre, compensando el propietario al colono la pérdida de frutos con la rebaja de la renta, y abonando las mejoras que éste haya hecho el que le sucede en el arriendo, con lo cual el colono saliente no ha perdido nada, pero en cambio se encuentra el propietario con un aumento de valor en la finca sin gasto alguno por su parte" (p. 36).

ASTURIAS: No se paga "indemnización por mejoras, a no ser por las que taxativamente se hayan fijado en la escritura del contrato con el importe de lo que por ellas ha de abonar el propietario" (p. 33).

BURGOS: Existe una "tendencia de los colonos a no mejoras las fincas, para que el propietario, que no abona las mejoras, no levante por ellas la renta, como suele acontecer" (p. 44).

EXTREMADURA: "Arrendamientos cortos (...), sin indemnización por mejoras y la competencia como reguladora de la renta" (p. 42).

GANDÍA (Valencia): "Cuando intenta el propietario despedir al colono al terminar el contrato, justiprecian los peritos las mejoras hechas por el arrendatario, y como casi siempre importa más el valor de éstas que el que sin ellas tendría la finca, el dueño se ve precisado a dejar en paz al colono cultivando su huerta" (p. 39).

MURCIA: "Es frecuente —dice la Junta consultiva agronómica— que cuando entra un nuevo arrendatario, se obligue éste a pagar los atrasos de su antecesor, y que también se cedan unos a otros las tierras mediante primas de bastante consideración, autorizadas por el propietario" (p. 40).

PAÍS VASCO: "El colono está seguro de que el propietario le abonará las mejoras que haga en la finca" (p. 34).

PALENCIA: "No se abonan las mejoras" (p. 44).

SALAMANCA: En los contratos se indica que "el arrendatario no tendrá derecho a indemnización alguna por las mejoras que hay realizado en la finca" (p. 51).

VALENCIA (Huerta de Valencia): Existe una limitación al derecho de propiedad de los dueños de la tierra. "Limitación que, como hemos podido comprobar sobre el terreno, se ha impuesto a veces por la amenaza y la violencia" (p. 38).

EL PROPIETARIO EN LA MASOVERÍA CATALANA (SIGLOS XIX Y XX): LÍMITES Y CAPACIDAD DE ACCIÓN[1]

Enric Saguer Hom
Universitat de Girona

[1] Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto HAR2008-02960/HIST.

La masovería ha sido una de las formas dominantes de contratación agraria en la Cataluña nororiental desde inicios de la época moderna hasta la segunda mitad del siglo XX. Desde hace algunos años un grupo de historiadores de la Universitat de Girona hemos llevado a cabo diversos trabajos sobre la masovería como régimen contractual y también como institución económica y social. El último trabajo colectivo emprendido ha dado lugar a una recopilación de relatos de vida de masoveros a través de entrevistas orales en profundidad. Hemos realizado un total de 39 historias de vida que han generado 130 horas de grabación, las cuales han sido transcritas completamente y proporcionan una base documental muy rica e interesante para analizar aspectos poco conocidos del funcionamiento de las masoverías, aunque —como es lógico— también se trate de una documentación que —como toda fuente oral— plantea problemas de fiabilidad y de subjetividad que en numerosas ocasiones no permiten llegar a resultados concluyentes.

Lo que se expondrá a continuación se basa, en buena medida, en los datos procedentes de este conjunto de relatos testimoniales. A partir de ellos se van a plantear algunas cuestiones relativas al papel jugado por los propietarios en la gestión y funcionamiento de los masos cedidos a masoveros, poniendo de relieve cual fue la capacidad de acción que —en la práctica y para el período al cual se refieren los testimonios— tuvieron los propietarios en el ejercicio de las facultades de dirección derivadas de sus derechos de propiedad y de lo establecido en los contratos de cultivo. Aunque la legislación sobre estas cuestiones se desarrolló considerablemente durante el siglo XX, sobretodo a partir de la ley de arrendamientos rústicos de 1935, la perspectiva adoptada no será propiamente legislativa. Sin menospreciar el marco legal, examinaremos básicamente las relaciones entre propietarios y masoveros a nivel de la praxis; una praxis que fue, por otra parte, variada y cambiante en el tiempo. También se debe advertir que no vamos a tratar sobre las cuestiones vinculadas a la transmisión mercantil que limitan la capacidad de quien detenta la propiedad de las fincas arrendadas, como el derecho de retracto de los arren-

datarios o los derechos de indemnización, ni tampoco sobre los derechos de prórroga que limitan la disponibilidad de la finca por parte de su propietario, todos ellos asentados en la legislación española desde la ley de arrendamientos de 1935. Nos ceñiremos a aquellos aspectos que podríamos calificar de carácter directivo, o sea la intervención del propietario en el funcionamiento ordinario de la explotación y la jerarquía en la toma de decisiones productivas y organizativas.

LA MASOVERÍA COMO INSTRUMENTO MOVILIZADOR DE LA FUERZA DE TRABAJO

Para los propietarios de masos, la masovería había sido una opción entre otras posibles para movilizar la fuerza de trabajo. En los debates sobre la masovería que ser produjeron durante las décadas centrales del siglo XIX y, posteriormente, en las primeras décadas del siglo XX, los propietarios discutieron abundantemente sobre cual era la mejor fórmula para cultivar sus fincas[2]. A lo largo de estas discusiones afloró con frecuencia la idea que la aparcería y la explotación directa con asalariados eran fórmulas alternativas de utilización de la fuerza de trabajo rural. Es más, cuando en las dos primeras décadas del siglo XX, los salarios agrícolas experimentaron un fuerte ascenso que afectó la rentabilidad de las fincas que se mantenían en régimen de explotación directa —más bien escasas—, muchos propietarios decidieron convertir la finca en una masovería, transfiriendo de este modo los costes salariales a los masoveros. Uno de los testimonios recopilados ilustra este proceso de conversión del asalariado fijo en masovero. Este testimonio recuerda que su abuelo había trabajado como asalariado estable para el conde de Serra y Sant Iscle, un financiero y político catalán con extensas fincas en la zona del Bajo Ter. A principios del siglo XX dicho propietario decidió desecar unas tierras húmedas cercanas a la desembocadura del río, creó varios masos de nueva planta, y colocó al abuelo del testimonio como mayordomo de uno de ellos (entendiendo por mayordomo al asalariado estable que tenía a su cargo el gobierno de una finca o hacienda). Éste se mantuvo unos pocos años como mayordomo —según el testimonio con el fin de observar el

[2] Ver Ramon GARRABOU (2005) "Formes de tinença" en Emili GIRALT (ed) *Història agrària dels Països Catalans*, vol IV, Barcelona, Fundació Catalana per la Recerca, p. 388-391; Ramon GARRABOU, Jordi PLANAS y Enric SAGUER (2001) "Sharecropping and management of large rural estates in contemporary Catalonia", *The Journal of Peasant Studies*, 28, 3, pp. 89-108; y Enric SAGUER (1999) "Masos i masoveries en el primer terç del segle XX: crisi i transformació" en Rosa CONGOST i Lluís TO (eds.) *Homes, masos, història. La Catalunya del nord-est (segles XI-XX),* Barcelona, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, p. 451-482.

rendimiento de las fincas y así poder determinar la renta exigible al conjunto de nuevos masos—, y después se convirtió en arrendatario del mismo mas. En cierto modo, pues, la figura del masovero y la del mayordomo eran dos opciones intercambiables desde la perspectiva del propietario.

Algunos autores del siglo XIX y de principios del XX asimilaron claramente el masovero a la figura de un obrero o trabajador del campo. Por ejemplo, Ignasi Fages de Climent —propietario y agrónomo ampurdanés, ligado al Instituto Agrícola Catalán de San Isidro, la patronal agraria catalana— en 1915 escribía lo siguiente: "El propietario catalán, desde las épocas de la actual organización social, ha encontrado en el obrero, convertido en masovero, un auxiliar tan eficaz y cuyos intereses tanto se compenetran con los suyos, que ha considerado que podía confiarles por completo la explotación de sus propiedades"[3]. En otro extremo ideológico, el republicano Juan Tutau, ministro de Hacienda durante la Primera República, también asimilaba la figura del masovero-aparcero con la del obrero cuando afirmaba que la aparcería estaba basada "...en uno de los más fecundos principios de la moderna sociedad, la asociación del capital y del trabajo, de cuyo concierto el propietario y el obrero salen gananciosos"[4].

Con ello no queremos decir que, jurídicamente, se deba asimilar la masovería a un contrato de trabajo. Sobre esta cuestión existe un debate interesante que parte, en buena medida, de la idea que el poder de dirección del propietario —que es lo que estamos analizando— puede ser un criterio determinante para la calificación jurídica del contrato[5]. Sin embargo, a mi entender, la discusión sólo tiene sentido a partir del momento en que la consideración de un masovero o aparcero como trabajador del campo le permitía disfrutar de los beneficios que otorga la legislación laboral y esto —en perspectiva histórica— sólo se produjo tardíamente, con posterioridad a la guerra civil. Desde una perspectiva histórica de mayor alcance lo realmente relevante es el hecho que la figura del masovero haya sido entendida en múltiples ocasiones como mano de obra al servicio de un propietario. De ello se derivan una serie de obligaciones que han figurado sistemáticamente en los contratos de masovería hasta el siglo XX. Por ejemplo la prohibición de dedi-

---

[3] Ignasi FAGES DE CLIMENT (1910) "La agricultura en Cataluña. Causas del retraimiento de los propietarios", *La Cataluña* (14-V-1910) [Citado por GARRABOU, "Formes de tinença,...", p. 401].

[4] Juan TUTAU (1888) *Medios de levantar la agricultura del Ampurdán de su postración, ocasionada por la pérdida de sus viñedos, por la poca producción de los olivares y por el bajo precio de los cereales*, Barcelona, Tipo-litografia de los Sucesores de N. Ramírez y Cª, p. 16.

[5] Juan José FERNÁNDEZ DOMINGUEZ (1991) "Aparcería agrícola y poder de dirección en el contexto de las relaciones laborales", *Actualidad laboral*, 21, p. 263-276; y Fernando CASAS-MERCADÉ (1948) *Las aparcerías y sus problemas*, Barcelona, Bosch, p. 23-28.

carse al cultivo de otra finca, propia o ajena; o también la obligación de residir de forma permanente en el mas, junto con la familia y los animales de trabajo, obligación que buscaba fijar la mano de obra sobre el territorio —a imitación de la antigua *remença*— y obtener una plena dedicación de ésta a la finca.

La concepción del masovero como un trabajador no asalariado se reforzó a partir de la consideración de la aparcería como contrato de sociedad por parte del Código civil de 1889 (art. 1579). La Academia de Jurisprudencia de Barcelona, en una memoria elaborada el 1899 donde intentaba recoger las peculiaridades del derecho civil catalán, al hilo de lo establecido por el código civil, definía la masovería de la forma siguiente:

> *La masovería es el contrato de sociedad entre el propietario del predio, que lo aporta para el solo fin de su explotación agrícola durante un número de años, y el masover, que aporta a su vez su trabajo personal, el de su familia, simientes y animales de labor, aperos y semillas*[6].

La idea de sociedad evocaba unas relaciones sociales armónicas y de colaboración entre las partes contratantes, al tiempo que clarificaba el carácter laboral de la aportación de los aparceros. Según Martí y Miralles, acérrimo defensor de esta concepción, la aparcería tiene la ventaja que "eleva la calidad del trabajador a una categoría más digna, más libre y menos miserable; une con vínculos más fuertes el capital y el trabajo, el trabajador con la tierra, y da vida y una ocupación apropiada a la familia de un trabajador"[7]. Aún el 1901 el abogado Victorino Santamaría y Tous, autor de una interesante compilación de derecho consuetudinario, apoyaba la concepción de la masovería como un contrato verdaderamente societario aunque remarcaba su carácter especial por el hecho de serle aplicable el desahucio[8]. Precisamente fue la cuestión del desahucio lo que un año más tarde, en 1902, propició un giro radical en el discurso sobre la calificación de la masovería y, en general, de las aparcerías. Una sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 1902 anuló el desahucio de un *mitger* (mediero) de Valls con el argumento que a

---

[6] ACADEMIA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA (1899) "Instituciones jurídicas de Cataluña que conviene conservar en el Apéndice al Código Civil", *Revista Jurídica de Cataluña*, 5, p. 670 [Citado por Rosa CONGOST Rosa CONGOST (1998) "Pairalisme, història del dret i història de les relacions socials al camp català. Algunes reflexions", *Estudis d'Història Agrària*, 12, p. 49-53].

[7] Joan MARTÍ y MIRALLES (1904) *La qüestió de la parceria*, Barcelona, Fills de Jaume Jepús.

[8] Victorino SANTAMARIA y TOUS (1901) Derecho consuetudinario y economía popular de las provincias de Tarragona y Barcelona con indicaciones de las de Gerona y Lérida, Madrid, Imprenta del Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, p. 286-293.

un contrato de aparcería no se le podían aplicar las reglas de desahucio de un arrendamiento dado que se trataba de un contrato societario. Esta sentencia provocó una importante reacción tanto desde la patronal agraria como de medios jurídicos vinculados al catalanismo político —como la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona— y a partir de 1905 la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta cuestión cambió de orientación[9]. Con independencia de ello, lo que me interesa resaltar es que se rompió la unanimidad en la concepción de la aparcería como contrato societario y que, a partir de aquel momento, dominó la idea contraria. Como recogió Negre y Pastell en su tesis doctoral, publicada en 1921: "la aparcería no es sino una variante del contrato de arrendamiento admitida por la antigua legislación romana y que como tal se ha practicado siempre en Cataluña"[10].

En cualquier caso, y con independencia de las polémicas vinculadas al desahucio y a la naturaleza jurídica de la masovería y, en general, de las aparcerías, la concepción del masovero como mano de obra perduró hasta bien entrado el siglo XX. Prueba de ello es que en bastantes contratos de la primera mitad del siglo XX aún se encuentran cláusulas que obligan al masovero a realizar tareas no remuneradas a beneficio del propietario, por ejemplo la obligación de arar campos del propietario sin participar en la distribución de sus frutos ni percibir remuneración alguna[11]. Estas prácticas eran habituales en los contratos anteriores al novecientos pero aun las encontramos en la primera mitad del XX, aunque sea de forma residual y a pesar de haber sido prohibidas, brevemente claro está, por la *Llei de contractes de conreu* aprobada en 1934 por el parlamento catalán[12]. Un testimonio —una mujer— que vivió en un mas del macizo de les Gavarres entre 1929 i 1976 cuenta que, además de la renta pagada por la masovería, tenían la obligación de transportar las panas de corcho del bosque a la masía. Y todo ello sin obtener a cambio ningún beneficio.

---

[9] Sobre el debate suscitado por la sentencia de 1902, véase Rosa CONGOST (1998) "Pairalisme, ...".

[10] Pelayo NEGRE PASTELL (1921) *Evolución del régimen de propiedad en Cataluña, singularmente en la diócesis de Gerona*, La Bisbal, Jovés impresor, p. 176.

[11] Por ejemplo, en el contrato del mas Batlle de Vilajoan, de 1921, se estipula que: *todos los años y en la época oportuna, plantará el arrendatario dos arrobas de patatas para el exclusivo aprovechamiento de las arrendadoras cuyos tubérculos para la siembra le facilitarán las propias Señoras* (Arxiu Històric Comarcal de Figueres, fons Jou).

[12] *Llei de contractes de conreu del Parlament de Catalunya,* 21 de marzo de 1934, art. 5.

LA INDEFINICIÓN DE LA MASOVERÍA: ENTRE LA APARCERÍA Y EL ARRENDAMIENTO

Un aspecto importante a la hora de considerar la capacidad de intervención del propietario en la masovería es la naturaleza de ésta como régimen de tenencia, o sea, si se trata de un arrendamiento o de una aparcería. La última ley de contratos de cultivo aprobada por el parlamento catalán en febrero de 2008 incluye la masovería en un capítulo dedicado a la regulación del contrato de aparcería, asumiendo explícitamente dicho carácter[13]. Sin embargo esta asimilación no se estableció en el la ley de contratos de cultivo de 1934, donde la masovería sólo aparece en el capítulo sobre disposiciones generales y es definida no por el régimen de explotación sino por el hecho de ocupar, además de las tierras, una casa o masía, ya sea totalmente o en parte. De hecho, como recogía Pelayo Negre, los arriendos de masos podían ser bien en aparcería, bien a precio fijo. Con anterioridad al siglo XX, el régimen de tenencia dominante en la masovería havia sido la aparcería y, concretamente, en la región de Girona, la aparcería al tercio de granos y frutos[14], pero también se realizaban arrendamientos a precio fijo y en moneda. Rosa Congost, a partir del Registro de Hipotecas, analizó tres millares de contratos de cesión de masos entre 1768 y 1862, y observó que el 69% eran aparcerías, mientras que el 31% eran arriendos a precio fijo[15], aunque sólo una parte indefinida de ellos eran realmente contratos de cultivo. Probablemente a finales del siglo XVIII o en la primera mitad del XIX más de las tres cuartas partes de las masoverías se regían con tratos de aparcería.

Lo que nos interesa destacar, a partir de esta constatación sobre la flexibilidad de la masovería en relación al régimen de tenencia, es que, a medida

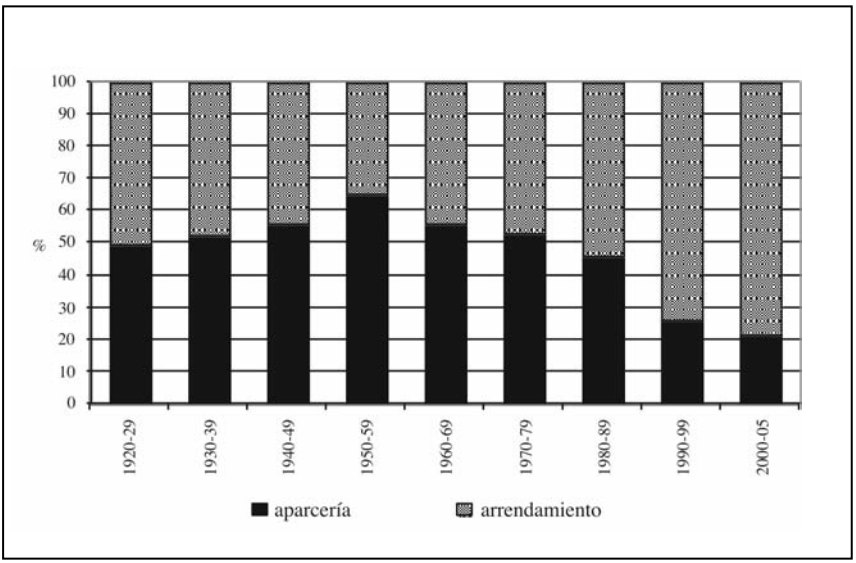
[13] Llei 1/2008, de 20 de febrer, de contractes de conreu.

[14] Véase DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS CIVIL, Y DE LA PROPIEDAD Y DEL NOTARIADO (1906) "Datos para el estudio de la propiedad inmueble en España (Cataluña). Estado resumen de las memorias de la Audiencia de Barcelona", *Anuario de 1905*, Madrid; Ramon de SABATER (1853) "Cultivo alterno anual (Práctica de Gerona)", *Revista de Agricultura Práctica, Economía Rural, Horticultura y Jardinería* , Barcelona, p. 197-200 y 247-250; Emilio GRAHIT (1882) "Informe sobre el crédito agrícola", *Boletín de la Sociedad Económica de Amigos del País de Gerona*, 2, p. 29-31; Pelayo NEGRE PASTELL (1921) *Evolución...* y (1925) "Del notable informe elaborat pel Doctor D. Pelai Negre sobre el nostre sistema contractual agrari...", *Butlletí de la Federació Sindical Agrària*, 75, p. 1-8. También pueden consultarse algunos estudios sobre la cuestión: Rosa CONGOST (1990) *Els propietaris i els altres. La regió de Girona 1768-1862*, Vic, Eumo; Rosa CONGOST, Pere GIFRE, Enric SAGUER y Xavier TORRES (1999) "L'evolució del contracte de masoveria", en Rosa CONGOST i Lluís TO (eds.) *Homes, masos, història. La Catalunya del nord-est (segles XI-XX),* Barcelona, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, p. 269- 297; Mónica BOSCH (2004) "Els arrendaments: la cessió temporal de l'explotació dels masos i els seus fruits", inédito.

[15] Rosa CONGOST (1990) *Els propietaris...,* p. 68.

que va avanzando el siglo XX se constata un fuerte desplazamiento hacia el arrendamiento monetario a precio fijo. Esta tendencia queda parcialmente reflejada en los censos agrarios, aunque empiezan a realizarse tardíamente (1962) y no permiten distinguir específicamente las masoverías de otras modalidades contractuales. También los relatos orales confirman sin lugar a duda el desplazamiento de la masovería hacia el arrendamiento y dan cierta idea de la intensidad de dicho proceso. Tomando como unidad de medida los años vividos por nuestros testimonios bajo uno u otro régimen de tenencia, puede observarse que hasta 1970 las aparcerías (al tercio en algunos casos, a medias en otros) continuaron siendo la fórmula mayoritaria; pero también se observa que ya en las décadas anteriores a la Guerra Civil el arrendamiento había tenido un peso importante y tendente a la paridad. Después de la guerra se produjo un ligero reforzamiento de la aparcería, reflejo de las condiciones sociales y de mercado de la época, y con posterioridad a 1950 las aparcerías empezaron a retroceder de forma significativa hasta adquirir una intensidad realmente importante a fines de los años ochenta e inicios de los noventa, coincidiendo con una fase aguda de abandono de la actividad agraria.

Los regímenes de tenencia según la experiencia de los testimonios (en %)



La evolución de las masoverías hacia un régimen de arrendamiento comportaba la retirada de los propietarios de la explotación de los masos y, por lo tanto, una renuncia a ejercer la dirección técnica que en algunos momentos habían reclamado. Está bastante claro, por otra parte, que la iniciativa en este proceso la tuvieron los masoveros. Ello puede observarse claramente en la correspondencia que algunos propietarios mantuvieron con sus administradores cuando buscaban un nuevo masovero[16] y también en los relatos testimoniales. Eran los masoveros quienes pedían tratos a precio fijo. A pesar de los riesgos económicos que para ellos comportaba un pago fijo y por anticipado, cuando se les ha preguntado por sus preferencias unánimemente se han declarado partidarios del arrendamiento.

Las entrevistas son útiles no sólo para verificar esta preferencia, sino sobretodo para clarificar sus motivos. Las respuestas de los entrevistados aluden a tres motivaciones distintas, que podemos etiquetar como libertad, simplicidad y claridad. De forma mayoritaria destacan que el arrendamiento daba mayor libertad para gestionar la explotación —lo cual implica un reconocimiento implícito que bajo la aparcería el propietario disponía y ejercía una cierta capacidad directiva—. *Pagando eres amo de todo*, afirmaba un testigo. Muchos masoveros querían, en un contexto de modernización y transformación del sector, tener capacidad para tomar aquellas decisiones que les permitiesen encarar la viabilidad de sus explotaciones. La aparcería, en la medida que exigía una decisión de común acuerdo con el propietario para ajustar la distribución de la renta al esfuerzo realizado, podía ser percibida como un obstáculo importante. En este sentido, algún testimonio defiende, por ejemplo, que el arrendamiento daba más libertad para ensayar novedades que un régimen de aparcería, donde estos ensayos en principio requerían la aprobación del propietario.

En segundo lugar, algunos testimonios alegan que el arrendamiento les permitía simplificar la gestión de la explotación porque evitaba tener que ponerse de acuerdo o tener que avisar al propietario para trillar y repartir la cosecha, aunque respecto a ello cabe decir que la partición de la cosecha se fue convirtiendo en una ficción formal ya que muchos masoveros-aparceros desde mediados del siglo XX ya se hacían cargo de comercializar la parte correspondiente al propietario y de liquidar periódicamente los ingresos obtenidos con su venta. El giro de la masovería gerundense hacia la producción pecuaria y la participación de los propietarios en el negocio ganadero —cuando se mantenía la aparcería— convirtieron esta práctica en algo casi

[16] Arxiu Municipal de Girona, fondo Pelayo Negre, caja 18, correspondencia entre Miquel Vilà y Pelayo Negre Pastell.

obligado. Otro motivo que explica la percepción del arrendamiento como un régimen de gestión más simple que la aparcería es la ruptura del mas como unidad de explotación. Las masoverías más pequeñas, especialmente aquellas que contaban con menos de 10 hectáreas de cultivo en secano, a partir del momento en que los masoveros empezaron a disponer de tractor —fenómeno que se generaliza durante la década de 1960— y a medida que aumentó la dotación ganadera de los masos, se vieron impelidos a buscar tierra fuera del mas, arrendándola a otros propietarios o incluso comprándola. Este fenómeno tuvo dos implicaciones: en primer lugar rompió una de las características de la masovería tradicional: la prohibición de cultivar tierras fuera del mas o de otro propietario. El masovero dejó de ser una reserva de mano de obra exclusiva del propietario del mas. En segundo lugar, la gestión se volvió más compleja en la medida que requería distinguir entre el producto de las parcelas externas y el producto que se debía distribuir con el propietario del mas. Todo ello propició el paso de la aparcería al arrendamiento.

Un tercer argumento que los testimonios alegan a favor de los tratos a precio fijo —y en el que aquí no tiene sentido insistir mucho— es el de la claridad. Según indican muchos testimonios, un precio fijo permitía conocer con mayor claridad lo que se pagaba y, por lo tanto, valorar mejor —y comparativamente— la justicia de los tratos.

LA TRANSFORMACIÓN DE MASOVERÍA PARCIARIA

El creciente predominio del régimen de arrendamiento apunta hacia una cada vez menor intervención del propietario en los masos. Sin embargo, paralelamente también se dieron movimientos en sentido contrario, que aparentemente podían contribuir a reforzar y reactivar el papel de éste. A lo largo del siglo XX se produjo un proceso de transformación de la masovería parciaria, la cual había mantenido unos caracteres bastante constantes desde el siglo XVII hasta principios del siglo XX, y que podemos resumir en una norma de distribución del producto al tercio (un tercio para el propietario, dos para el masovero) sin que el primero realizara otras aportaciones que la casa y las tierras. A lo largo del siglo XX, y a partir de los relatos recopilados, hemos observado un abanico de cambios bastante sustanciales entre los que nos interesa destacar la creciente participación de los propietarios en los costes de explotación allí donde se mantuvo un régimen de partición de frutos.

Las reformas legislativas en materia de contratación agraria es probable que hayan ejercido cierto papel en este sentido, aunque los testimonios entrevistados no tengan conciencia de ello o, al menos, no lo hayan hecho explí-

cito. La ley catalana de contratos de cultivo de 1934 ya establecía que un contrato sólo podía ser de aparcería cuando el propietario aportase, además de la tierra, una cuarta parte o más del capital necesario para su explotación y percibiese una cuarta parte de los frutos o beneficios (art. 66). En caso de no alcanzar dicha proporción, el contrato tenía la consideración de arrendamiento. La ley española de 15 de marzo de 1935 —de vigencia menos efímera, dado que se mantuvo con algunas variaciones durante el régimen franquista— no compartía un espíritu tan restrictivo ya que, según confirmó la jurisprudencia, "el concepto jurídico de aparcería no quiebra porque el cedente no intervenga en la explotación ni aporte otra cosa que la tierra"[17]. Sin embargo, conservó cierto espíritu favorable a la participación del propietario estableciendo que este podía tener el calificativo de cultivador directo —con los beneficios que ello pudiera reportar—, si participaba cada año en una proporción del capital de explotación equivalente, como mínimo, al 20% de la renta anual[18]. Finalmente fue la Ley de arrendamientos rústicos de 1980 la que recogió lo que ya proponía la ley catalana de 1934, ampliando su alcance territorial al conjunto español[19].

La participación de los propietarios adquirió formas muy diversas y un gradiente de intensidades bastante amplio. En bastantes casos —hemos recogido 14 sobre un total de 35 masos en aparcería— se limitó a asumir una parte proporcional de los costes que implicaba la adquisición de nuevos inputs (fertilizantes, pesticidas, semillas mejoradas) que repercutían en la producción total y, por tanto, en un aumento de la renta de los propietarios. Pero otras veces, la participación también abarcó la explotación comercial de ganado. Once de las 35 aparcerías registradas ampliaron los tratos y la participación del propietario a la ganadería.

La cría y engorde de ganado había sido, hasta entonces —y con contadas excepciones— un negocio propio de los masoveros, hasta el punto que a mediados del siglo XIX autores como Narcís Fages de Romà, comisario regio

---

[17] Citado por M. LOZANO SERRALTA (1953) "Notas críticas sobre la naturaleza de la aparcería", *Revista de Estudios Agrosociales*, 3, p. 99.

[18] El *Reglamento para la aplicación de la legislación sobre arrendamientos rústicos* publicado el 7 de mayo de 1959 con la intención de poner orden a la legislación sobre materia de contractación agrària generada durante los veinte primeros años del régimen, reproduce miméticamente lo que estaba estipulado en este punto por la ley de 1935.

[19] El artículo 102 de la ley define la aparcería en términos siguientes: "Por el contrato de aparcería el titular de una finca rústica cede temporalmente para su explotación agraria el uso y disfrute de aquélla o de alguno de sus aprovechamientos, aportando al mismo tiempo un veinticinco por ciento, como mínimo, del valor total del ganado, maquinaria y capital circulante y conviniendo con el cesionario en repartirse los productos por partes alícuotas, en proporción a sus respectivas aportaciones" (Ley 83/1980, de 31 de diciembre).

de agricultura, lo consideraron un abuso que iba en detrimento del interés de los propietarios[20]. Desde la perspectiva de éstos, los animales generalmente eran un mal necesario, una exigencia para el buen cultivo de las tierras pero que consumía una parte de los recursos de ésta. Por ello había sido frecuente hasta principios del siglo XX limitar la carga ganadera y la extensión que podía sembrarse de alfalfa y otros cultivos para la alimentación animal e, incluso, era frecuente prohibir o limitar aquellas especies que no fueran consideradas interesantes para un aprovechamiento óptimo de los recursos del mas. Estas limitaciones aún se pueden rastrear en el relato de nuestros testimonios. Uno de ellos, masovero de marqués de Camps, uno de los mayores propietarios provinciales, explicaba que sólo podía mantener hasta 30 gallinas, 3 cerdas y un número también limitado de vacas. Sin embargo, lo que nos interesa destacar es el hecho que estas restricciones cuantitativas se redujeron hasta su desaparición a lo largo del siglo XX. ¿Por qué? Pues básicamente porque la producción de carne y leche pasó a significar un ingreso muy importante para los masoveros. Excepto dos testimonios con un perfil singular, todos los demás tuvieron ganado de cría, engorde o leche en la masovería. Muchos explican que sin ganado no se podía vivir y alguno relata que la dificultad para criar y engordar animales en el mas fue un motivo clave para abandonar una masovería.

Aquellos propietarios que no quisieron involucrarse en el negocio pecuario acabaron optando por ceder el mas en régimen de arrendamiento. Los que mostraron mayor predisposición a participar en el negocio pecuario tuvieron que renegociar las reglas de distribución del producto —en algunos casos se mantuvo una participación al tercio, en otros se pasó a una mediería—, al tiempo que se producía una reorganización interna de las explotaciones ya que buena parte de la producción herbácea pasó ser autoconsumida por los animales de la finca.

La reorientación de los masos hacia la ganadería comportó cambios sustanciales en la forma de gestionar las masoverías parciarias y también en las formas de ejercer el control sobre el trabajo campesino. Dejó de tener sentido que el propietario o un agente suyo estuviese presente en determinados momentos de la recolección, especialmente en la trilla, porque la forma de percibir la renta dejó de ser físicamente en especie para pasar a una cantidad en metálico. En cambio fue necesario llevar una cierta contabilidad de explotación, aunque fuera muy rudimentaria, porque la parte correspondiente a cada cual se obtenía después de vender los animales y deducir los gastos

[20] Narciso FAGES DE ROMÀ (1863) *Escrituras de arrendamiento de aparcería y á precio fijo*, Figuras, Imp. Miegeville.

compartidos. Podríamos esperar que en estos casos se produjera también una mayor intervención directiva de los propietarios. Sin embargo, los testimonios entrevistados tienen una percepción bastante unánime sobre ello: el propietario ni los dirigía ni tampoco intervenía demasiado en la marcha del negocio ganadero. Incluso un testimonio que tuvo como propietario a una persona que el mismo define como 'empresario', el cual había querido modernizar la gestión de su patrimonio (el hijo de este propietario, entrevistado en otra ocasión, explicó que su padre había querido hacer "la revolución burguesa en el patrimonio"[21]), afirma taxativo que como masoveros siempre hacían y podían hacer lo que les daba la gana.

Algún testimonio que relata episodios de intervención activa del propietario en el negocio ganadero es para ridiculizarlo y remarcar el poco conocimiento que tenía sobre la materia. En general los testimonios exponen que el propietario no ponía ni impedimentos ni daba directrices a la gestión ordinaria de la cría y engorde de ganado; del mismo modo que tampoco tienen la impresión que el propietario les supervisase demasiado, incluso en aquellas producciones —como la leche— más difíciles de controlar. Esta percepción de libertad de actuación del masovero por lo que se refiere a las decisiones productivas, también se hace extensiva al conjunto de cultivos, no sólo a la ganadería. Con independencia de si los tratos alcanzaban al ganado, la mayor parte de testimonios indican que los propietarios nunca intervenían a la hora de decidir las siembras y los barbechos. Muchos testimonios se expresan con rotundidad: "Yo siempre escogí el cultivo que quería hacer y lo que quería plantar", dice uno; "podíamos hacer lo que quisiéramos", afirma otra. De un total de veinte testimonios que informan sobre esta cuestión, diecisiete coinciden en respuestas similares. También es cierto que, al lado de estas manifestaciones de aparente libertad de cultivo sin límites, algunos ponen de relieve matices importantes, como el hecho que la libertad de cultivo se daba en un marco de supervisión estricto, o que al masovero no se le prohibía pero sí se le aconsejaba. Ciertamente, algunos testimonios identifican la aparcería con un mayores niveles de intervención directiva del propietario o, como se ha advertido anteriormente, con una menor libertad por parte del masovero. Pero estos testimonios suelen coincidir con aquellos que disfrutaban desde hacía años de un régimen de arrendamiento y probablemente conservan una memoria de lo que habían sido los tratos de aparcería que no incorpora las transformaciones posteriores.

[21] Enric SAGUER (coord) (2005) *Els últims hereus. Història oral dels propietaris rurals gironins, 1930-2000*, Barcelona, Departament de Cultura, Generalitat de Catalunya 126 y siguientes.

Pautas de oralidad en los tratos, según régimen de tenencia

	Arrenda-miento (A)	Aparcería (P)	A → P	P → A	Total
Contrato escrito	7	6	2	3	18
Tratos orales	**7**	**11**	**1**	**2**	**21**
Se ignora	0	1	0	0	1

Nota: Los valores se refieren a testimonios. Los casos en que se produjo un cambio de régimen de tenencia se recogen en las columnas **A → P** (tratos de arrendamiento convertidos en aparcerías) y **P → A** (tratos de aparcería convertidos en arrendamiento).

Un hecho que puede relacionarse con este bajo nivel de intervención directiva es el grado de formalización de los tratos de masovería. En contratos de fines del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX era frecuente establecer numerosas prohibiciones, obligaciones y facultades de cultivo en el contrato que se firmaba ante notario, con lo cual la intervención del propietario en dicho ámbito se producía claramente y como mínimo en el momento de establecer las reglas de funcionamiento de aquella masovería. En contraste con esta práctica de contratación escrita, lo primero que destaca entre los testimonios recopilados es el alto porcentaje de ellos que nunca firmó un contrato por escrito y los que lo hicieron en ningún caso fue ante notario. Veintiuno de los treinta y nueve entrevistados sólo tuvieron tratos orales por el mas ocupado; y uno tuvo primero tratos escritos y luego, a raíz de un cambio de masovería dentro del patrimonio del mismo propietario, tratos orales. Podríamos pensar que el peso creciente de los arrendamientos monetarios —de gestión más simple y de importe más variable— podía hacer menos necesaria su concreción sobre papel. Sin embargo, los casos recogidos indican la tendencia contraria: hemos registrado más aparcerías orales que arrendamientos. Un peso considerable de la oralidad en los pactos nos induce a pensar que buena parte de las reglas que regulaban la relación entre propietario y masovero y también la explotación de la finca no se llegaban a pactar nunca explícitamente. La oralidad probablemente estaba vinculada a un universo de sobreentendidos, de normas implícitas y de roles socialmente asumidos.

En los contratos escritos, en contra de lo que podríamos presuponer, tampoco se concreta demasiado el sistema de cultivo. Los documentos que los

propios testimonios nos han facilitado son muy poco precisos en estas cuestiones. Si comparamos contratos del siglo XVIII[22] con los proporcionados por los testimonios, se observa una significativa reducción de las cláusulas referidas al sistema de cultivos. De hecho, los contratos del siglo XX tienden a resolver todas estas cuestiones con una fórmula breve y genérica que obliga a trabajar *a uso y costumbre de buen payés*. Buena parte del funcionamiento ordinario de las masoverías está regulado por esta cláusula de contenido opaco que nos remite a la costumbre basada en la tradición local y con reglas de transmisión básicamente orales. Es cierto que, en algunos contratos, se establecen límites al cultivo, como la prohibición de resiembra, la obligación de sembrar anualmente la mitad de las tierras o el permiso para sembrar tardanías. Pero nuestra impresión es que se trata de cláusulas en regresión y que el margen de intervención del propietario en el sistema de cultivos acababa siendo regulado por la obligación genérica de cultivar a uso y costumbre.

Por ello tiene gran interés conocer qué significado daban los masoveros a este uso y costumbre. Preguntados sobre este punto, si embargo, sus respuestas no se refieren tanto a la forma de cultivar la tierra como al mantenimiento de la finca y al comportamiento del masover. Bastantes testimonios reducen el 'uso y costumbre de buen payés' simplemente a la obligación de trabajar; otros hablan de tener un comportamiento deferente y respetuoso hacia el propietario; y finalmente otros se refieren a la obligación de mantener limpio el mas, tanto la casa como los márgenes. Sólo en un caso se asocia, entre otras normas, a la práctica extinguida de eliminar manualmente las malas hierbas de los sembrados.

CONCLUSIÓN

En conclusión, pues, lo que sabemos sobre los tratos de masovería del siglo XX —sobre los cuales tenemos aún un conocimiento pobre tanto por el peso de la oralidad como el carácter privado de la documentación— contribuye a reforzar la idea de una paulatina retirada del propietario de sus atribuciones directivas, dejando en manos de los masoveros las decisiones productivas básicas de qué producir, a qué coste y en qué cantidad. Más que un papel directivo, los testimonios apuntan hacia un rol limitante en materia de inversiones productivas en las fincas (motores e instalaciones de riego, edificios para el ganado, compras de maquinaria, acceso a suministro eléctrico,…). Un par de testimonios bajo régimen de aparcería, por ejemplo, relatan como su

[22] Rosa CONGOST, Pere GIFRE, Enric SAGUER y Xavier TORRES (1999) "L'evolució...".

deseo de ampliar las instalaciones para los animales y dar un salto cualitativo construyendo una pequeña granja se vio truncado por la negativa del propietario a invertir en ello. Excepto en el ámbito de las inversiones importantes, el margen de acción del propietario se fue reduciendo de forma efectiva a lo largo del siglo XX, al tiempo que también parece diluirse la concepción antigua del masovero como obrero o mano de obra al servicio del propietario.

Podríamos pensar que la metodología que hemos utilizado —relatos de vida de masoveros obtenidos a través de entrevistas orales— puede distorsionar nuestra perspectiva. Por ello terminaremos citando a un propietario entrevistado en 2001, descendiente de propietarios rentistas aunque él estudió en la escuela de peritos agrónomos y trabajó como funcionario del Servicio de Extensión Agraria. En la fecha de la entrevista aún mantenía un masovero —algo bastante excepcional en aquel momento— bajo un régimen que el llamaba de 'aparcería real' (con una fuerte inversión en construcciones, en ganado y en maquinaria para obtener, según sus palabras, un 'rendimiento superior'). Este propietario nos decía lo siguiente:

> *La iniciativa la lleva el masovero. Y entiendo que si la quisiera llevar yo no duraríamos demasiado (…) Y entiendo que en general los payeses son muy y muy independientes, y entonces no se ajustan a las razones de nadie. Y si el amo les dice esto o aquello, malo. Esto no quiere decir que alguna vez también diga lo que me parece; y si hacen [caso] bien, y si no también. Pero, quiero decir, que imponer tu criterio es muy difícil.*

LA DIFÍCIL ARMONIZACIÓN DE INTERESES CONTRAPUESTOS EN EL DISFRUTE DE LA TIERRA. LA PERVIVENCIA DE FORMAS DE PROPIEDAD COMPARTIDA EN LOS SIGLOS XIX Y XX

Fernando Sánchez Marroyo
Universidad de Extremadura

LA PROPIEDAD IMPERFECTA EN EL ANTIGUO RÉGIMEN

La concentración del poder y el desequilibrado reparto de la riqueza en las comunidades rurales del Mediodía de España han sido hechos característicos a lo largo de los últimos siglos. La forma en que se llevó a cabo la repoblación de esas tierras impuso unos rasgos peculiares. Se creó una sociedad fuertemente piramidal coronada durante el Antiguo Régimen por miembros de la aristocracia y de las Órdenes Militares. Esta situación afectaba especialmente a la fuente básica de la riqueza, la renta agraria. Las tensiones por su control fueron constantes y generaron enfrentamientos entre los campesinos modestos y los poderosos. Los concejos, una parte esencial del escenario público, estaban muy controlados por las oligarquías rurales, cuyos intereses no siempre eran coincidentes con el común de los vecinos.

Una de las fuentes esenciales de la riqueza en el viejo ordenamiento agrario era el pastizal para el ganado lanar. Los arrendamientos de los llamados invernaderos o hierbas de invierno se convertían, pues, en los generadores básicos de ingresos de las grandes explotaciones. Reservado su disfrute para los ganaderos trashumantes, todos ellos foráneos, quedaban otros aprovechamientos parciales de las dehesas, generalmente secundarios, entregados para disfrute de los vecinos de los pueblos. Se trataba de concesiones, de muy distinto significado y diferente entidad, que servían para facilitar al campesinado alguna participación en la renta. Esta situación general admitía variantes, porque en ocasiones el origen de los derechos dominicales era cuestionable. Obedecía a meras usurpaciones, legitimadas por las mayores posibilidades de control que los poderosos tenían sobre el sistema administrativo y judicial. En definitiva, sobre una misma finca cabían diferentes situaciones posesorias, cuyo disfrute tuvo lugar históricamente en medio de todo tipo de incidencias y con continuos sobresaltos.

Este trabajo, centrado espacialmente en el mundo rural del Suroeste de España, pretende caracterizar un rasgo peculiar de la estructura del sistema de propiedad rústico, generador de constantes tensiones en aquel entorno rural. La raíz de los problemas que se han de analizar aquí arranca de una realidad agronómica innegable: la tierra ha sido siempre susceptible de muy diferentes usos. Compatibilizarlos de manera armónica se hacía más difícil cuando coincidían varios titulares sobre los distintos aprovechamientos de la misma finca. Es la realidad jurídica que se conoce como condominio, participación de más de un titular en los diversos usos de la misma cosa. Era una modalidad del derecho de propiedad muy característica de Extremadura, en especial en lo que se refiere al derecho de productos diferentes de la cosa mediante la separación jurídica de los aprovechamientos de una misma finca.

Cada propietario miraba, legítimamente, por sus intereses, tratando de optimizar los rendimientos, lo que podía afectar a los otros condóminos. Cuando había un único titular, que era lo más frecuente, éste procuraba, por el bien de su empresa, gestionar de manera eficiente los variados usos de los predios. Pero el condominio fue siempre fuente de conflictos. Algunos reformistas agrarios de comienzos del siglo XX, preocupados por la necesidad de introducir cambios en el sistema de propiedad de la tierra, no dudaron en caracterizar con dureza aquella realidad jurídica tan generalizada y clara manifestación de lo que se terminaría llamando propiedad imperfecta.

Para el vecino de Oliva de Jerez, Francisco Fuentes Cumplido, un labrador acomodado que vivió entre 1850 y 1907, no había duda de la maldad del sistema. Escribía a comienzos del siglo XX, "La propiedad rústica en condominio existe en muchos pueblos y se llama así entre nosotros porque sus productos pertenecen a diferentes dueños, cuyos derechos proceden de fundaciones, donativos o ventas que por separado han hecho el Estado y particulares. La mayor parte de estos bienes rústicos disfrutan las hierbas y pastos unos, las bellotas otros y el derecho de siembra otros diferentes, los cuales se tratan como enemigos, perjudicando cada cual los productos y derechos del condueño, matando y aminorando los árboles y los frutos, siendo esto causa de sangrientas luchas entre ellos, que terminan en litigios o desastres que arruinan a todos los condueños; y si alguno se salva, ha de ser el poderoso, que, con la influencia y apoyo que siempre le prestan las autoridades locales, hechura suya, desposee injustamente casi siempre al más débil. Y con todo esto, el dueño de la tierra y el de los pastos impiden la repoblación de árboles, tan necesaria para el aumento de producción, consiguiendo en cambio desaparezcan los que existen. Muchos dueños de arbolados han tenido que

cortarlos y aprovechar sus leñas en carbón para evitar tantos disgustos y gastos"[1]. El panorama no podía ser, pues, más sombrío.

En el secano mediterráneo hasta cuatro aprovechamientos distintos, con titularidad potencialmente diferenciada, podían individualizarse: labor, arbolado, hierbas de invierno (en realidad también otoño y, en algunos caso, primavera) y pastos de verano (casi siempre con primavera). Se puede apreciar que la distinción entre invierno y verano en el ámbito agronómico solía ser muy simple y no se ajustaba al calendario en sentido estricto. De esta realidad agraria, de fundamentos edafológicos, se derivaba una tremenda complejidad en la gestión, que surgía del hecho, como se ha apuntado, de que podían estar los diferentes usos en manos de personas distintas, cada una con sus propios intereses y objetivos.

La labranza de las tierras estaba condicionada por las características edafológicas de las fincas y el arcaísmo de las técnicas agrarias. Como ejemplo significativo podemos recurrir a la provincia más extensa de España, una de las que centra nuestro análisis. Los pioneros datos catastrales permiten conocer, por primera vez de manera agronómicamente precisa, cómo se distribuían las tierras dedicadas al cereal en la provincia de Badajoz, en los comienzos del siglo XX, en un momento de notable expansión agrícola[2]. Representaban en total más de la tercera parte, el 40%, de la superficie provincial, y la intensidad en el laboreo estaba en función de la muy diferente calidad de los suelos. Eran pocas las tierras en las que era posible un aprovechamiento cerealístico intensivo y continuado. Lo más generalizado era, pues, el sistema de hojas de cultivo alternantes que permitían descansar a unos suelos de limitadas posibilidades agrícolas (Tabla 1).

Como se puede apreciar, solo un porcentaje ínfimo de las tierras permitía un cultivo anual continuado. Lo más característico era le existencia de largos períodos de descanso de tres, cuatro o más años e incluso se exigía el previo desbroce de los terrenos más pobres llenos de matorral. Aparecía así tradicionalmente, como elemento posesorio individualizado, el llamado derecho de labor, acompañado de un ordinal que indicaba la periodicidad con la que se laboreaba la finca. Lo más característico era al tercio (cada tres años) o al cuarto (cada cuatro). En estos casos el propietario solo podía ejercer el uso dominical el año que le correspondía.

---

[1] Fuentes Cumplido, F., **El problema agrario resuelto por los obreros agrícolas**. Memoria que obtuvo el accésit en el Concurso abierto por S.M. el Rey ante el Instituto de Reformas Sociales, Madrid, s/f., p. 10.

[2] Zapata Blanco, S., **La producción agraria en Andalucía Occidental y Extremadura (1890-1935),** Tesis doctoral inédita, Universidad Complutense de Madrid, 1986.

Tabla 1
Tipos de tierras cerealísticas en la provincia de Badajoz a comienzos del S. XX

Tipo cultivo	Porcentaje sobre total
Cereal 1ª	2,1
Cereal 2ª	4,9
Cereal 3ª	7,0
Cereal 4ª	14,2
Cereal 5ª	38,2
Cereal Rozas	33,8

Fuente: Servicio de Avance Catastral.

En los restantes años, las medias hierbas (en el barbecho blanco, de octubre a enero) y los pastos, en caso de desdoblamiento de dominio, los disfrutaba otro titular. Históricamente la colisión de intereses entre agricultores y ganaderos fue una realidad, ya que por un lado los años de cultivo privaban de tierras a la cabaña lanar y por otro la entrada de los ganados en las fincas podía perturbar el disfrute de la labor[3]. Porque el aprovechamiento natural del suelo era el pastizal que no requería una actuación previa del hombre. Pero también había que producir alimentos, fundamentalmente cereales.

La existencia de los derechos de labor, como aprovechamiento individualizado, sobre tierras que también se dedicaban al pastizal planteó siempre, pues, cuando había diferentes titularidades, graves problemas. Jurídicamente se entendía que el titular de aquel derecho era el dueño de la tierra, mientras que el pasto era considerado como una simple servidumbre, un uso parcial. Como muchas de estas servidumbres eran concejiles, al nacionalizarlas se plateó un nuevo problema. De tal forma que se debieron ir arbitrando soluciones legislativas, que trataban de resolver las discrepantes interpretaciones

[3] Esto nos pone en contacto con el conocido mundo de la trashumancia y la Mesta que, en la zona que nos ocupa, ha sido objeto de amplios y transdisciplinarios estudios. Melón, M. A. y Rodríguez Grajera, A. (Eds.), **Extremadura y la trashumancia (siglos XVI-XIX),** Mérida, Editora Regional de Extremadura, 1998.

que fueron surgiendo en la disputa por aquellos disfrutes. Y no solo eso, porque las normas creaban zonas oscuras que debieron ser aclaradas por la actuación de los tribunales de justicia.

En el municipio pacense de Alconchel, un antiguo señorío del Marqués de San Juan de Piedras Albas, uno de los pueblos que más problemas conoció por la incompatibilidad de aprovechamientos entre titulares diferentes, se desarrolló un largo pleito relacionado con este asunto. Allí, un aristócrata local, Fernando Montoya Caballero, Conde de Villahermosa, uno de los grandes propietarios de Badajoz, era dueño desde antiguo del derecho de labor cada tres años sobre unos terrenos, 1.539 fanegas en total (alrededor de un millar de hectáreas). En 1850, de acuerdo con el Decreto de Cortes de 8 de junio de 1813, decidió cerrarlos, eliminando enojosas servidumbres. Pero el Ayuntamiento, que consideraba que los pastos y la bellota eran de aprovechamiento común, acudió a los tribunales. Tanto la sentencia en primera instancia de 1851 como las apelaciones ante la Audiencia dieron la razón parcialmente al Conde.

Mientras se sustanciaba el asunto, que siguió conociendo nuevas diligencias, el Conde vendió las tierras a otro aristócrata local y también poderoso terrateniente, José María Pérez de Guzmán Liaño, Duque de T´Serklaes Tilly, vecino de Jerez de los Caballeros[4]. Este procedió a cerrar las fincas, pero no solo el Alcalde se opuso, sino que, además, los vecinos las invadieron y, lo que es peor, fueron absueltos de sus posibles responsabilidades criminales. El Ayuntamiento acotó los terrenos considerándolos de aprovechamiento común y expulsó a los ganados del Duque. Una nueva sentencia de la Audiencia de 1861 absolvía al Alcalde. Judicialmente la cuestión, pues, no dejaba de complicarse. Para el aristócrata no había condominio, su propiedad era absoluta. Recurrió en casación ante el Tribunal Supremo, que en 1864 le dio la razón y estableció que no había aprovechamiento comunal[5].

La consideración subsidiaria del pastizal, menos rentable, respecto a la labor, mucho más productiva, fue asumida por el Avance Catastral a comienzos del siglo XX. Tanto en las hojas catastrales como en las cedulas de propiedad la

---

[4] Las peripecias que conoció este aristócrata son un reflejo de las tensiones que se vivían en el mundo rural decimonónico. Durante los agitados primeros momentos del Sexenio Democrático fue víctima de un penoso incidente que tuvo gran repercusión nacional, pues fue citado como ejemplo del desorden reinante en los campos en el Congreso de los Diputados. Cuando visitaba una de sus fincas fue secuestrado por unos campesinos amotinados que con gran violencia, un puñal en el pecho, le obligaron a cederles ante notario una de sus fincas, que consideraban les había usurpado. Sánchez Marroyo, F., "Violencia campesina, impotencia pequeño-burguesa y reacción conservadora. El Sexenio Democrático en Extremadura" en **Anales de Historia Contemporánea**, 10, (1994), pp. 537-557.

[5] Colección Legislativa de España, **Sentencias del Tribunal Supremo. 1864**. Sentencia de 12 de febrero.

superficie que figuraba era la del derecho de labor; cuando se poseían derechos de pasto no aparecía atribuida superficie alguna. Porque esta compartimentación del dominio sobrevivió, ocasionalmente, a la Reforma Agraria Liberal.

No se puede olvidar, sin embargo, que en algunas comarcas la mayoría de las fincas no se labraban, a pesar del interés de los vecinos por hacerlo. La avidez de los trashumantes por los invernaderos generaba suficiente nivel de renta para los dueños de las explotaciones. La presión de los ganaderos mesteños buscaba mantener o incrementar el volumen de tierras disponibles, actualizando aquellas regulaciones y prácticas del pasado que permitían fijar la dedicación de las dehesas. Esto daba lugar a constantes enfrentamientos con los campesinos de los pueblos, más intensos a medida que el aumento de población comenzó a plantear una mayor demanda de alimentos.

Presionada por los acontecimientos, la Corona debió arbitrar algunas medidas. En este sentido, un Decreto de 28 de abril de 1793 sobre repartimiento de terrenos incultos y declaración de las dehesas de pasto y labor trataba de dar una tímida respuesta a las demandas campesinas[6]. Se pretendía establecer un arbitraje en el creciente desencuentro, por incompatibilidad de usos del suelo, entre ganaderos y labradores. Declaraba a todas las dehesas de Extremadura de pasto y labor, excepto aquéllas que sus dueños probasen que eran sólo de puro pasto. Para ello había que demostrar, generalmente con contratos de arrendamiento, que las fincas no se habían labrado en los últimos 20 años. La norma incrementó las tensiones y generó una aguda conflictividad en los campos[7] que se extendería a los primeros años del siglo XIX, enlazando con la Guerra de la Independencia.

Aprovechando las difíciles circunstancias políticas del momento, la quiebra del sistema de poder del Antiguo Régimen, muchos campesinos decidieron a partir de 1808 actuar por su cuenta, invadiendo las dehesas y procediendo a su labranza. Para complicar la situación, nuevas normas se añadieron en este terreno, un decreto de las Cortes permitía el laboreo de la tercera parte de todas las dehesas de Extremadura. El desorden en los campos afectaba a todos, propietarios y arrendatarios, fuesen ganaderos o labradores, desarticulando la producción. Además, sobre aquéllos que trataban de labrar las fincas pesaba la amenaza de una reclamación judicial de los trashumantes en defensa del tradicional derecho de posesión. Por su parte los que aprovechaban los pastos veían perturbado su disfrute por la entrada en las fincas de

---

[6] **Novísima Recopilación**, Libro VII, Título XXV, Ley XIX.

[7] García Pérez, F. y Sánchez Marroyo, F., "Extremadura a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX: conflictos campesinos, crisis agrarias y crisis de subsistencias y agobios fiscales" en **Norba**, 5 (1984), pp. 213 y ss.

los labradores. Los propietarios debían lidiar ante tantos intereses antagónicos, comprometiéndose en unos casos a defender a sus labradores y en otros a indemnizar a los ganaderos por la pérdida de pastos[8]. En suma, el antagonismo en el aprovechamiento de pasto y labor generó, pues, tradicionalmente, con titularidad única o compartida, una conflictividad, latente o expresa, que necesitaba encontrar una solución definitiva.

Al margen de la posibilidad o no de labor, aprovechados los invernaderos por los trashumantes, los pastos de primavera y verano o agostaderos de las dehesas quedaban en el Antiguo Régimen a disposición de los vecinos, era el baldiaje de los agostaderos. Era una situación común a los patrimonios nobiliarios y a las grandes propiedades de la Orden de Alcántara en la Real Dehesa de la Serena. A lo largo de los siglos las 18 villas de aquella extensa jurisdicción habían ido obteniendo de la Orden diversos derechos sobre la dehesa que hubo que aclarar y sistematizar ante los constantes pleitos. Los vecinos tenían el derecho a aprovechar de manera gratuita los pastos de verano de parte de esta inmensa finca con sus ganados. Originariamente el disfrute iba desde el día 15 de marzo al 18 de octubre, si bien hasta este día y desde el 28 de septiembre pagaban cierto canon a la Mesa Maestral. Tras diferentes litigios se llegó a una transacción y quedó fijado definitivamente mediante Real Cédula de 17 de septiembre de 1734.

Los problemas financieros de la Corona obligaron a recurrir a expedientes extraordinarios. Felipe V, ya en los últimos momentos de su reinado, como administrador perpetuo de la Orden Militar de Alcántara y con permiso papal, procedió a la privatización de los invernaderos. Pero entonces se planteó una dificultad. La necesidad de conseguir un mejor precio en las ventas hacía conveniente reducir la duración del baldiaje. Se llegó a una transacción, las villas aceptaban acortar en un mes el periodo de disfrute, que quedó establecido entre el 15 de abril y el 29 de septiembre. A cambio se les concedía la extensión del baldiaje a toda la finca y la confirmación del derecho de los vecinos a ser preferidos, por el tanto, en los invernaderos de la tercera parte de la dehesa. Con ello se optimizaron las subastas, pero se creó para el futuro una nueva fuente de conflictos[9].

---

[8] En una escritura de 1810 de traspaso del arriendo de una dehesa de la comarca de Trujillo se decía que "se rebajará lo que se considere prudente por las labores que han realizado en un quinto los labradores de Ibahernando", A.M. de Trujillo., Sección Protocolos Notariales, Notaría de Trujillo, Escritura de 8 de noviembre de 1810.

[9] Nos hemos referido a estos asuntos en varios trabajos. Con carácter monográfico en Sánchez Marroyo, F., "Un conflicto de intereses: oligarcas y campesinos en la Real Dehesa de la Serena en los siglos XVIII y XIX" en Parra López, E. la y Melón Jiménez, M. A. (Coord.), **Manuel Godoy y la Ilustración. Jornadas de estudio**, Mérida, Editora Regional de Extremadura, 2001, pp. 63-86.

El monte en el ámbito mediterráneo tenía a la encina como la especie arbórea más abundante. Otro árbol de similares características, pero menos abundante, el alcornoque, no había alcanzado al llegar el siglo XIX todas sus potencialidades productivas. Hasta 1830 no comenzó a apreciarse el valor de unos de sus esquilmos, el corcho, que daría, a fines del XIX, una etapa de esplendor al monte. Originariamente pues, el arbolado en Extremadura, que tenía en la encina la especie dominante, encontraba una doble funcionalidad, ganadera, como alimento del ganado de cerda (bellota) y doméstica, como materia prima (utillaje), calefacción (picón) y combustible (leñas). Más tarde, ya en el segundo tercio del siglo XIX, se añadiría, como se ha dicho, un nuevo esquilmo forestal, de ilimitadas aplicaciones industriales, el corcho.

Así pues, además de las leñas, el fruto de estos árboles, la bellota, tenía un excepcional protagonismo económico. Permitía mantener al cerdo, un animal de una amplísima funcionalidad social, fundamental para la dieta alimenticia de la población del medio rural. Todos sus esquilmos eran aprovechables, en el momento (carne, grasas animales), pero sobre todo a largo plazo (conservados en sal o bajo la forma de embutidos). Resultaba un mecanismo eficaz para suministrar a los organismos la dieta proteínica básica necesaria para la perpetuación de la especie. El ganado porcino tenía en los grandes encinares su alimentación más idónea durante los meses de octubre y noviembre de cada año[10]. De ahí la trascendencia de esta cuestión para amplias capas de la población, su importante funcionalidad social. Porque la cabaña porcina estaba muy repartida y, como muestran los diferentes registros fiscales, sobre todo los amillaramientos del siglo XIX, era raro el modesto campesino que no tenía alguna cabeza, destinada a la matanza. Alimentarla era una exigencia acuciante.

La dificultad, raíz de los conflictos, estriba en una doble obviedad, que ni los cerdos son volátiles, capaces de ir de árbol en árbol, ni las bellotas se pueden aprovechar directamente sin pisar el suelo. Además, el disfrute de aquéllas, la montanera, se llevaba a cabo, tal como hemos apuntado, en el momento en el que se iniciaba el de la otoñada, de fines de septiembre hasta los primeros diez días de diciembre. Coincidían en las fincas, pues, cerdos y ovejas, convivencia forzada potencialmente conflictiva. Ante esta inevitable realidad, se intentarían diversos expedientes extraordinarios para limitar los efectos más nocivos de la presencia masiva de las cabezas porcinas en las fin-

[10] Tal como muestran los contratos de arrendamiento de la montanera, ésta se realizaba desde "el 29 de septiembre hasta diez días después de San Andrés". Como el santoral sitúa esta festividad el 30 de noviembre, esto significa que el aprovechamiento finalizaba el 10 de diciembre. Terminaba, pues, inmediatamente antes del sacrificio del ganado en la matanza.

cas. El daño inferido a los pastos por la costumbre de los cerdos de remover el suelo con el hocico (hozar) se trataría de controlar mediante un artilugio mecánico. La práctica del anillado de los animales sería característica, al margen de los problemas de titularidad, aunque si ésta era compartida, su trascendencia se incrementaba[11].

Tradicionalmente, esta importante funcionalidad de la bellota, unido al hecho de que eran las yerbas de invierno el uso más rentable, hizo que el arbolado fuese dejado en manos de los pueblos. De esta forma en el Antiguo Régimen era muy frecuente que mientras los invernaderos de las dehesas pertenecían a miembros de la nobleza, el monte era de propiedad concejil. Era la situación característica de los grandes términos de adehesamiento tradicional. Se compensaba al dueño del suelo, por los perjuicios inferidos a los pastos de las fincas, con la granillera (el fruto caído de manera natural al suelo) que equivalía a un tercio del valor de la bellota. De esta forma se le trataba de resarcir por los daños que ocasionaba la entrada del ganado en las fincas.

Estos aprovechamientos compartidos deterioraban gravemente el monte. Los testimonios de comienzos del siglo XIX muestran que la situación de los arbolados públicos no era buena. A pesar de la dureza de las penas que recogía la Ordenanza de Montes de 1833[12], la utilización abusiva seguiría presente. Las incompatibilidades entre diferentes usos eran tradicionales y venían originando graves problemas desde el pasado. Es decir no fue el despliegue del capitalismo en el campo el que planteó los contenciosos, a lo más actualizó un viejo problema, agudizado por los intensos cambios sociales y económicos que introdujo la contemporaneidad.

Lo sucedido en Villanueva del Fresno, una de las localidades con término municipal más extenso de la provincia de Badajoz, resulta muy ilustrativo para conocer no solo las tensiones y efectos perniciosos que había generado históricamente el condominio suelo-vuelo, sino también la necesidad de encontrar una solución razonable. El titular del señorío, el Conde de Montijo, dueño de las hierbas de invierno de 35 dehesas, compartía durante el Antiguo Régimen el disfrute de las fincas con los vecinos[13]. Estos poseían dos

---

[11] Obviamente el propietario de los pastos era el más interesado en evitar su destrucción y podía imponer el anillado de los cerdos (que clavado en el hocico les impedía hozar) a sus arrendatarios. Pero cuando el dueño del arbolado era otro, el escenario se modificaba, la cuestión ya no dependía de él, de ahí los pleitos entre ambos titulares. Una nueva fuente, pues, de conflictos.

[12] Sanz Fernández, J., "La Historia Contemporánea de los montes públicos españoles, 1812-1930. Notas y reflexiones (I)" en Garrabou, R. y Sanz, J. (Eds.), **Historia Agraria de la España Contemporánea. 2. Expansión y crisis (1850-1900),** Barcelona, Crítica, 1985, p. 203.

[13] Como en tantos otros casos, el origen de aquella situación posesoria se perdía en la noche de los tiempos, en los momentos finales de la Baja Edad Media. La sospecha de una usurpación

derechos sobre ellas, uno sobre el suelo, el baldiaje de los pastos de primavera y verano (agostaderos), de 30 de marzo a 29 de septiembre; otro sobre el vuelo, la montanera y leñas. Esta situación, que sería reconocida como condominio por el Estado Liberal a partir del XIX, había venido generando constantes enfrentamientos sustanciados ante los tribunales de justicia. Además había dado lugar a prácticas perniciosas que, en última instancia, perjudicaban a las fincas.

La materialización de estos aprovechamientos originó frecuentes litigios, por discrepancias en la forma de concretarlos. Junto al aristócrata y los vecinos había aparecido un tercer interesado en la discordia, el ganadero trashumante. Porque, tradicionalmente, los mesteños eran los arrendatarios habituales de los invernaderos, a los que molestaba la entrada de los cerdos en las fincas para aprovechar la montanera. Su presión había logrado reducir en el siglo XVIII el disfrute de la bellota a los 15 días antes de San Miguel, cuando el fruto no estaba todavía en sazón y, además, en tan poco tiempo resultaba imposible recogerlo.

Las consecuencias de este adelantamiento del disfrute a mediados de septiembre y la reducción de la duración de la montanera resultaron funestas para las fincas y para el ganado. Porque dado el escaso tiempo disponible, había que aprovechar el fruto de manera precipitada y con escaso esmero, sin preocupaciones técnicas. De esta forma, por un lado se originaban grandes destrozos en el arbolado. Por otro, como resultado de tanta pérdida de la bellota, se producía el encarecimiento, por escasez, del producto durante los meses tradicionales de montanera (octubre a diciembre). Como consecuencia de esta situación se generaron constantes pleitos.

Efectivamente, como el daño que se originaba al arbolado era grande, los enfrentamientos constituían ya durante el Antiguo Régimen la norma. Las discrepancias entre el dueño del monte, el Conde de Montijo, y los usufructuarios, los vecinos, se centraban en la forma de hacer caer la bellota al suelo para su disfrute por los cerdos. Determinar las características del instrumento más adecuado se convirtió en objeto de polémica judicial, que debió ser arbitrada por los tribunales.

En 1818, el Conde de Montijo logró una Real Provisión regularizando la forma de llevar a cabo el aprovechamiento. Se establecía que el sacudido de

---

nobiliaria siempre planeó sobre la cuestión. Los pleitos, por la extensión de los derechos de cada una de las partes, fueron constantes ya desde época de los primeros Austrias. Haut Hurtado, E. A., **Villanueva del Fresno a finales del Antiguo Régimen. Apuntes sobre agricultura y estructura de la propiedad agraria**, 1988. Trabajo de investigación inédito.

los árboles para hacer caer la bellota al suelo fuera solo a palo, prohibiendo, por tanto, el viejo método de palo armado de correa y rebaño, más eficiente, pero también muy destructivo. Esta decisión no fue bien aceptada por el municipio y llegó a ser abiertamente discutida, sobre todo durante las etapas de vigor de la Ley Municipal de 1823. Esto movió al aristócrata a reclamar ante la Corona, logrando una reproducción en 1827 de aquella Provisión de 1818. Además denunció a los vecinos, contra los que se incoaron diferentes pleitos por daños en las fincas. Se entraba, pues, en el Estado Liberal con unos graves problemas pendientes. La solución la abordamos más adelante.

En definitiva, esta situación potencialmente conflictiva, derivada del condominio característico del Oeste del Mediodía de España, hundía sus raíces históricas en el protagonismo de una doble realidad, consubstancial a su sistema productivo agrario, que podemos concretar en dos términos significativos de alto contenido simbólico:

— la **trashumancia**, que convertía a las hierbas de **invierno** en el valor de referencia de las grandes explotaciones y establecía limitaciones a las posibilidades del cultivo.

— el **cerdo** como elemento esencial de la alimentación campesina, lo que hacía de la **bellota** y por ende del arbolado un factor esencial por la trascendencia de su funcionalidad social.

Pero había en el ordenamiento agrario del Antiguo Régimen otras situaciones potencialmente conflictivas que alcanzaban un notable protagonismo zonal en Extremadura. Algunas de ellas tenían que ver con el tradicional enfrentamiento entre ganaderos y labradores. En otros casos se trataba de genuinas prestaciones feudales, noveno y onceno, y no faltó algún ejemplo de pervivencia, de raíz claramente señorial, de la ancestral separación entre propiedad directa y propiedad util. Utilizar los pastos de manera exclusiva impedía labrar las tierras, por tanto, todo dependía de decisiones políticas, determinadas por el peso que ejercían determinados grupos de presión.

Los Giros eran una tradicional servidumbre, de origen bajo-medieval, que afectaba, en el ordenamiento agrario del Antiguo Régimen, a las numerosas dehesas de la comarca de Jerez de los Caballeros, al Sur de Badajoz. En virtud de ella los vecinos podían tomar, mediante una compensación económica (la séptima parte de la cosecha), las tierras necesarias para la labor sin que los propietarios de las fincas pudieran impedirlo. Con objeto de no entorpecer, con el rompimiento de las dehesas, el aprovechamiento ganadero, tradicionalmente notable en la zona, y de evitar el abandono de las tierras de peor calidad, el término se dividía en cuatro partes, luego en cinco, que se iban turnando (giran-

do, de ahí el nombre) en el aprovechamiento de la labor. Los dueños de las fincas no podían disponer de ellas mientras no se hubiesen alzado las mieses y aprovechado los rastrojos[14]. Los giros era una genuina manifestación de aquel comunismo primitivo idealizado por colectivistas[15] y algunos conservadores aterrados por la aparición del problema social del campo. A partir de 1813 esta servidumbre comenzó a desaparecer, no sin resistencia y conflictos, actualizados en momentos de debilidad del poder central.

Las «Terceras Partes» era otra tradicional práctica agropecuaria característica de la Real Dehesa de la Serena, en el Este de Badajoz. Como se ha visto ya, cuando a mediados del siglo XVIII las necesidades económicas de la Corona impulsaron a vender los millares que constituían aquella gigantesca finca, perteneciente a la Orden de Alcántara, surgió un obstáculo, la excesiva duración del baldiaje impedía el que la inversión resultara atractiva para los grandes ganaderos trashumantes que disfrutaban aquellos predios. Se llegó entonces a una transacción con la 18 villas de La Serena (Concordia de 1744). Estas acortaban en un mes el baldiaje de los pastos (que ahora empezaría el 15 de abril), pero a cambio recibían de los nuevos propietarios de la dehesa la posibilidad de disfrutar, si lo necesitaban para sus ganados, la tercera parte (asignación de «Terceras Partes») de los millares, los más próximos a cada localidad, por un tanto limitado. Eran tiempos en los que la tasa era la norma, de esta forma el precio de las hierbas, en la práctica, no podía superar los 6 reales por cabeza. Y no se olvide que, además, tenían los vecinos preferencia en el arriendo sobre los ganaderos trashumantes[16], que disfrutarían del resto de los millares.

Dada la riqueza de los pastos de la zona, esta medida beneficiaba a los vecinos, pero especialmente a las más destacadas familias de notables locales, dueñas de grandes rebaños, que terminaron monopolizando el disfrute. Podían aprovechar los pastizales por un precio que terminó siendo, sobre todo a partir de la segunda mitad del XVIII, irrisorio y desde luego a mediados del XIX fuera del mercado[17]. Estuvo vigente hasta esa centuria en medio

---

[14] Una tradicional perspectiva sobre la cuestión puede verse en Martínez Martínez, M. R., **El libro de Jerez de los Caballeros**, Sevilla, Imp. Rasco, 1892.

[15] Para Costa aquella práctica era una forma de condominio, propiedad compartida, variante de la derrota de mieses. Costa, J., **Colectivismo agrario en España. I y II. Doctrinas y hechos**, Madrid, Biblioteca Costa, 1915, p. 359.

[16] Serrano González de Murillo, José Luis, "Origen, desarrollo y extinción de los derechos comunales de las 18 villas sobre la Real Dehesa de la Serena (Aportación al estudio de la estructura de la propiedad rústica en una comarca extremeña)" en **Alcántara**, 18 (1989), pp. 201-226 y 19 (1990), 71-98.

[17] Hemos mostrado como a mediados del siglo XIX se produjo un notable incremento del precio de los arrendamientos, Sánchez Marroyo, F., **El proceso de formación de una clase dirigen-**

de constantes pleitos; unos, entre los propietarios de las fincas (que veían limitada su libertad de arrendarlas), y los municipios (que querían mantener la costumbre) y, otros, entre los propios vecinos, (que disputaban por el usufructo oligárquico de aquella prebenda que se heredaba y permanecía prácticamente en manos de las mismas familias)[18].

Desde 1813, e incluso antes, se fueron perdiendo estos derechos comunales. Así, los dueños de los millares aprovecharon las primeras medidas de la Reforma Agraria Liberal para proceder a la supresión de las «Terceras partes». Entendían que se trataba de una limitación de dominio incompatible con el ordenamiento liberal de la economía, expresamente abolida por el Decreto de 8 de junio de 1813 (que, entre otras cosas, eliminó cualquier resto de tasa). De esta manera se posibilitó su supresión, no sin nuevos enfrentamientos y litigios que los tribunales tuvieron que resolver.

Un original episodio de propiedad compartida señorial, que conocería una excepcional supervivencia, verdadero anacronismo histórico, se daría en unas localidades del Oeste de la provincia de Cáceres. El origen de esta peculiar situación posesoria arrancaba de fines de los tiempos bajomedievales. En 1464 el Conde de Miranda del Castañar dio en censo perpetuo la dehesa de la Retuerta a unos campesinos de Alija para su disfrute en común, a cambio de una renta anual, por cada yunta de labor, de dos fanegas de trigo y dos de cebada y una cantidad global en metálico.

Con el tiempo se fundaron en la dehesa varias poblaciones, dos de las cuales (Talavera la Vieja y Bohonal de Ibor) llegarían a nuestros días. Como surgieron discrepancias en la forma de aprovechar los terrenos, los vecinos se apropiaron y cercaron algunas tierras, tras varios procesos, en 1576 se firmó una escritura de concordia entre el Conde y los concejos de los nuevos pueblos. En ella se reconocía que la propiedad y señorío directo de todo el suelo de aquellos términos, así como las aguas y los ríos eran del aristócrata y que los vecinos tendrían su disfrute, es decir la propiedad útil, en común[19]. En la práctica el acuerdo parecía un contrato enfitéutico, pero cuando llegó el momento de aclararlo, tanto las propias instancias del Antiguo Régimen, como las del sistema liberal no fueron capaces de encajarlo en ninguna fórmula jurídicamente consagrada.

---

te. La oligarquía agraria en Extremadura a mediados del siglo XIX, Cáceres, Universidad de Extremadura, 1991.

[18] Sánchez Marroyo, F., "Un conflicto de intereses: oligarcas y campesinos en la Real Dehesa de la Serena en los siglos XVIII y XIX" en Parra López, E. la y Melón Jiménez, M. A. (Coord.), **Manuel Godoy y la Ilustración. Jornadas de estudio**, Mérida, Editora Regional de Extremadura, 2001, pp. 63-86.

[19] C.L.E., **Sentencias del Tribunal Supremo. 1872**. Sentencia de 10 de julio.

En definitiva, a lo largo de los siglos se fue consolidando esta situación de propiedad compartida, de problemática caracterización legal, que llegaría al siglo XIX, cuando aparecieron, todavía en pleno Antiguo Régimen, nuevas tensiones judiciales. En 1818 surgiría un contencioso, aviso de lo que vendría después, porque el corregidor de Talavera de la Reina, como Subdelegado de Montes, entendía que los arbolados de los pueblos pertenecían, en su condición de concejiles, a la Administración y, por tanto, estaban bajo su jurisdicción. Tanto el Conde de Miranda como los concejos de Talavera la Vieja y Bohonal de Ibor protestaron, defendiendo que los montes eran de propiedad particular, y lograron que se les diera la razón.

Efectivamente, el Consejo de Castilla estableció en 1827 que los predios eran propiedad particular del Conde de Miranda y que su disfrute correspondía a los pueblos en los términos pactados en la concordia de 1576. No se hizo, sin embargo, mención expresa alguna a que mediante aquel acuerdo se hubiese enajenado el dominio útil. Como veremos, esa decisión sentaría un precedente que serviría, más tarde, de basamento jurídico a la solución final. Porque esta peculiar situación posesoria, vestigio del pasado, sobrevivió al Antiguo Régimen y a la Reforma Agraria Liberal y, como un anacronismo, entraría en el siglo XX.

2. LA REFORMA AGRARIA LIBERAL Y LA PERVIVENCIA DE LA PROPIEDAD IMPERFECTA EN LOS SIGLOS XIX Y XX

Como es bien sabido, la Reforma Agraria Liberal del siglo XIX tenía un objetivo básico: liberar la tierra de todos aquellos factores que impedían el conseguir una mayor rentabilidad de las explotaciones y dificultaban que fuese eficaz soporte, como la más sólida garantía, del crédito, fundamento, acorde con los nuevos valores, de cualquier planteamiento empresarial. Se trataba de redefinir el derecho de propiedad o, lo que es lo mismo, de eliminar la "propiedad imperfecta". Es decir había que terminar con todos aquellos obstáculos que impedían la libre disposición de los bienes por parte de sus titulares y con las cargas y prácticas vecinales que perturbaban una optimización de los beneficios.

El nuevo concepto de propiedad, que la hacía sagrada e inviolable, combinaba la personalidad individual del titular (que podía ser persona física o jurídica) y la libertad ilimitada en la capacidad de disponer (partir, vender o donar, recuperación del clásico ius utendi et abutendi). Para ello se negaba la posibilidad de ser propietarios a la Iglesia, al Estado y a los municipios y se terminaba con ancestrales usos vecinales. Los hacendados más caracterís-

ticos del Antiguo Régimen, los nobles, pudieron seguir siendo propietarios, pero sus tradicionales patrimonios vinculados pasaban ahora a la condición de bienes libres, sujetos a las contingencias de la vida, tanto biológicas (particiones hereditarias) como empresariales (riesgos derivados de una gestión ineficiente).

Culminado aquel radical proceso transformador en la segunda mitad del siglo XIX, la tierra se convirtió en un bien de mercado. El triunfo del individualismo agrario no logró, sin embargo, terminar con todas aquellas adherencias procedentes del pasado que complicaban un uso más racional del suelo. Es decir, se precisó el aspecto jurídico de la titularidad, para cuya garantía, la Ley Hipotecaria de 1861 creó un eficaz instrumento, el Registro de la Propiedad. Pero esta concreción posesoria tendría, como se verá, paradójicas consecuencias, perturbadoras del objetivo global que pretendía conseguirse. Porque también se consolidaban y fortalecerían derechos de propiedad cuyo significado iba en contra del fin propuesto con las reformas.

En suma, se permitiría, parcialmente, el mantenimiento de las veteranas situaciones posesorias que habían sido características del viejo ordenamiento agrario. Éstas seguirían siendo de dos tipos, por un lado se trataba de predios cerrados, por otro de derechos parciales, que obligaban a compartir la titularidad con otros. Además se crearon otras fórmulas de propiedad compartida. La propia Administración liberal sería, pues, responsable de originar una fuente de nuevos problemas. En consecuencia, tras la Reforma Agraria Liberal, tanto el Estado, como los municipios e, incluso la Iglesia, seguirían siendo propietarios. Es preciso tener en cuenta que en el caso de la Iglesia el origen de sus nuevos patrimonios obedecía a circunstancias especiales, pero no novedosas, como eran las donaciones piadosas.

En la Alta Extremadura se produciría, ya culminada la Reforma Agraria Liberal, un peculiar episodio de ese tipo, que parecía más propio del Antiguo Régimen y que iba a contracorriente de lo que había ocurrido en el siglo. En 1864 fallecía en Italia un aristócrata de viejo cuño y recalcitrante carlista cacereño, Vicente Mariano Ovando Perero, III Marqués de Ovando, que había nacido en 1778. Siempre fue un ultramontano y a partir de 1833 mostró una coherencia inasequible a cualquier concesión, manifestada en una fidelidad inquebrantable al pretendiente Carlos María Isidro de Borbón. Tras el abrazo de Vergara, lo acompañó al exilio y nunca reconoció a Isabel II. Como no tenía sucesión directa dejó sus bienes en usufructo a su mujer, una princesa italiana, y fallecida ésta aquéllos pasaron a su auténtica heredera, la Iglesia. De esta manera el Obispado de Coria se convirtió, al finalizar el siglo XIX en un poderoso terrateniente en el término de la capital de la provincia.

El Marqués había conocido en su exilio italiano al sacerdote Gaspar del Buffalo (canonizado en 1954 por Pío XII), que en 1815 había creado la orden religiosa de los Misioneros de la Preciosa Sangre. Decidió dejar en 1856 sus bienes a la congregación, pero dadas las circunstancias de la época, con la desamortización en pleno desarrollo, entregó la nuda propiedad al Obispado de Coria y el usufructo a aquella orden. La situación posesoria se materializaría tras el fallecimiento en 1898 de su mujer, la primera usufructuaria[20]. Al año siguiente los religiosos, tal como estipulaba el testamento del aristócrata, se establecieron en Cáceres. El palacio de la Casa del Sol, en el corazón del barrio medieval, se convertiría en su sede durante décadas.

Ya en el amillaramiento refundido de Cáceres de 1903 aparecía el obispo de Coria con 18 participaciones en diferentes dehesas de puro pasto, pasto y labor y arbolado con un líquido imponible de 11.204 pts. Este notable patrimonio rústico lo convertía en uno de los grandes terratenientes del término, el segundo más grande de España y en el que existían centenares de dehesas. En los Libros de Yerbas de la época estas participaciones figuraban a nombre de "La Mitra de Coria y en usufructo los PP del Búffalo residentes en Cáceres". Esta situación posesoria no dejaba de ser excepcional y un verdadero anacronismo histórico. Porque las propiedades de la Iglesia en España eran de escasa importancia al llegar la Segunda República como reconocieron en su momento conocidos autores, hoy ya clásicos, preocupados por el análisis de la realidad del campo español[21].

La Reforma Agraria Liberal en sus diferentes planos trató de ir adecuando la realidad posesoria del pasado a las nuevas fórmulas características de una economía de mercado. Este largo proceso normativo fue desarrollándose a lo largo de varias décadas del XIX. Con frecuentes rupturas y cambios de ritmo resultó irreversible. Es preciso tener en cuenta que en algunos casos sus antecedentes se encuentran en pleno Antiguo Régimen. Aunque con presupuestos políticos muy diferentes su concreción parcial se inició en el siglo XVIII. Básicamente se trataba de privatizar, sin entrar en otras cuestiones de redefinición de derechos, propiedades amortizadas[22].

---

[20] Mayoralgo y Lodo, J. M. de, **La Casa de Ovando (Estudio histórico-genealógico),** Cáceres, Real Academia de Extremadura, 1991, pp. 549 y ss.

[21] Malefakis, E., Reforma **agraria y revolución campesina en la España del siglo XX**, Barcelona, Ariel, 1972, p. 88 y ss.

[22] Desde mediados del siglo XVIII, por las necesidades financieras de la Corona, comenzaron a privatizarse en Extremadura importantes propiedades de las Órdenes de Santiago y, sobre todo, de Alcántara. La peculiaridad de estos patrimonios particulares era que terminaron en manos muertas, porque algunos de sus nuevos titulares eran instituciones eclesiásticas y otros los vincularon.

En este sentido habría que mencionar un aspecto de singular interés para la cuestión de los condominios, el que se refiere a los primeros intentos de regularizar la situación de los arbolados públicos en tierras privadas. Ya a fines del siglo XVIII, todavía en pleno Antiguo Régimen, comenzaron a dictarse normas que trataban de dar salida a una situación, diferente titularidad de vuelo y suelo, que resultaba fuente de conflictos. Se intentaba favorecer la unificación de la titularidad de los distintos aprovechamientos de las fincas. El Real Decreto de 28 de abril de 1793, sobre "Aprovechamiento de los montes de Extremadura y fomento de su plantío"[23], preveía que en los casos en que perteneciese "el suelo a particulares y el arbolado y sus frutos a los Propios de los respectivos pueblos" se vendiese "por su justa tasación el usufructo y propiedad de los arbolados al dueño y dueños del suelo".

La medida favoreció a muchos aristócratas, pero no terminó con el condominio, suelo-vuelo, que llegaría a mediados del siglo XIX como se puede comprobar con del Catálogo de Montes de 1859. Además, como era frecuente en el pasado y sospechamos que en el presente y seguramente en el futuro, las oligarquías aprovechaban la ocasión para repartirse el caudal concejil. Pero el marco legal permitía rectificar algunas de estas actuaciones de dudosa legalidad. Así ocurriría con las daciones a censo de los arbolados de los propios de Badajoz realizadas entre 1842 y 1844, aprovechando la norma de 24 de agosto de 1834.

Dueños los liberales momentáneamente del poder, por primera vez, a partir de 1812, comenzaron a tomar medidas para transformar las relaciones de propiedad del pasado. En el Decreto de 8 de junio de 1813 se declaraban cerradas o acotadas a perpetuidad todas las heredades rústicas particulares. Eso sí se aclaraba en el artículo 1º que "sin perjuicio de las cañadas, abrevaderos, caminos, travesías y servidumbres". La norma sería aprovechada por muchos propietarios para liberarse de incómodas servidumbres.

Como buena parte de los derechos parciales y formas de propiedad compartida radicaban en tierras de señoríos, la disolución del régimen señorial fue fundamental para consolidar o anular aquellas servidumbres. Los aristócratas acudieron a los juzgados de Primera Instancia de cada comarca para confirmar la propiedad sobre sus patrimonios, constituidos tanto por fincas como por aprovechamientos parciales y prestaciones feudales. Generalmente no hubo dificultades para conseguir aquel objetivo, aunque no faltaron los pleitos con los ayuntamientos que no siempre aceptaron las pretensiones señoriales.

---

[23] **Novísima Recopilación**, Libro VII, Título XXIV, Ley XX.

Cuando el enfrentamiento alcanzó una especial intensidad fue al tratarse de consolidar determinadas prestaciones feudales. En estos casos, aunque la justicia confirmó, en contra de los deseos vecinales, los derechos de los aristócratas, los pueblos no se conformaron y aprovecharon cualquier coyuntura para replantear la cuestión. Así ocurrió con el caso del noveno, que la casa de Medinaceli percibía en los pueblos que en el pasado habían formado parte del Marquesado de Villalba y en Nogales. Aquel derecho fue reconocido al producirse la disolución del régimen señorial, a pesar de las reclamaciones en contra de los vecinos de los pueblos, que no cejaron en su oposición.

El Duque de Medinaceli era uno de los aristócratas con más notable poder jurisdiccional en la Extremadura del Antiguo Régimen. Pero su presencia patrimonial no solo era muy diferente de unos lugares a otros, sino que además estaba constituida por derechos muy distintos. Aunque la disolución del régimen señorial permitió la supervivencia de peculiares situaciones posesorias en varias localidades, el ámbito conflictivo se desarrollaría en los municipios que formaban parte del Marquesado de Villalba (el municipio que daba nombre al título, Santa Marta, Solana de los Barros, Corte de Peleas) y en Nogales. El núcleo del problema estaba en el noveno que en ellos correspondía al Duque. Se trataba de un canon que pagaba el cultivador al dueño del terreno, consistente en la novena parte de los frutos. Los vecinos alegaban que se trataba de una reminiscencia señorial incompatible con el nuevo ordenamiento liberal.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 1º del Real Decreto sobre señoríos de 26 de agosto de 1837, el representante de la Casa Ducal acudió en 24 y 27 de noviembre de ese año al Juzgado de 1ª Instancia de Almendralejo donde planteó cinco juicios instructivos, solicitando se declarasen de propiedad particular los términos y territorios de las villas que constituían el Marquesado de Villalba y Nogales, como adquiridos por un título oneroso (es decir, compra). Practicadas las pruebas testificales que la Casa Ducal presentó, se dictaron las correspondientes sentencias, que determinaron el reconocimiento de la titularidad del Duque de Medinaceli sobre diversos derechos en los términos municipales de las cinco villas[24]. Esto supuso,

[24] Fueron las siguientes: 1) sentencia de 18-Xll-1837 en que se declaraban de propiedad particular del Duque los términos y terrenos de las villas de Villalba y Nogales; 2) sentencia de 19-XII-37 sobre declaración de propiedad Ducal de la heredad de La Pontecilla y todo lo contenido en el término de Santa Marta; 3) sentencia de 18-XII-37 que declaraba de propiedad particular del aristócrata la heredad de Solana, casas, casares y demás pertenencias; 4) Sentencia de 19-XII-1837 que declaraba propiedad del Duque la aldea de Corte de Peleas y todo su término; 5) Sentencia de 19-XII-1837 que declaró propiedad Ducal las dehesas Entrín del Medio y Entrín Bajero, el castillo, el noveno de granos y ganados y la dehesa Santa Justa.

en la práctica, que la prestación del noveno, que gravaba tradicionalmente la mayor parte de los terrenos de labor de aquellos pueblos, se convirtiese en una carga fija y consolidada, como concreción del dominio[25].

El espinoso asunto, solucionado, parecía que definitivamente, en 1837, en realidad nunca quedó claro, pues los pueblos no aceptaron con gusto la decisión judicial. Los vecinos, aunque molestos, debían pagar la prestación exigida. No había otra salida, si se querían labrar las tierras, que tomarlas en concepto de arrendatarios. Como se recoge en múltiples escrituras notariales, además de la novena parte de los frutos se obligaban a pagar cierta cantidad en metálico. Esta cesión sancionada por instrumentos públicos suponía el más claro reconocimiento del dominio Ducal. En 1849 hubo un intento de arreglo, pero terminó sin avenencia. Lógicamente, la Casa estaba interesada en el mantenimiento del noveno, que evitaba la erosión de sus rentas; por ello no aceptó la propuesta vecinal de convertir el noveno en un canon fijo, ni permitió su redención.

En cuanto encontraron clima políticamente favorable, los vecinos, disconformes con lo hecho, iniciaron los trámites pertinentes para revocar la decisión judicial. Así pues, la cuestión del noveno volvió a resurgir en 1871 en el contexto de los planteamientos revisionistas que, sobre las supervivencias feudales, se originaron durante el Sexenio Democrático. En realidad, el estallido del conflicto judicial tuvo como causa inmediata el intento de desahuciar a uno de los campesinos novenarios, al que se consideraba como mero arrendatario. Un grupo de varios centenares de vecinos inició la reclamación ante el Juzgado de Primera Instancia de Almendralejo. Comenzó entonces una larga serie de pleitos tramitados en las diversas instancias judiciales que se alargarían durante toda la década. Se quería aprovechar la nueva situación imperante, tras la acusada basculación del sistema de poder.

El proceso es bien conocido por el alto número de sentencias judiciales que se refirieron al asunto[26] y, sobre todo, por los voluminosos alegatos de las partes. Porque paralelamente, como era frecuente en el siglo XIX, cada uno de los litigantes, para defender sus intereses, dio a la publicidad voluminosos escritos. Se trata de auténticos libros, en los que para fundamentar su

---

[25] Hemos analizado en detalle este complejo pleito en Sánchez Marroyo, F., **El proceso de formación de una clase dirigente. La oligarquía agraria en Extremadura a mediados del siglo XIX**, Cáceres, Universidad de Extremadura, 1991, pp. 120 y ss.

[26] Pueden verse las distintas peripecias que el asunto conoció en la Audiencia Territorial de Cáceres en los Libros de Sentencias de la Sala de lo Civil de los años 1872 (sentencias de 2 de enero y 8 de julio), 1874 (sentencia de 7 de diciembre), 1876 (sentencia de 31 de mayo) y 1877 (sentencia de 19 de diciembre), A. H. P. de Cáceres, sección Audiencia, **Libros de Sentencias de la Sala de lo Civil 266, 268** y **270**.

argumentación, se hacía una larga y prolija historia de lo sucedido con las tierras desde el Antiguo Régimen. Allí se obtiene una visión, rígidamente enfrentada, de los motivos de la reclamación. Estos escritos, verdadera historia de la propiedad en la zona, permiten completar aún más el conocimiento del desarrollo del proceso. En realidad, de alguna forma puede decirse que se trata de un valioso resumen del expediente procesal, destruido en los periódicos expurgos. Hemos manejado dos de ellos, uno con los argumentos de los vecinos[27] y otro con los de la Casa Ducal[28].

Para los vecinos, en la tramitación de este asunto en 1837 se cometieron, por parte del Juzgado de Almendralejo, algunas notables irregularidades que viciaron los juicios instructivos. Se omitió la imprescindible necesidad de dar conocimiento y audiencia a los pueblos y particulares a quienes pudiera afectar el fallo. De esta forma tan escasamente ortodoxa, el señor jurisdiccional quedó convertido en propietario y los vasallos en colonos.

Las pretensiones vecinales encontraron, en primera instancia, buena acogida en los tribunales. El juez de Almendralejo declaró que las sentencias recaídas en 18 y 19 de diciembre de 1837 en los cinco juicios instructivos eran nulas, sin valor ni efecto y que la prestación del noveno estaba abolida por las leyes de señorío. Por tanto, ni unos debían pagarlo ni los otros, el Duque o sus herederos, reclamarlo. Además, se condenaba a éstos a devolver lo cobrado desde 1837. Esta decisión fue reclamada ante la Audiencia de Cáceres, que discrepó, por sentencia de 19 de diciembre de 1877, de aquella decisión, declarando que los cinco juicios instructivos no dañaban a los pueblos y absolviendo a la Casa Ducal.

Fue, pues, en Cáceres, sede de la Audiencia Territorial, donde se sustanciaron las grandes cuestiones pendientes a partir de 1871. Los vecinos con su demanda trataban de conseguir tres objetivos:

---

[27] **Alegación en derecho que presentan ante la Sala de lo Civil de la Audiencia de Cáceres, Juan Santos Cuenda y consortes (...) en el pleito con el Duque de Medinaceli (…) y herederos, sobre que se declaren nulos los Juicios Instructivos seguidos por el Duque de Medinaceli en 1837 y abolida como de incuestionable origen jurisdiccional, la prestación del noveno en frutos que exige a los demandantes y los censos o cualquiera otra clase de gravámenes que se le paguen en subrogación de aquella prestación y se condene al demandado a la devolución de lo percibido por esos conceptos desde dicho año de 1837,** Cáceres, Imprenta de Santiago Fernández, 1877.

[28] **Información en derecho que presenta ante la Sala de lo Civil de esta Audiencia la Excma. Sra. Dña. Angela Pérez de Barradas, vecina de Madrid (...) en el pleito en su contra promovido en el Juzgado de Almendralejo por Juan Santos Cuenda y otros vecinos de las villas de Villalba, Nogales, Santa Marta, Corte de Peleas y Solana, sobre que se declaren nulos los Juicios instructivos seguidos por el Duque de Medinaceli en 1837 y abolido como de origen Jurisdiccional el noveno de frutos que viene percibiendo de los demandantes, con devolución de los ya cobrados desde aquel año,** Cáceres, Imprenta de Santiago Fernández, 1877.

1º. Nulidad de las sentencias dictadas en los juicios instructivos de 1837. Para ellos, en aquella ocasión, se faltó a la ley, porque no se presentaron títulos independientes de los que hacían referencia al señorío jurisdiccional y los procedimientos se siguieron a espaldas de los pueblos. Por otro lado, entendían que existía una grave contradicción; si todas las tierras de los términos pertenecían a la Casa Ducal, cómo podía explicarse la existencia de terrenos no novenarios, de propiedad particular de otros títulos de la nobleza. Es lo que ocurría en Nogales, donde el Marqués de Monsalud era propietario pleno de una dehesa.

En la misma línea, la sentencia del quinto juicio instructivo reconocía de la propiedad del Duque fincas concretas de aquel término, lo que suponía una nueva contradicción. Puesto que reclamada la propiedad del término de Nogales, carecía de sentido solicitar ahora la de algunas de sus fincas. Además, la heredad de La Pontecilla, que fue lo comprado en el siglo XV, no podía ser el término de Santa Marta de los Barros. Para justificar esta afirmación los vecinos acompañaban su alegato con diversos planos y croquis. Con ellos se trataba de localizar, a partir de los ambiguos datos disponibles, la situación de cada predio y lugar.

2º. Abolición de la prestación del noveno que los demandantes pagaban al demandado como de incuestionable origen jurisdiccional y los gravámenes en que se hubiese subrogado. Los vecinos entendían que el Duque no había presentado documento alguno que hablase de contrato libre, por medio del cual los vecinos se hubiesen obligado al pago del noveno. El origen de la prestación estaba en la norma que en 1535 dictó el señor en uso de su jurisdicción, extendida en 1696 a Santa Marta, Solana y Corte de Peleas, a pesar de que ya en estos pueblos se viniera pagando. Para la Casa esto era un mero reconocimiento de un arrendamiento.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo alentaba las aspiraciones vecinales y fortalecía su insistencia en lo irregular de la actuación de la Casa Ducal; los vecinos se acogían a ella. Efectivamente, aquella alta instancia había establecido en 1872 que "Cuando consta de documentos auténticos haberse ejercido sobre determinados pueblos el señorío territorial y jurisdiccional hay la presunción de derecho de ser de origen señorial todo lo que pudiera haber percibido de aquellas localidades"[29]. Y el Duque de Medinaceli, como Duque de Feria y Marqués de Villalba había sido señor jurisdiccional de aquellos lugares.

3º. Devolución de lo que la Casa Ducal había cobrado por esos conceptos desde el 26 de agosto de 1837, fecha en que concluyó su derecho a perci-

[29] C.L.E., **Sentencias del Tribunal Supremo. 1872**. Sentencia de 25 de mayo.

birlo. Esta tercera reclamación era la consecuencia lógica de todo lo anterior. Si se anulaban los juicios instructivos, lo percibido, ahora considerado ilegítimo, debía volver a sus dueños.

El Duque por su parte, a la defensiva, invocaba, sobre todo, aspectos procedimentales:

1º. Demanda mal formada.

2º. Derecho de propiedad reconocido por sentencias de 1837.

3º. Prescripción de acción. Aun en el caso hipotético de que las sentencias hubiesen sido nulas, entendía la defensa de la Casa Ducal que la acción de nulidad había prescrito por haber transcurrido más de 30 años desde el momento en que fueron pronunciadas.

Como la Audiencia Territorial de Cáceres anuló la sentencia del juez de Almendralejo, los vecinos presentaron recurso de casación ante el Tribunal Supremo. A su juicio, se habían infringido las leyes de abolición de señoríos y la doctrina legal establecida por el propio Tribunal. Sin embargo, éste declaró no haber lugar a tal recurso, consolidando los derechos nobiliarios: el noveno, forma de concreción de la propiedad de las tierras labrantías, y la propiedad de las dehesas. La argumentación del alto Tribunal era clara: la decisión de la Audiencia, cuya apreciación de las pruebas resultaba irrevocable, era conforme a derecho, porque las leyes de señoríos respetaban los derechos y privilegios que nacían del señorío territorial solariego y todos los derivados de contratos particulares y del estudio de las argumentaciones de los vecinos no se deducía mala aplicación de aquellas normas[30].

En suma, resuelto el contencioso por la sentencia del Tribunal Supremo, se cerraba definitivamente el último capítulo pendiente del proceso de la disolución del régimen señorial no solo en la comarca, sino también en Extremadura. La Casa Ducal siguió disfrutando las rentas del pasado, que se le habían reconocido por el juez de Almendralejo en 1837. De esta manera tan confusa, el Duque de Medinaceli consolidó, por un lado, la propiedad de algunas dehesas, por otro, el noveno sobre los terrenos labrantíos. Esta pres-

[30] La jurisprudencia establecida por el alto tribunal era inequívoca: "Si bien es cierto que las leyes de 6 de agosto de 1811, 3 de mayo de 1823 y 26 de agosto de 1837 declaraban abolidos los Señoríos jurisdiccionales y los derechos y privilegios que de ellos emanan, también lo es que respetan como no podían menos de respetar, los derechos y privilegios que nacen del señorío territorial y solariego y todos los que se derivan de contratos particulares". C.L.E., **Sentencias del Tribunal Supremo. 1879**. Sentencia de 8 de marzo.

tación, que el Duque arrendaba periódicamente, siguió siendo fuente de ingresos, a unir a los que proporcionaban las grandes fincas patrimoniales.

Aunque Moxó[31] afirma que el Tribunal Supremo suprimió el noveno en tanto prestación claramente jurisdiccional, resulta claro que su afirmación es inexacta. Sin embargo, como el razonamiento está basado también en el análisis de la Jurisprudencia, es evidente que en ésta hay elementos si no contradictorios sí desde luego confusos. Efectivamente, en una sentencia de 1859 se exigía la presentación de un contrato libre para justificar el origen de la prestación del noveno, cosa que en el caso que se acaba de ver no ocurrió.

A pesar de la tremenda complejidad del asunto, pues las fuentes del siglo XVIII, Catastro de Ensenada[32] y Visitas de Audiencia, confirman la titularidad Ducal sobre las tierras novenarias, cabe sospechar que el Tribunal Supremo basculó hacia los intereses nobiliarios. Se centró en los aspectos procesales, sin entrar en el fondo de la cuestión, tarea posiblemente ya inviable a aquellas alturas. Esta ha sido una percepción sobre la que coincidieron hace ya muchos años, en diverso grado, todos los autores, desde un socialista como García Ormaechea[33] hasta un aséptico institucionalista como Salvador de Moxó, que tras acusar de excesivamente panfletario al primero, reconoció que la jurisprudencia del Tribunal Supremo tendió casi siempre a favorecer a los antiguos señores[34]. Quedaron sin resolver muchas contradicciones. El positivismo jurídico mantendría que la explicación no debería buscarse tanto en la actitud de los jueces, cuanto en la voluntad política que guió la elaboración de las leyes de señoríos.

Como se ha apuntado, los contratos de arrendamiento de mediados del siglo XIX manejados muestran como las tierras novenarias se cedían por el noveno de su producción, más una cantidad, simbólica, en metálico por fanega. Además, la contratación se hacía por tiempo indefinido, aunque renunciable por voluntad de cualquiera de los otorgantes, previo aviso con un año

---

[31] Moxó, S. de, **La disolución del régimen señorial en España**, Madrid, C.S.I.C., 1965, p. 169.

[32] En la respuesta segunda del Catastro de Ensenada, el pueblo de Nogales, tras reconocer la existencia de señorío solariego (posesión de la tierra pero sin derechos sobre las personas) afirmaba que los vecinos labradores disfrutaban la propiedad útil de las tierras "en virtud de título que por su Excelencia se les despachó en el que se prefine como género de contrato enfitéutico por el cual se adquiere el dominio útil que continúan dichos labradores pasando a sus herederos y sucesores", Marcos González, Mª D., **La España del Antiguo Régimen. VI. Castilla la Nueva y Extremadura**, Salamanca, Secretariado de Publicaciones de la Universidad, 1971, p. 43.

[33] García Ormaechea, R., **Supervivencias feudales en España**, Madrid, Ed. Derecho Privado,1932. En una reciente edición de la obra se incluye un amplio estudio introductorio de Pedro Ruiz Torres que sitúa al personaje y su obra en un contexto significativo.

[34] Moxó, S. de, op. cit.

de antelación. Las características de los arriendos reflejan el arcaísmo de esta situación posesoria. El cobro del real por fanega de tierra cedida, cantidad insignificante, no obedecía a una motivación económica, sino jurídica, reforzar la idea de que la cesión novenaria era un arriendo y con ello evitar cualquier equívoco sobre los derechos de propiedad de la Casa Ducal. Sin embargo, el carácter indefinido de la cesión resultaba incompatible con la esencia misma del arrendamiento, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo se encargó de mostrar. En algunas ocasiones el noveno se arrendaba de forma global. Por el contrario, para el disfrute de los pastos de las dehesas, fundamental dado el sistema de rotación utilizado, se cedían en redondo, como las demás fincas de la comarca. Así lo recogen las escrituras notariales localizadas (Tabla 2).

Tabla 2
Arriendos de las dehesas del Duque de Medinaceli en los pueblos del Marquesado de Villalba y Nogales entre 1860 y 1870

Dehesa	Lugar	Año	Renta (Rls)
Atalaya	Santa Marta	1861	14.000
Entrín Bajero	Nogales	1861	54.000
Santa Justa	Nogales	1865	40.096

Fuente: Protocolos Notariales.

En la práctica esta arcaica situación posesoria se terminaría resolviendo a medida que los herederos fueron enajenando el patrimonio aristocrático desde las últimas décadas del siglo XIX. De esta forma, al llegar la Segunda República la Casa de Medinaceli se había desprendido de casi todas las propiedades que había tenido en los pueblos del Marquesado de Villalba. Solo conservaba las dehesas localizadas fuera del Marquesado (Zafra, Oliva de Jerez, Salvaleón y Valencia del Mombuey). En unos casos los vecinos de los pueblos se asociaron para comprar el noveno que gravaba sus propiedades. A principios del siglo XX funcionaba en Santa Marta de los Barros una comisión compradora del noveno. En otros la obtención de la propiedad plena por los campesinos novenarios se conseguiría a través de largos y complicados expedientes.

Así hemos podido documentar que ocurrió con una dehesa, situada en términos de Nogales y Corte de Peleas. Tres notables comarcales, entre ellos uno de los más destacados jefes del partido conservador de la ciudad y circunscripción de Badajoz, a la que pertenecían estas localidades, y entonces senador, Manuel María Albarrán García-Marqués, compraron en 1897 por 162.500 pesetas a María del Carmen Fernández de Córdoba Pérez de Barradas, Condesa de Valdelagrana, heredera del Duque, la dehesa Entrines[35]. Este gran latifundio de 1.889 hectáreas pertenecía entonces, como decimos, a los términos municipales de Nogales y de Corte de Peleas. Los compradores actuaban, en realidad, como intermediarios en la operación de liberación de la carga y reparto de las tierras entre los campesinos novenarios.

Efectivamente, al año siguiente fueron revendiendo a cada uno de ellos los fragmentos de la finca de los que eran labradores[36]. Como se trataba de favorecer a las más modestas economías, las condiciones no eran, desde luego, onerosas. El importe de la venta se abonaría en diez plazos anuales iguales, respondiendo del pago la finca y la garantía personal de los tres compradores. El precio resultaba muy asequible, casi de saldo, y hacer frente a su pago no debía plantear dificultades, dados los cómodos plazos establecidos. No se puede dejar de lado el hecho de que se trataba de una comarca de suelos muy ricos (Tierra de Barros), casi todos constituidos por buenas tierras labrantías y de olivar y viñedo.

Como se puede comprobar consultando el Avance Catastral del término de Nogales, la finca aparecía ya hacia 1920 dividida entre más de un centenar de pequeños propietarios. Pero aquí no terminaron las peripecias de esas tierras. En medio de aquella gran dehesa había una aldea, pedanía en la que vivían los colonos de la finca, que terminó desgajándose y convirtiéndose, en tiempos de Primo de Rivera, en municipio independiente, Entrín Bajo. Su jurisdicción municipal, 970 Has., la constituía un gran fragmento de la dehesa de la que recibía nombre.

Este mismo destino, la división de la finca en múltiples fragmentos, conocería otro de los grandes predios del Duque de Medinaceli en aquellos pueblos. Efectivamente, la dehesa Santa Justa, en Nogales, fue partida y distribuida entre casi dos centenares de vecinos y así aparecía ya en los estudios catastra-

---

[35] Archivo Histórico de Protocolos de Madrid, Notaría de Madrid. Notario Lorenzo Carrión. Escritura de 18 de diciembre de 1897.

[36] En el punto 2 del documento de cesión que firmaban los labradores se decía; "Que viniendo sembrando parte de aquellos terrenos el vecino del pueblo… mediante cierta renta que pagaba a la expresada Casa Ducal, para ampliar dicho disfrute, hasta llegar a ser dueño del pleno dominio del terreno que viene labrando, previas las condiciones que después se dirán, los que suscriben han resuelto ceder al expresado… todos los derechos que sobre referidos terrenos tienen".

les a comienzos del siglo XX. Fue la salida racional a una situación arcaica de difícil acomodo a unos tiempos en los que la conflictividad en los campos estaba alcanzando límites peligrosos para la estabilidad del mundo rural.

Lo ocurrido en los pueblos del Marquesado de Villalba y en Nogales no fue la única situación peculiar que tenía el nuevo patrimonio del Duque de Medinaceli salido de la Reforma Agraria Liberal. Se podría decir que de las diversas fortunas nobiliarias de Extremadura, ésta sería la que mantuvo más rasgos arcaizantes. En Oliva de Jerez, la Casa Ducal había tenido la jurisdicción y el condominio de la Dehesa Campo. Tras el correspondiente juicio instructivo logró consolidar la situación posesoria sobre las hierbas de invierno y el granillo, es decir la bellota caída naturalmente. El Ayuntamiento, el otro condómino, sería el arrendatario tradicional, pagando al Duque por el aprovechamiento de su parte en la Dehesa Campo, para disfrute del común de vecinos, una renta anual variable en función de los rendimientos previstos. Ésta, según un viejo acuerdo, nunca podría pasar de 7.500 pts., valor que pronto resultó irrisorio, al quedar superado por el paso del tiempo.

Una situación similar se daba en Valencia del Mombuey donde el Duque de Medinaceli tenía durante el Antiguo Régimen la jurisdicción, diezmos y primicias y parte de los aprovechamientos de la dehesa Bravero. A partir de 1837 el aristócrata logró consolidar la propiedad de las hierbas de invierno de la finca. Como el otro condómino era el Ayuntamiento, también éste se terminó convirtiendo en el arrendatario tradicional, para disfrute del común. Con objeto de que los vecinos que no disponían de ganado recibieran algún tipo de beneficio de los bienes comunales, se les repartía una pequeña cantidad (llamada repaso) que la corporación municipal obtenía del arrendamiento de los pastos. En otros pueblos, la Casa Ducal logró consolidar la propiedad plena de importantes dehesas, que serían las últimas en enajenarse. Era un notable patrimonio rústico que solo entre Salvaleón y La Parra superaba las dos mil hectáreas.

El Marqués de Bélgida, titular del señorío de Alconchel, presentó el 23 de enero de 1838 en el Juzgado de 1ª Instancia de Olivenza, en aplicación del artículo 7º del decreto de 1837, el título de señorío territorial, que había sido concedido a un antecesor y confirmado por Juan II en 1445 a Gutierre de Sotomayor, Maestre de la Orden de Alcántara. Pidió que, en vista de ello, se declarasen de su propiedad particular diferentes dehesas del término[37]. El

[37] Como muestran las Visitas de Audiencia, cuando finalizaba el Antiguo Régimen la situación aparecía clara. El Marqués de Bélgica y San Juan de Piedras Albas era señor jurisdiccional de Alconchel y tenía, además, la propiedad de trece dehesas (los doce millares de tierra de monte alto y yerbas de invierno y una dehesa de yerbas de invierno y pastos de verano) y algunas cercas.

Juzgado confirió traslado de la pretensión al Ayuntamiento, que confirmó como hecho innegable que al Marqués pertenecían en el término de Alconchel las hierbas de invierno (de 30 de septiembre a 31 de marzo) de doce dehesas, cuyo arbolado, además, era aprovechado por los vecinos a razón de 51 reales cada puerco.

A cambio de la aceptación por el Marqués de los derechos municipales a los pastos de primavera y verano (de 1º de abril a 29 de septiembre) y disfrute por un precio limitado de la bellota, el Ayuntamiento no tenía inconveniente en reconocer lo que aquél solicitaba. Logrado de esta manera el acuerdo entre ambas partes, el Juez de 1ª Instancia de Olivenza, por auto del 27 de septiembre de 1838, consideró cumplidos los trámites previstos en la legislación para el reconocimiento del señorío territorial y declaró que el Marqués debía continuar en la posesión y disfrute de las doce dehesas[38]. Posteriormente surgirían discrepancias en el modo de aprovechar la bellota, que darían lugar a largos pleitos, cuyo análisis se realiza más adelante.

Esta decisión creó una ambigua situación posesoria respecto a los arbolados. La Administración consideró al monte de las fincas del aristócrata como propiedad pública. Así lo recogió el Catálogo de Montes de 1859, que los incluyó en la categoría de Montes enajenables pertenecientes a los pueblos. Allí aparecieron las doce dehesas del señorío y otras más de diferentes aristócratas que convertían a Alconchel en uno de los términos con más montes públicos de Extremadura[39].

La cosa estaba más clara en el caso de otros dos nobles que desde el Antiguo Régimen tenían importante patrimonio rústico, hierbas de invierno, en el término de Alconchel. Los Marqueses de Mirabel, cuatros dehesas, y de la Alameda, otras cuatro, no tuvieron problemas para continuar disfrutando su propiedad, también en condominio, pastos de verano y arbolado, con los vecinos. Pero éstos, que, tradicionalmente, por oposición de los ganaderos trashumantes, arrendatarios tradicionales de las hierbas de invierno, apenas podían disfrutarlos, en esta ocasión tampoco gozarían mucho tiempo de su propiedad. Aquellos derechos concejiles, considerados en la categoría de bienes de propios, fueron expropiados por el Estado y puestos a la venta a partir de 1876. La prensa oficial anunció la enajenación de los agostaderos y arbolado de encinas de ocho fincas que ocupaban más de 4.200 Has. en las que había 45.000 encinas. El arbolado estaba gravado con una cantidad que se

[38] C.L.E., **Sentencias del Tribunal Supremo, Año 1874**, Sentencia del 6 de junio.

[39] En total 24.125 Has., el 84% de la superficie del término. Estas cifras parecen excesivas y conducen a la necesidad de analizar con sumo cuidado, de forma casi microanalítica, el significado real de los predios incluidos en el Catálogo de Montes de 1859.

pagaba al dueño, como compensación por los daños causados, por el ganado porcino que aprovechaba las bellotas, a las hierbas de invierno[40].

Disuelto el régimen señorial y resueltas las tensiones entre aristócratas y municipios por la titularidad de diferentes aprovechamientos de las fincas, con la consolidación del condominio, la situación sin embargo no quedó estabilizada. La legislación desamortizadora de Madoz, con la que prácticamente se cerraba la última fase de la Reforma Agraria Liberal, replanteó nuevos y frecuentes contenciosos en los condominios. Porque al establecer la enajenación de los bienes de propios se puso en peligro la supervivencia de todos los patrimonios concejiles. La primera cuestión a resolver era a qué categoría pertenecían aquellos bienes que, tras la desaparición del régimen señorial, habían quedado en manos de los pueblos. Propios o Comunes merecían muy diferente tratamiento.

Con carácter general, en tanto que propiedades concejiles, el Estado se incautó de todos estos derechos y los puso a la venta. Correspondió entonces a cada una de las partes implicadas (municipios y aristócratas) entablar la pertinente reclamación que permitiera dejar a salvo sus intereses. Ante lo irreconciliable de las posturas, diversas y contradictorias, los tribunales de justicia debieron mediar, arbitrando diferentes soluciones, en las que no siempre es fácil descubrir un mismo hilo conductor.

La Ley de 1855 planteó, pues, un duro reto, al hacer desaparecer la mayor parte de los cuantiosos patrimonios concejiles. Se enajenaron no solo predios en redondo, sino también derechos parciales, sobre todo arbolado. Aunque los propietarios del suelo, tanto viejos (fundamentalmente figuras de la nobleza), como nuevos (compradores en la Desamortización de Mendizábal, especialmente de bienes del Monasterio de Guadalupe), intentaron hacerse con el monte nada más subastado, no siempre fue posible lograrlo sin complicadas gestiones y cuantiosos gastos[41]. Se trataba de eliminar el condominio, siempre molesto.

Porque los mecanismos legales tradicionales, previstos para favorecer la fusión de condominios, fueron en un primer momento dejados en suspenso

---

[40] Se anunciaba la venta de los pastos de verano, de abril a septiembre, y las encinas, en este caso con un gravamen: "el vecindario por convenio con el dueño satisface a éste anualmente 150 pesetas por el daño que se le causa aprovechando la bellota en la montanera y con dicho gravamen se enajena el arbolado". **Boletín General de Venta de Bienes Nacionales**, 1-VII-1876.

[41] Sánchez Marroyo, F., "La disolución de un imperio. Los bienes del Monasterio de Guadalupe tras su privatización, un limitado proceso de dispersión patrimonial" en Llopis Agelán, Enrique (Edit.), **Guadalupe y la Orden Jerónima. Una empresa innovadora**, Badajoz, Guadalupe 2007, 2008, pp. 321-350.

por las leyes desamortizadoras, en lo que se refería a las ventas hechas por el Estado. Efectivamente, **retracto** y **tanteo** ("tiene derecho a retraer por el tanto la cosa vendida el que es condómino en ella")[42] permitían unificar la titularidad. Dejaba de estar en vigor justo cuando se procedía a la enajenación masiva del arbolado. Con ello se generalizaba el peligro de incrementar el condominio.

Sin embargo, la R.O. de 18 de octubre de 1862 señaló que podía hacerse uso del retracto en las enajenaciones sucesivas. Destacados miembros de la oligarquía agraria, nobles y no nobles, se vieron implicados en diferentes intentos, que conocieron muy distintas peripecias, para hacerse con el arbolado. Porque hubo zonas en las que las enajenaciones masivas de arbolados tuvieron lugar entre 1859 y 1861, antes de la entrada en vigor de aquella norma. Las recompras del monte se convertían en una necesidad, dificultada no solo por su revalorización, sino también por la dispersión del arbolado entre múltiples propietarios.

Como el volumen de transferencias de tierras en aquellos años centrales del XIX era excepcionalmente alto y las situaciones conflictivas menudeaban hubo que intentar arbitrar nuevas soluciones legales. Así la Ley de 15 de junio de 1866[43] permitía al dueño del suelo redimir los censos y demás cargas cuando éstos fuesen puestos a la venta por el Estado, de acuerdo con una capitalización establecida en 1859. El artículo 7º extendía esta posibilidad de redención a los dueños de fincas gravadas con aprovechamientos de pastos constituidos a favor de pueblos o corporaciones, siempre que no se hubiesen declarado de aprovechamiento gratuito. En otras palabras, solo podía llevarse a cabo aquella operación si pertenecían a la categoría de Propios, pero no si eran Comunes. Estaba claro que cuando se hablaba del propietario del predio se entendía del dueño de la labor. De esta forma, se podía redimir el derecho de pastos como si se tratara de una mera servidumbre si el Ayuntamiento no había sido diligente, pidiendo su excepción de venta como bienes comunales. A esta norma trataron de acogerse algunos aristócratas para librarse de molestos usos vecinales.

En Villanueva del Fresno la disolución del régimen señorial permitió consolidar los tradicionales derechos de las dos partes sobre aquel gigantesco

---

[42] Según la tradición legal castellana (Leyes de las **Siete Partidas**, Ley 55, Titulo 10, Partida V: el que tiene la cosa común con alguno, puede por el tanto tomar la tal cosa que su compañero vende a algún extraño"), vigente en aquellos momentos a falta de un Código Civil, y recogida en la Novísima Recopilación, Libro X, Título XIII: "De los retractos y derecho de tanteo". Ambas realidades, similares en su resultado, pero diferentes en el contenido (la primera posterior al contrato, la segunda al tiempo de su celebración), encontraban en la posesión en común su campo adecuado de actuación.

[43] Gaceta de Madrid, 17-VI-1866.

patrimonio rústico. Incorporados a la Nación los aspectos jurisdiccionales, el Conde de Montijo, titular del Marquesado de Villanueva del Fresno, logró, tras el correspondiente juicio instructivo en Olivenza y con el asentimiento del Ayuntamiento, salvar la propiedad de las 35 dehesas que venía detentando, en condominio con el pueblo. A partir de este momento, cada una de las partes siguió disfrutando de su patrimonio, con las mismas tensiones del pasado. El cambio de legalidad no mejoró, como era previsible, las perspectivas de entendimiento.

Además, la Reforma Agraria Liberal introdujo un nuevo factor de inquietud para el municipio. A raíz de la legislación desamortizadora de Madoz, el Ayuntamiento incoó un expediente en solicitud de excepción de venta de los agostaderos de las 35 dehesas del Marquesado, por tratarse de bienes de aprovechamiento libre y gratuito por los vecinos. A pesar de los esfuerzos, la pretensión fue rechazada y una Real Orden de 26 de enero de 1869 dispuso la enajenación de los pastos. Pero el Ayuntamiento reclamó y en 1871 el Tribunal Supremo dejó sin efecto la decisión y declaró exceptuados de la desamortización aquellos derechos comunales[44].

De esta manera, consolidada la propiedad concejil, cada condómino siguió explotando de manera independiente su parte; el Duque arrendaba las hierbas de invierno y la montanera. Además, las fincas tenían un notable arbolado de alcornoque. Como la revalorización del corcho se inició más tarde, ni en el pasado más remoto, ni cuando se firmaron los acuerdos de 1837 se contempló este aspecto. Así una importante fuente de riqueza pasó en exclusiva a la Casa Ducal, que, lo que era más enojoso, debía recoger el producto a comienzos del verano, cuando correspondía aprovechar las fincas a los vecinos, perturbando su disfrute. Era un nuevo elemento de disgusto y malestar.

Por otro lado, el derecho a recoger leñas, para el consumo doméstico y el utillaje ganadero, majadas, era otro factor de enfrentamiento. Se encontró siempre con la oposición del dueño del arbolado, que hizo cuanto pudo para lograr eliminarlo. Como los vecinos disfrutaban de los agostaderos, la labor de las fincas obligaba a acuerdos entre los condóminos, es decir se requería el consentimiento de los pueblos. El resultado era que se sembraba poco, con el consiguiente perjuicio para la riqueza de un pueblo cuyo término superaba las 35.000 Has. Dada la gran extensión de los aprovechamientos, el Ayuntamiento de Villanueva del Fresno comenzó a arrendar de manera sistemática los pastos de verano sobrantes. Lo obtenido pasaba a las arcas municipales. Esta situación de condominio seguía siendo enojosa y fuente inagotable de disgustos.

---

[44] C.L.E., **Sentencias del Tribunal Supremo, Año 1871**, Sentencia del 11 de enero.

Como consecuencia, en palabras de un testigo, "el odio que la mayoría de los vecinos tienen a la Casa, porque les priva de lo que ellos creen les pertenece, da ocasión para que todos los años durante el verano sean incendiados los pastos y monte bajo de las fincas, con cuyos fuegos destruyen la mata nueva y muchos árboles criados, todo esto con el fin también de obtener mejores hierbas al siguiente año y leña seca que después aprovechan, delitos que no pueden evitar los guardas jurados de la Casa ni la Guardia Civil, que también procura perseguirlos"[45].

En Siruela, la disolución del régimen señorial permitió al titular, el Conde de Cervellón, consolidar la propiedad de las hierbas de invierno, hasta marzo, de cuatro grandes dehesas en condominio con los vecinos. Estos había venido poseyendo, durante siglos, el derecho a aprovechar en aquellas fincas el agostadero (en sentido genérico, lo que en otras zonas se llamaban pastos de primavera y verano, desde mediados de marzo a fines de septiembre) y el engordadero (aprovechamiento de la bellota, bien directamente con los cerdos, un máximo de diez días en cada dehesa, bien recogiéndola del suelo, sin límite temporal). Además, existían otras limitaciones menores, como el disfrute de leñas y las rastrojeras, también de titularidad municipal[46].

La existencia de este condominio obligaba a una convivencia forzada, siempre conflictiva, entre los condóminos. Para la Casa nobiliaria se trataba de una servidumbre enojosa que impedía un uso pleno de su patrimonio. Para los vecinos era un derecho consolidado, de una notable funcionalidad económica. Sin embargo, al promulgarse la Ley Madoz de 1855, golpe de gracia para los patrimonios concejiles, Pilar L. Osorio Gutiérrez de los Ríos, III Duquesa de Fernán Núñez, en la que había recaído por herencia aquel patrimonio, y el Ayuntamiento iniciaron de manera simultánea gestiones para tratar de dar, cada uno a su manera, una solución definitiva al asunto acorde con sus intereses, claramente contrapuestos.

La primera, haciendo uso de la legislación, pretendió redimir aquellas cargas sobre sus dehesas; pero el segundo había acordado solicitar en 1861 la excepción de venta, argumentando que se trataba de bienes de aprovechamiento común. En 1867 volvió a insistir solicitando se declarasen irredimibles los derechos por ser de uso general y gratuito. El Gobierno Provisional, por orden de 6-XI-1868, zanjó las discrepancias en la valoración del conten-

---

[45] Fuentes Cumplido, F., op. cit., p. 11.

[46] Existe un amplio estudio sobre este señorío, con detallado análisis de los pleitos que conoció, **Siruela. El pueblo de la Virgen de Altagracia**, Madrid, Ediciones de la Fundación Santa María, 1987.

cioso que existía entre las propias autoridades provinciales, declarando que quedaban exceptuados de la venta aquellos aprovechamientos.

El disfrute no era gratuito, los vecinos debían pagar al año una cantidad global por el usufructo de los pastos de verano y otra por cada cabeza de cerdo que aprovechase la montanera. Al basarse en escrituras medievales, su cuantía (15.000 maravedíes, es decir 437 reales, por los agostaderos y 10 maravedíes por cabeza cerdosa) había quedado muy erosionada por el paso del tiempo. Al margen de su insignificancia económica al llegar el siglo XIX, su importancia era de tipo jurídico, en tanto daba argumentos a la aristócrata para presentar el disfrute como una cesión o arriendo mediante precio, lo que garantizaba sus derechos de propiedad.

La Casa Ducal, agotada la vía administrativa, recurrió la decisión ante el Tribunal Supremo, que admitió la demanda. De esta manera, el pueblo, defendido por José Moreno Nieto, ilustre polígrafo y destacado hombre público, y la Duquesa se enzarzaron en un contencioso. Los esfuerzos de la parte demandante iban ahora en el sentido de mostrar que aquellos bienes eran de propios y, por tanto, de acuerdo con la legislación vigente, debían enajenarse. De hecho llegaron a venderse y pasaron a manos de la aristócrata, aunque esta situación no llegó a consolidarse. El pleito lo resolvería el Tribunal Supremo, confirmando la declaración de excepción de la desamortización, por su carácter de comunales, de aquellos aprovechamientos, dando con ello la razón al pueblo de Siruela[47].

De esta forma se consolidaría el condominio sobre aquel gigantesco patrimonio rústico. Hierbas de invierno y labor, con las medias hierbas, quedarían en poder del Duque. El resto de los aprovechamientos permanecerían en manos de los vecinos. De esta forma, en el siglo XX, al catastrarse el término de Siruela, aquel notable caudal rústico, 8.111 Has., aparecía dividido entre los dos condóminos. El Ayuntamiento era dueño de los pastos de verano y el Duque de Fernán Núñez del resto de los aprovechamientos del suelo (hierbas, encinas, monte bajo y cereal en rozas).

Por el volumen de tierras implicadas, el más importante conglomerado señorial de Extremadura había terminado concentrado, gracias a afortunados y bien elegidos matrimonios, en manos de la Casa de Osuna, la más poderosa de la nobleza española en el siglo XIX[48]. Habían quedado bajo su control los bienes de algunos de las más rancios títulos de la aristocracia

[47] C.L.E., **Sentencias del Tribunal Supremo. 1871**. Sentencia del 13 de diciembre

[48] Puede verse un estudio de la Casa de Osuna. hasta su disolución final en Atienza Hernández, I., **Aristocracia, poder y riqueza en la España Moderna**, Madrid, Siglo XXI, 1987.

nacional, con notable presencia en Extremadura (Duque de Béjar, Conde-Duque de Benavente, etc.). Entre los diferentes señoríos que terminó controlando, el más destacado era el Estado de Capilla, que englobaba a los municipios pacenses de Baterno, Capilla, Garlitos, Peñalsordo, Risco y Zarza Capilla.

En el Antiguo Régimen, el titular del señorío, además de diversas rentas de tipo fiscal y judicial y otras de claro componente jurisdiccional, era dueño de varias importantes dehesas, entre las que se encontraban las más extensas de Extremadura: Yuntas (6.554 Has.), Barrancos y Castillejos (5.830 Has.), Berrocal (15.290 Has.) y Piedra Santa (7.126 Has.), que, en realidad, incluían en su perímetro la mayor parte de las tierras de los términos de los seis municipios. En aquellas fincas los vecinos eran dueños de unos confusos derechos de pastos que darían lugar, con el tiempo, a unos largos y complicados pleitos.

Las relaciones entre el señor y los pueblos del Estado de Capilla fueron en el pasado conflictivas y lo seguirían siendo a lo largo del siglo XIX. En contra de lo que pensaban algunos nostálgicos conservadores, que tenían una visión arcádica del pasado[49], nunca hubo armonía entre tan contrapuestos intereses. En el XVIII tuvieron lugar diferentes pleitos, uno de ellos al intentar hacer los pueblos uso del derecho de tanteo para recuperar la propiedad del Estado, ganados por la Casa Ducal. Una sentencia de 1724, que arrebató a los pueblos la posesión de las cuatro dehesas, cedidas en siglos anteriores a censo (de 2.000 ducados), declaró que las fincas pertenecían a los mayorazgos del Duque de Béjar. Éste, reafirmado en sus derechos sobre el patrimonio rústico, entregaba mediante contratos de arrendamiento, tácitamente renovados entre 1752 y 1834, las tierras, en general de escasa calidad, a los pueblos para su aprovechamiento de pasto, bellota y labor.

Los juicios instructivos llevados a cabo en el Juzgado de 1ª Instancia de Puebla de Alcocer en 1838 consolidaron la propiedad del Duque de Osuna sobre las dehesas que ocupaban la mayor parte de las tierras de los pueblos del Estado de Capilla. La sentencia de 16 de octubre de 1838 fue aceptada sin recurso en contra. Los derechos del Duque sobre aquellas tierras se basaban en una escritura del siglo XIV por la que Julián Núñez de Villasán vendió, por 280.000 maravedíes, a Diego López de Stúñiga la villa de Capilla con "su castillo e con todas sus aldeas e términos poblados e por poblar e con montes

[49] Sánchez Marroyo, F. y Merinero Martín, Mª J., "Componentes filosóficos y elementos sociopolíticos del discurso tradicional en la obra de Vicente Barrantes: una percepción conservadora de la realidad nacional" en Tusell, J.; Gil Pecharromán, J. y Montero, F.,(ed.). **Estudios sobre la derecha española contemporánea**, Madrid, U.N.E.D., 1993, pp. 31-61.

e prados e pastos e dehesas e ríos e aguas corrientes e estantes e contornos e molinos e aceñas e huertas e tierras de pan llevar e viñas e casas"[50].

De esta forma, algunas de las mayores fincas de Extremadura pasaron a engrosar el patrimonio ducal. Sin embargo, la transformación en propiedad privada de aquellos bienes se hizo de forma poco clara en lo que respecta a los condominios vecinales, dejando pendientes ciertas ambigüedades, origen de futuros conflictos. En definitiva, la disolución del régimen señorial, que hizo pasar la propiedad de todos los aprovechamientos de los fincas al Duque, no mejoró las perspectivas de entendimiento con los pueblos. Las relaciones entre el antiguo señor, ahora flamante propietario, y los vecinos siguieron siendo malas.

En la nueva situación se plantearon diversos pleitos, especialmente intensos, como en otros casos a partir de 1860, coincidiendo con un alza importante de los precios de los arrendamientos. Menudearon las invasiones con el ganado (los vecinos querían hacer uso del derecho de baldiaje) y los correspondientes desahucios. Aunque en aquel momento se determinó que las fincas no tenían ninguna carga y de esta manera fueron inscritas en el recién creado Registro de la Propiedad de la capital del partido judicial, Puebla de Alcocer, en los años 1863-1864, la cuestión dejaba de estar clara. Porque el arrendamiento de los pastos de verano se hacía con la carga del ganado vecinal, que el Duque consideraba simple concesión graciosa y los pueblos derecho inmemorial.

La Administración, angustiosamente necesitada de fondos en los años del Sexenio[51], aprovechó esta disidencia para intervenir, mirando por la defensa de sus intereses, sin mayor preocupación por la situación de los campesinos de Capilla. Pretendía la expropiación y venta de aquellos aprovechamientos, que consideraba derechos concejiles, al incluirlos en la categoría de Propios. En 1870 la Dirección General de Propiedades se incautó, sacó a subasta y vendió los agostaderos de las cuatro grandes dehesas. En la prensa oficial se comenzó a anunciar, como pertenecientes a los propios de los pueblos, la

[50] A.H.P. de Cáceres, Sección Audiencia, **Pleito entre la Administración y la Casa Ducal por la propiedad de los agostaderos de las fincas del Estado de Capilla**, Exposición del abogado defensor, Leg. 214.

[51] A lo largo de aquellos años fueron varias las ocasiones en las que los Ministros de Hacienda hicieron rotundas declaraciones en el Parlamento defendiendo la necesidad de vender para conseguir recursos a fin de saldar los descubiertos del Tesoro. Así en 1873, el entonces titular del Departamento, José de Echegaray, afirmó: "uno de los principales recursos para el Tesoro es activar, y activar enérgicamente, la desamortización. Así, que yo por mi parte, he de hacer todo lo que esté en mi mano para que se venda el mayor número posible de bienes (…) desgraciadamente siento no poder vendar más", Diario de Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados, Sesión del 27 de enero de 1873, p. 2.706.

venta de los pastos de verano (realmente, como en casos similares, de primavera y verano) de 1º de marzo a 29 de septiembre que "disfrutan gratis los vecinos del Estado de Capilla", de parte de aquellas cuatro dehesas, cubiertas de monte bajo[52].

Era una gran superficie (12.047 Has.) la que se lanzaba al mercado, a un precio asequible (88.471,700 escudos), lo que daba un promedio ligeramente superior a las 15 pts./Ha.. A pesar de esta valoración de saldo, la gigantesca extensión enajenada requería una inversión de muchos cientos de miles de reales, con el riesgo inherente, además, a las subastas. Todo ello en un momento en el que la economía del Duque, que se encontraba en pleno proceso de disolución patrimonial en Extremadura, no estaba para tales trances. Por eso se optó por la solución más operativa, la reclamación judicial en contra de la decisión nacionalizadora de la Administración.

El Duque, pues, reclamó. Si bien el juez de Puebla de Alcocer falló a su favor, la Audiencia de Cáceres actuó de forma contraria, revocando en 29 de enero de 1874 aquella sentencia, a pesar de la documentación aportada por la parte actora. No solo se presentó la escritura de compra de 1382, sino también la sentencia de revista de 1724, confirmatoria de la propiedad de todos los aprovechamientos. Para aquella instancia judicial, apoyada en su decisión por los vecinos, dado que los pueblos venían disfrutando desde tiempo inmemorial de los agostaderos, el Estado se había apropiado legítimamente de ellos, de acuerdo con lo establecido en las leyes de desamortización. El Tribunal Supremo zanjó en 1875 la cuestión, al resolver en contra del Duque, bien necesitado de fondos en aquellos momentos, el recurso de casación por infracción de ley que había interpuesto contra la sentencia de la Audiencia[53]. Estableció, pues, que los agostaderos pertenecían a los Propios de los pueblos y, por tanto, legitimó la venta que el Estado había hecho de ellos.

La trascendencia del asunto radicaba, más que en la riqueza de los aprovechamientos (las fincas se localizaban en una de las comarcas más pobres de Badajoz), en la amplísima superficie cuyo disfrute se disputaba. Hacerse con la plena propiedad de las fincas obligaría al aristócrata, ya en irreversible proceso de declive, a realizar una cuantiosa inversión. En este caso fueron los tradicionales usos comunales los verdaderos perdedores en el contencioso. La cuestión, sin embargo, encontraría una peculiar solución poco después, cuando los pueblos empezaron a comprar las fincas para disfrutarlas en

---

[52] **Boletín General de Ventas de Bienes Nacionales**, 3-IX-1870 y ss.
[53] C.L.E., **Sentencias del Tribunal Supremo. 1875**. Sentencia del 23 de marzo.

común. Parece que todo volvía al principio, a los tiempos del ordenamiento agrario tradicional[54].

En Puebla de Alcocer, otro de los grandes señoríos del Duque de Osuna, desconocemos que la Casa Ducal intentara, porque la situación estuvo siempre más clara, oponerse a la nacionalización y venta, como bienes de propios, de las servidumbres de las fincas. La privatización de los agostaderos de la dehesa Rincones (Talarrubias), una de las grandes fincas del patrimonio Ducal (4.218 Has.), que desde antiguo se consideraban propiedad de los pueblos, se llevó a cabo en los primeros momentos de la desamortización civil. Los pastos de verano, en este caso desde el 1º de abril al 29 de septiembre, fueron vendidos, como tales bienes de propios, a un precio de saldo (promedio en tasación: 8 pts./Ha. y en subasta 11,60) y terminaron en manos de uno de los grandes ganaderos de La Serena, de la familia Gómez Bravo, tradicional arrendatario de las yerbas de invierno y la bellota de las fincas[55].

Donde la Casa Ducal se encontró con graves problemas por la titularidad de algunos aprovechamientos de ciertas fincas fue en la localidad de Burguillos del Cerro, primero territorio de la Orden del Temple y luego tradicional lugar de señorío, de la Casa de Béjar y, después, por herencia, del Duque de Osuna. Su Ayuntamiento siempre trato de demostrar que tres dehesas del término habían pasado a manos de la familia del aristócrata fruto de usurpaciones. En suma, la consolidación de la propiedad sobre algunas dehesas en Burguillos presentó múltiples problemas, continuación de un viejo litigio que venía enfrentando al pueblo con el titular del señorío, el Duque de Béjar, desde el siglo XVI.

En el Antiguo Régimen, además de la jurisdicción y alcabalas, poseía la Casa Ducal, en condominio con los pueblos, ciertos derechos en tres dehesas. Para el Ayuntamiento de Burguillos las fincas en cuestión eran concejiles y habían sido ocupadas y amojonadas por el señor del lugar de manera arbitraria, abusando de su preeminencia. Por el contrario, la Casa Ducal alegaba que las fincas le pertenecían desde tiempo inmemorial. Tras diversos pleitos en la época de los Austrias, se intentó una transacción, que fracasó[56] y así se llegó a la disolución del régimen señorial.

---

[54] Este proceso lo hemos analizado en detalle en Sánchez Marroyo, F., "A la búsqueda de la propiedad universal. Estrategia campesina y solución a la cuestión social. Las sociedades de compras en Extremadura" en **Historia de la propiedad. Costumbre y prescripción**, Madrid, Servicio de estudios del Colegio de Registradores, 2006, pp. 621-663.

[55] A.H.P. de Badajoz, Sección Protocolos Notariales, Notaría de Badajoz, Escritura de 16 de junio de 1865. Leg. 1.290.

[56] La transacción era salomónica: una finca con todos sus aprovechamientos completos para cada una de las partes en litigio; en la tercera el Duque disfrutaría las medias hierbas y la bellota y

El Duque de Osuna, titular entonces del señorío, acudió el 4 de noviembre de 1837 al Juzgado de Fregenal promoviendo juicio instructivo sobre la propiedad de las fincas, como pertenecientes a su señorío solariego. Presentó copia de la escritura de cesión en 1393, por el Rey Enrique III, a Diego López de Stúñiga, por sus "muchos servicios e buenos", de la villa de Burguillos "con su castillo e fortaleza, e con todas sus aldeas e con todos sus términos e pertenencias e con lo poblado e despoblado e con sierras e con montes, valles, prados ríos, fuentes". Pero, el Ayuntamiento reclamó y se inició entonces una nueva fase de pleitos. Hasta 1842 no se resolvió, por sentencia de la Audiencia de Cáceres, el asunto y el Duque consolidó la propiedad sobre parte de los aprovechamientos de las tres dehesas que había venido detentando tradicionalmente[57]. Con ello no cesaron, sin embargo, los problemas y Ayuntamiento (que quería aprovechar las yerbas) y Casa Ducal (que defendía lo que consideraba suyo) siguieron disputando por el disfrute de las dehesas[58].

La principal riqueza de las tres fincas era la bellota, que el Duque arrendaba a ganaderos, y en una de ellas, por lo demás de nombre inequívoco, dehesa Alcornocal, había un importante monte de alcornoque. Este arbolado comenzó desde mediados del XIX a ser una importante fuente de rentas. El corcho, entonces en proceso de intensa revalorización, solía ser comprado por comerciantes catalanes afincados en la zona[59]. Pero, como las demás grandes explotaciones del patrimonio de Osuna, su imparable quiebra hizo que a partir de 1870 todas las fincas, hipotecadas en garantía del gran préstamo de 1862, fueran enajenadas.

El encaje en la nueva legalidad liberal de la peculiar situación posesoria que se vivía en las localidades de Bohonal de Ibor y de Talavera la Vieja planteó grandes dificultades, originándose diversos contenciosos que tardarían en solucionarse. En 1852 el Gobernador Civil de Cáceres, oído el Consejo Provincial, declaró que aquellos montes eran propiedad particular del Conde de Montijo, a quien competía, por tanto, su vigilancia. La máxima autoridad provincial anulaba así su propio acuerdo del año anterior, que es-

---

el resto los vecinos. Pueden seguirse estas peripecias en Martínez, M. R., **Apuntes para un mapa topográfico tradicional de la villa de Burguillos**, Sevilla, A. Guichot y CIA editores, 1884.

[57] A. H. P. de Cáceres, Sección Audiencia, **Sentencias en el pleito del Duque de Osuna con el común de vecinos de Burguillos sobre propiedad de las dehesas Encinar, Alcornocal y Granjita**, Leg. 42.

[58] C.L.E., **Decisiones y sentencias del Consejo Real, Año 1848**. Decisión del 22 de agosto.

[59] Sobre el significado de estos personajes en el mundo rural del Oeste de España, Sánchez Marroyo, F., "Los catalanes en la Extremadura del siglo XIX. La edad de oro del negocio corchero" en Pérez Picazo, Mª T.; Mas, A. y Ferrer, Ll. (eds.), **Els catalans a Espanya, 1760-1914**, Barcelona, Universitat de Barcelona-Generalitat de Catalunya, 1996, pp. 193-213.

tipulaba que las fincas quedaban sometidas a las Ordenanzas Generales de Montes. Los pueblos, por su parte, siempre manifestaron que carecían de bienes de propios.

A pesar de todos estos antecedentes, en aplicación de la Ley Madoz, el Estado se incautó de las fincas y en 1860 se anunció la venta en los Boletines Oficiales de Ventas de Bienes Nacionales, como pertenecientes a la categoría de propios, de varias dehesas situadas en los términos municipales de aquellos pueblos. Las fincas salían a subasta con algunas cargas en metálico y especie a favor de la Casa Condal. Aunque en 1861 fueron rematadas por oligarcas rurales y el Administrador de la Condesa de Montijo y Miranda, ésta y los pueblos protestaron y a fines de ese mismo año se anularon las ventas.

Para complicar más la cuestión, el Ayuntamiento de Talavera la Vieja solicitó la excepción de venta de la dehesa boyal, lo que originó nuevos pronunciamientos legales. El Regente del Reino mediante R.O. de 17 de diciembre de 1869 estableció que debía enajenarse el dominio útil de las fincas de propios y comunes de Bohonal de Ibor y Talavera la Vieja, pues el directo pertenecía a la Condesa de Montijo. Solo se exceptuaba de la enajenación la dehesa boyal concedida a este municipio. En los anuncios de venta debía hacerse mención de la especial situación de las fincas, rebajándose al comprador del precio del remate el importe del canon anual pagado a la Casa en reconocimiento de su dominio.

El Conde viudo de Montijo, en nombre de sus hijos, pidió al Tribunal Supremo el 14 de julio de 1870 la revocación de aquella decisión. Solicitaba, además, que se declarasen de propiedad particular los terrenos, aprovechamientos, usos y disfrutes que formaban los términos municipales de Bohonal de Ibor y Talavera la Vieja. El fundamento de su petición estaba en el hecho de que consideraba a la Casa de Montijo y Miranda dueña en pleno dominio de aquellas tierras que habían formado parte de la villa de Alija. De acuerdo con la escritura de cesión de 1464, aclarada en sus dudas por la de 1576, se desprendió el aristócrata del dominio útil, para favorecer la colonización de tierras incultas, solo a favor de los vecinos de aquella villa.

Además, como eran terrenos vinculados, la concesión no podía ser considerada plena ni completa al faltar los requisitos procedimentales que las leyes exigían en estos casos. En última instancia, dado que le pertenecía el derecho de retracto, podía la Casa reivindicar la recuperación del dominio útil si un tercero, en este caso el Estado, intentaba, sin título alguno, apoderarse de los disfrutes cedidos a los labradores individualmente, no a los municipios. La demanda condal fue asumida también en sus argumentos jurídicos por los vecinos de Bohonal y Talavera.

El Tribunal Supremo fue, pues, el que debió resolver la cuestión, aclarando, además, en 1872, la situación posesoria. Para aquella superior instancia judicial mediante aquel contrato especial de 1576 no se enajenó el dominio útil y, como además, los pueblos no habían pagado el 20% a la Administración por su arbitraje, las fincas no pertenecían a la categoría de bienes de Propios. El fallo de la sentencia era preciso: "los terrenos que componen los términos de Talavera la Vieja, Bohonal de Ibor y La Poveda no están sujetos a las leyes de desamortización y en su consecuencia no ha lugar a su enajenación"[60].

Para aquella instancia en ninguna de las escrituras hubo verdadera cesión del dominio útil de los terrenos, sino que a los vecinos "única y exclusivamente se les concedía el uso y aprovechamiento" bajo una forma especial, limitada por la prohibición de ceder este aprovechamiento al que no fuera vecino de aquellos pueblos. En definitiva, todo quedó tal como estaba hasta aquel momento, es decir se permitió la supervivencia de aquel anacronismo. La suprema instancia judicial fue incapaz de aclararlo, asimilándolo a cualquier figura contractual existente en el ordenamiento liberal.

De esta manera, en los amillaramientos y repartimientos de la contribución territorial de los dos pueblos seguiría figurando como único terrateniente el Conde de Montijo, por la propiedad de la mayor parte de los términos[61]. Mientras los vecinos, dueños del aprovechamiento, contribuían por sus pequeñas propiedades (en la escritura de concordia se les entregaron tierras para viñas) y las yuntas de labor que disfrutaban como colonos. Esta peculiar supervivencia llegaría hasta los últimos años de la Monarquía de Alfonso XIII, cuando los vecinos compraron al aristócrata la propiedad de las fincas que venían disfrutando desde siglos.

De esta forma se resolvería aquel anacronismo multisecular que no favorecía a ninguna de las partes. El aristócrata era propietario, pero ni recibía beneficios acordes al volumen de las tierras, ni podía vender ni arrendar, ni mucho menos hipotecar y se limitaba a cobrar una renta totalmente devalua-

---

[60] C.L.E., **Sentencias del Tribunal Supremo. 1872**, Sentencia del 10 de julio.

[61] El líquido imponible amillarado era el que resultaba de adaptar a pesetas el importe de las prestaciones vecinales estipuladas en las viejas escrituras de cesión, que era también lo que percibía la Casa Condal por su dominio sobre los términos. Era una cantidad irrisoria, que a comienzos del siglo XX convertían al Conde de Montijo en un modesto terrateniente en aquellos pueblos (5.356 pts en Bohonal de Ibor y 5.654 en Talavera la Vieja). Riqueza imponible muy inferior desde luego a la que tenía la misma Casa en otro lugar vecino, antiguo señorío, El Gordo, en el que había logrado salvar la propiedad de una importante dehesa (22.187 pts.). Contemplado el asunto desde el punto de vista de los beneficios económicos, aquellas cifras representaban la renta de una dehesa de muy reducidas dimensiones. En definitiva, magras ganancias para tan cuantioso patrimonio.

da. Los vecinos, por su parte, disfrutaban de los aprovechamientos de manera casi gratuita, pero de forma temporal y nunca podrían constituir un patrimonio heredable. Estos asuntos, por su indudable contenido social siempre bordeando los límites del irredentismo agrario, han merecido diferentes interpretaciones[62].

La Casa del Conde de Montijo, titular del señorío de los Estados de Miranda, tuvo más pleitos en otros pueblos vecinos. Logró consolidar en la localidad cacereña de El Gordo tras la Reforma Agraria Liberal la propiedad de los invernaderos y del arbolado de la dehesa de Guadaperal, importante finca de 2.185 Has., sobre parte de la cual los vecinos de esa localidad y de Berrocalejo tenían algunos derechos, que también se confirmaron. Eran usufructuarios de los pastos de verano, desde el 25 de abril al 29 de septiembre, del granillo y de las leñas. Por eso las escrituras de arrendamiento de los invernaderos a los trashumantes llegaban, como era característico en la zona, hasta el día de San Marcos. Pero, tras el correspondiente pleito, la Casa logró recuperar los aprovechamientos y liberó a la finca de estas enojosas servidumbres en 1893.

3. TENSIONES POLÍTICAS Y SOCIALES GENERADAS EN EL DISFRUTE DE LOS CONDOMINIOS

Consumada la Reforma Agraria Liberal y triunfante el nuevo ordenamiento liberal, las tensiones en el mundo rural continuarían, allí donde habían sobrevivido los dominios compartidos. El malestar derivado de estos condominios tuvo dos manifestaciones judiciales. Por un lado los pleitos civiles por la titularidad o abusivo uso de los derechos entre los condóminos; por otro las causas criminales incoadas a aquellos campesinos que pretendían hacer uso de unos derechos concejiles que si bien habían desaparecido, su recuerdo permanecía en la memoria colectiva.

Reconocidos los derechos de propiedad tras la disolución del régimen señorial con mayores o menores dificultades, pocos años después se iniciaron largos contenciosos. Todos tenían como eje, bien el intento de recuperar ciertos aprovechamientos parciales que ya habían desaparecido, bien el disfrute de aquéllos que, en su momento, se habían reconocido a los pueblos. Durante el Sexenio Democrático, ante la basculación del equilibrio del poder hacia

[62] Riesco, Sergio, "Un señorío bajo las aguas: la Dehesa Retuerta y la historia de Talavera la Vieja", en **IX Coloquios histórico-culturales del Campo Arañuelo**. Navalmoral de la Mata, 2003, Ayuntamiento, pp. 41-53.

las clases populares, se trataron de replantear muchas de estas cuestiones, que aún estaban frescas en el recuerdo[63]. Con el definitivo triunfo del liberalismo oligárquico a partir de 1876, quedaron aparcadas las reformas legales, pero no se logró eliminar la creciente y recurrente agitación rural.

En la comarca de La Serena, los pleitos estuvieron originados por el esfuerzo de los vecinos de los pueblos para mantener vigentes ciertas prácticas tradicionales, entre ella el baldiaje de los agostaderos, gravámenes sobre propiedades que hacía tiempo habían pasado a manos particulares, frente a los propietarios que, acogiéndose a la legislación liberal, pretendían redimir la carga. Fue, posiblemente, el caso de mayor trascendencia, por el volumen de afectados, pues tuvo por litigantes a las 18 villas del antiguo partido de La Serena. Porque, como se ha visto, los grandes patrimonios rústicos de la zona, como procedentes de la antigua Real Dehesa, seguían afectados, de manera imprecisa, por la carga del «baldiaje» y «terceras partes».

En el XIX, aprovechando el decreto de 1813, los dueños intentaron librarse de la carga. Pero la situación seguía confusa. A partir de 1860 un grupo de grandes terratenientes (Marqués de Perales, Conde de Superunda, Marqués de Someruelos, Conde de Bornos, Marqués de los Alamos, Lorenzo Múgica y otros propietarios de las fincas) llevaron a varios vecinos arrendatarios de la comarca que, acogidos al derecho de «terceras partes» no aceptaron la subida de la renta de las fincas, a los tribunales. Tras múltiples peripecias judiciales, una sentencia del Tribunal Supremo terminó con las esperanzas de los últimos vecinos litigantes y fue el principio del fin de aquellos derechos. Este favorable resultado del pleito permitió a los propietarios recobrar la propiedad plena de sus fincas, sin interferencias que lastrasen su disfrute pleno. Una vez anulada la servidumbre, y a pesar de los esfuerzos de algunos municipios durante el Sexenio Democrático, los propietarios comenzaron a redimir en los juzgados las cargas, como quedó recogido en múltiples escrituras notariales.

Algo similar ocurriría durante aquella etapa histórica, sobre todo en los primeros momentos de la República, con los «giros». Los vecinos no solo invadieron las fincas e intentaron labrarlas, acogiéndose a la vieja costumbre, sino que, además, pretendieron que las nuevas autoridades legalizaran la situación. Se interpretaba que la caída de la monarquía suponía también la revisión de todo lo realizado en el ámbito agrario. Los propietarios, cuyos derechos se vulneraban, reclamaron y la Guardia Civil desalojó a los invaso-

---

[63] Sánchez Marroyo, F., **Movimientos populares y Reforma Agraria. Tensiones sociales en el campo extremeño durante el Sexenio Democrático (1868-1873)**, Badajoz, Diputación Provincial, 1992.

res. Éstos, apoyados por los concejos, se vieron también desautorizados por la justicia. Los tribunales zanjaron la cuestión, se consideró que las tradicionales servidumbres no tenían ya vigencia y el asunto quedaría definitivamente enterrado[64].

En Alconchel, un término de amplísima jurisdicción municipal, surgió un largo pleito entre la Marquesa de Villavieja, curadora de su hija la Condesa de Sallent, y el municipio. La materialización de los acuerdos de 1838 originó graves problemas por desavenencias en el modo y la forma de aprovechar la bellota de las doce dehesas o millares, que la aristócrata poseía en el término, heredadas de su padre el Marqués de Mondéjar y de Bélgida, último titular de aquel Señorío. Se trataba de un derecho inmemorial que, como se ha visto, la Reforma Agraria Liberal permitió conservar a los vecinos, aunque la puesta en práctica de su disfrute se presentó llena de dificultades.

Como muestran los protocolos notariales, las dehesas se arrendaban a los trashumantes con varias servidumbres. En realidad de lo único que era plenamente propietaria la aristócrata era de las hierbas de invierno, ya que de 1º de abril a 29 de septiembre, lo que convencionalmente se conocía como pastos de verano, quedaban para el aprovechamiento de los vecinos. También el disfrute del arbolado, es decir de la bellota, presentaba limitaciones, fuente potencial de conflictos dada la entidad del patrimonio (Tabla 3).

Tal como había quedado establecido en 1838, el vecindario podía introducir en las fincas desde el 29 de septiembre al primero de enero los cerdos que, previa regulación por dos peritos, uno nombrado por el Ayuntamiento y otro por la marquesa (en caso de discordia se nombraba un tercero por el juez), pudiesen mantener aquellas fincas, abonando una cantidad por cada uno de ellos. El desacuerdo estaba en el número de cabezas que debían entrar en las fincas. Para la Condesa los vecinos introducían más ganado del que se regulaba a cada dehesa. Y la trascendencia, económica, de la cuestión, estribaba en que el pago se hacía por cabeza regulada (51 reales cada una), no por cabeza real, de donde se derivaba una lesión para sus intereses.

Como no se lograba el acuerdo entre las partes, se llegó a los tribunales. La Audiencia de Cáceres, donde llegó el pleito, falló, confirmando las grandes líneas del acuerdo de 1838, aun cuando hubo un voto reservado que matizaba la sentencia[65]. Como continuaran las desavenencias, tuvo que ser también el

---

[64] A.H.P. de Cáceres, Sección Audiencia, **Causa de los Giros de Jerez**, Leg 51.

[65] A. H. P. de Cáceres, Sección Audiencia, **Libro de Sentencias la Sala de lo Civil,** 1872, Sentencia de 23 de diciembre, Libro 266. Se entendía que el aprovechamiento debían realizarlo cerdos cebones y este era el fondo del pleito. Si los vecinos decidían aprovechar la bellota con cer-

Tabla 3
Dehesas de la Condesa de Sallent en Alconchel
en la segunda mitad del siglo XIX

Nombre	**Superficie en Has.**
Corcita	456
Don Juan	444
Espadaña	688
Galacho	444
Hatillo	814
Hierro	695
Hornillos	640
Martín Vaca de Abajo	600
Martín Vaca de Arriba	704
Mirleo	642
Nateras	749
Valcuerno	651
Total	7.257

Fuente: Protocolos Notariales y Avance Catastral.

Tribunal Supremo el que zanjase la cuestión en 1874, al declarar que no había lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento en contra de lo acordado por la Audiencia[66].

dos de vida, la sentencia establecía una equivalencia, por lo demás tradicional en estas zonas, determinando que podían introducir por cada cebón 3 marranillos de más de un año, o 4,5 montaneros, a punto de hacer el año, o 6 de la clase yerbizos o, en última instancia, 8 agostones.

[66] C. L. E., **Sentencias del Tribunal Supremo**, 1874, Sentencia del 13 de diciembre.

En la localidad de Talaván, que también había terminado pasando a la Casa de Osuna, logró sobrevivir a la Reforma Agraria Liberal una peculiar situación posesoria fuente permanente de conflictos. Tras la disolución del régimen señorial, el Duque de Osuna consolidó la propiedad de la mayor parte de la dehesa Arroyo del Horno, en condominio con el pueblo, y el onceno de los productos de esta finca y de los otros grandes predios del término, de titularidad concejil. Pero el cobro de aquella prestación a los campesinos que disfrutaban la dehesa ducal resultó problemático.

Enajenada aquella finca en 1869 a uno de los grandes acreedores del Duque de Osuna, Fernando Fernández Casariego, desde 1873 I Marqués de Casariego, los problemas cambiaron de actor. Sus herederos siguieron pleiteando con el pueblo de Talaván. En este caso se trataba del onceno sobre la dehesa Arroyo del Horno, una característica prestación de origen feudal, que, como se ha dicho, sobrevivió a la disolución del regimen señorial[67] y que el Duque había traspasado al banquero en 1872. Lo debían pagar todos los labradores del término al titular del señorío, por el disfrute de los pastos de verano (de 25 de marzo a 29 de septiembre) y la labor por mitad cada dos años de aquella dehesa (es decir, el primer año se labraba media finca, el segundo se dejaba descansar y el tercero se labraba la otra mitad). Recuérdese que el acuerdo de 1838 había consolidado la veterana prestación feudal y los derechos de los vecinos sobre aquella gran finca.

Este pleito también dio lugar a la aparición de diferentes escritos, con los que el municipio trataba de justificar y legitimar su pretensión de abolir la carga. Pero los fundamentos procesales del asunto eran radicalmente diferentes a los de los pueblos del Marquesado de Villalba. La complejidad jurídica de la cuestión se derivaba de que, como era característico de este tipo de derechos, la prestación del onceno conocía un origen medieval. En este caso, un antepasado del Duque había donado, a favor de los primeros vecinos, para facilitar el poblamiento, los terrenos que constituían el término del lugar, reservándose como contraprestación el onceno.

[67] La Casa de Osuna también logró salvar, tras la disolución del régimen señorial, el onceno en Serrejón. En esta localidad, otro antiguo lugar de señorío de la Casa de Benavente y luego Osuna, aquella prestación lograría sobrevivir, pues, a la Reforma Agraria Liberal, aunque desconocemos que su percepción originase problemas a lo largo del XIX. La explicación podría estar en el hecho de que a cambio de este pago la mayoría de las tierras quedaron, aunque por poco tiempo, de la propiedad del municipio, como bienes de propios. Al producirse la enajenación del patrimonio de la Casa en Extremadura, el derecho fue vendido a un vecino de la comarca, quien finalmente lo cedió en 1876, por 10.000 pesetas al financiero Francisco de Paula Retortillo Imbretchs, I Conde de Almaraz, que había comprado, tras su venta en la desamortización, las grandes dehesas que ocupaban la mayor parte de aquel término.

El XI Duque de Osuna, Pedro de Alcántara Téllez-Girón Beaufort, había logrado en 1838, tras el correspondiente juicio instructivo, consolidar aquella situación posesoria. La sentencia del Juez de Garrovillas de 8 de marzo declaró que pertenecían a la clase de dominio y propiedad particular las hierbas de invierno de los 7/9 de la dehesa de Arroyo del Horno[68], mientras los vecinos disfrutarían los pastos de verano desde el 25 de marzo al 29 de septiembre. Además se reconocía a favor del aristócrata el derecho de onceno de terrazgos y menudos de todos los productos agrícolas y pecuarios de varias dehesas del término. Estas fincas, como bienes de propios, fueron desamortizadas en 1862 con aquella carga a favor del Duque de Osuna.

La decisión judicial fue favorecida por el hecho de que, pasado el preceptivo informe al municipio, el Ayuntamiento de Talaván asintió a la reclamación del aristócrata. Aceptó, entre otras cosas, que desde tiempo inmemorial se había venido pagando, y se pagaba en aquel momento, el derecho de onceno de los frutos y ganados que se criaban en el término. Se reconocía que era un derecho absolutamente independiente del señorío jurisdiccional. De esta manera el onceno sobrevivió a la disolución del régimen señorial, como un derecho real propiedad de la Casa Ducal.

A pesar de este reconocimiento y de la inscripción, en 1864, de los derechos en el Registro de la Propiedad del partido judicial de Garrovillas, en la práctica siguió siendo problemática la cobranza de aquella prestación. Por ello su arriendo en 1859 a un vecino del lugar[69] hubo de ser rescindido tres años después y el arrendatario indemnizado, ante la imposibilidad de cobrarlo, por la resistencia, a prueba de litigios, de los vecinos a pagarlo. La situación era distinta a la del Marquesado de Villalba, porque allí la Casa Ducal tenía un instrumento coactivo contundente: el desahucio de las tierras novenarias, que los colonos disfrutaban mediante arriendo.

El litigio final se inició como consecuencia del intento del Marqués de Casariego de cobrar el importe de los derechos devengados por el onceno a los vecinos que disfrutaban de la dehesa Arroyo del Horno. Como este derecho se lo había cedido graciosamente en 1872 el Duque, el Marqués reclamaba el importe entre esa fecha y 1869, cuando adquirió la dehesa. Los vecinos se negaron rotundamente a pagarlo, considerándolo supervivencia feudal aboli-

---

[68] Los otros 2/9 de la finca pertenecían al convento de Sancti Spiritu de Toro. Una vez privatizado este fragmento se desgajó del predio originario y dio lugar a dos nuevas dehesas, Barroso de Arriba y Barroso de Abajo. Sorprendentemente, los dueños de la primera finca, dos notables terratenientes, se quejaban todavía en 1932 de la existencia de la servidumbre feudal.

[69] Se arrendaron los oncenos menudos y terrazgos por 8 años y un importe anual de 5.682 reales. A. H. P. de Cáceres, Sección Protocolos Notariales, Notaría de Arroyo, Escritura de 25 de mayo de 1859.

da por los tiempos. Su vieja resistencia se veía fortalecida ahora por el contexto político que se vivía, Sexenio Democrático, muy revisionista con respecto a los derechos señoriales.

Ante la negativa vecinal, el asunto llegó a los tribunales. No pudo aportarse, por sospechoso extravío, la sentencia de 1838, debiendo utilizarse la copia procedente de la Casa Ducal. El Tribunal Supremo resolvió en 1876 el contencioso a favor de los herederos del Marqués de Casariego, al casar y anular la sentencia de la Audiencia de Cáceres de 31 de marzo de 1875. Esta había dado la razón a los vecinos, negándose a aceptar la validez de la sentencia de 1838 por insuficiencia en la documentación. Entendía el Supremo que el testimonio de una sentencia que no se hubiese redargüido civil ni criminalmente de falso, debía hacer fe en juicio, puesto que el extravío del original no podía perjudicar a la parte que lo presentaba[70].

Algunos terratenientes que habían comprado al Estado las otras grandes dehesas del término, prefirieron entenderse con la Casa y redimir la carga. Debieron comprar la prestación que gravaba sus fincas. Sabemos qué es lo que hizo un grupo de labradores, mientras se sustanciaba aquel pleito, que había adquirido al Estado para repartir en acciones dos grandes explotaciones del término. Las 10.000 pesetas que costó esta redención de la carga en 1874[71] suponían una modesta ayuda para las deudas millonarias de la Casa pero evitaban más complicaciones a los campesinos acomodados.

En definitiva, al margen de aquellas arcaicas prácticas, la Marquesa de Casariego siguió con el disfrute de la propiedad de aquel gran latifundio de 2.500 Has. de manera compartida con los vecinos[72]. Como en tantos otros casos, con la entrada en el siglo XX se logró resolver el secular contencioso mediante la única salida posible, la unificación del dominio. En 1924 un heredero de la Marquesa, el Duque Viudo de Nájera vendió los invernaderos de la Dehesa Arroyo del Horno o Camacho al Ayuntamiento de Talaván. De esta forma, este municipio, dueño además de una importante dehesa boyal, se convirtió no solo en el único titular, sino en uno de los mayores terratenientes de Extremadura.

En la vecina localidad de Monroy, señorío del Marqués del mismo título, también logró sobrevivir el onceno a la disolución del régimen señorial. Pero

---

[70] C. L. E., **Sentencias del Tribunal Supremo. 1876**. Sentencia de 19 de diciembre.

[71] A. H. P. de Cáceres, Sección Protocolos Notariales, Notaría de Cañaveral, Escritura de 25 de noviembre de 1874.

[72] Desde el punto de vista fiscal, los amillaramientos y repartimientos de la contribución reflejaban aquella peculiar situación posesoria de manera confusa. El Ayuntamiento contribuía por sus Propios, la familia Casariego por la dehesa Camacho y un tercer contribuyente, el municipio, por la "Propiedad de Camacho".

la percepción de aquel tradicional derecho originó los mismos litigios entre el pueblo y su antiguo señor. En realidad el conflicto venía de lejos, hundía sus raíces en pleno Antiguo Régimen y no todas las fuentes de la época coincidían en la legitimidad de aquella prestación. Tras varios pleitos entre el concejo y el Marqués de Monroy, en 1795 se logró una escritura de transacción, ratificada por otra de 1802, mediante la cual los vecinos reconocían que la villa y su término jurisdiccional eran propios del Marqués, por pertenecerle el dominio útil y directo. Los vecinos estaban obligados a pagarle diferentes derechos, entre ellos el onceno de todos los frutos, granos, semillas y ganados de cualquiera clase.

Al publicarse el decreto sobre señoríos de 1811 se decidió que, sin perjuicio de los derechos del señor, se retuviese por los vecinos el onceno hasta la presentación de los correspondientes títulos. Seguido un juicio en la Real Audiencia de Extremadura, ésta, por una sentencia ejecutoria de 1814 mandó que los vecinos continuasen pagando el onceno. En junio de 1820 nuevamente el Ayuntamiento acudió a la justicia, solicitando que se anulase la carga del onceno; pero dos años después se volvió a dar la razón al Marqués.

A pesar de estos reveses judiciales, el pueblo se negó siempre a pagar. Por ello, en 1848 nuevamente el Marqués solicitó en el Juzgado de 1ª Instancia de Garrovillas la restitución en el derecho de percibir el onceno. Al año siguiente volvió al mismo juzgado, aportando documentos, para que se le mantuviese en la propiedad de los predios y se condenase a los vecinos a continuar pagando. El Ayuntamiento protestó, pero la sentencia del Juez, confirmada por la Audiencia de Cáceres en 1852, amparó al aristócrata en sus derechos. Poco efectivas fueron estas medidas, pues en 1857 otra vez se volvió sobre el asunto. La Audiencia, en 1860, absolvió a los vecinos de la demanda. El Marqués interpuso recurso de casación por infracción de las leyes de 1811, 1823 y 1837 y otras procesales y el Tribunal Supremo le dio la razón, anulando en 1861 la sentencia de la Audiencia[73].

Desconocemos como evolucionó finalmente el proceso. Sin embargo, dadas las dificultades que entrañaba el cobro del onceno por la resistencia del pueblo a pagar y lo cuantioso de las rentas del aristócrata en el término de Monroy, es de suponer que se debió llegar a una transacción. Porque, al margen de este problema del onceno, la Casa de Monroy, que conoció otros muchos pleitos tanto por la atribución del título como por la propiedad de sus mayorazgos, se hizo, tras la disolución del régimen señorial, con buena parte de las tierras del lugar, bajo la forma de grandes dehesas. Y no se puede olvi-

[73] C. L. E., **Sentencias del Tribunal Supremo. 1861**. Sentencia de 28 de junio.

dar que Monroy era una de las localidades de más intenso latifundismo de Extremadura.

Con la llegada de la Segunda República y la brusca basculación del poder, el irredentismo agrario encontró una nueva ocasión propicia para manifestarse. Tal como había ocurrido durante el Sexenio Democrático, el cambio político iniciado en 1931 resultaba el marco adecuado para volver a plantear las viejas cuestiones pendientes. Se trataba de actualizar las reclamaciones contra las actuaciones señoriales llevadas a cabo en el ámbito de la propiedad, que habían lesionado los intereses populares. En aquel ambiente político tan sensible a las reclamaciones campesinas y en el contexto del proceso de Reforma Agraria los pueblos enviaron sus peticiones intentando recuperar los patrimonios perdidos en el pasado. Obviamente la nobleza resultaba el chivo expiatorio predilecto. Pero el paso del tiempo resultaba inexorable y con frecuencia las inexactitudes e imprecisiones eran la norma, resultado conjunto del voluntarismo bienintencionado y la ignorancia. Conviene, por tanto, utilizar con mucho cuidado estos escritos[74].

Pero el paradigma que resume todas las patologías de la propiedad compartida se halla en la localidad de Alburquerque. En sus Baldíos se condensaron todos los conflictos tanto jurídicos como de orden público a que daba lugar la máxima expresión del condominio. Hasta cuatro titulares distintos llegaron a darse sobre los diferentes aprovechamientos de aquellas extensas fincas que suponían muchos miles de hectáreas. Unos poseían el derecho de labor; otros las hierbas de invierno, otros los pastos de verano y, por ultimo, otros el arbolado. Esta situación de condominio generalizado creó un clima de crónico enfrentamiento.

Allí menudearon, pues, tanto los pleitos judiciales como las actuaciones tumultuarias, con muertos incluidos. La cuestión alcanzaría tal repercusión nacional que los diferentes gobiernos de la Segunda República debieron intervenir, aunque con orientaciones distintas, para tratar de encontrar una solución racional, vistas las irreconciliables posturas de la partes. El Frente Popular reorientó la cuestión, cambiando radicalmente de óptica. La solución definitiva, a la postre fallida por el comienzo de la Guerra Civil, se trató de encontrar en el ámbito del movimiento de recuperación de los comunales[75].

---

[74] Puede verse como se ha enfocado la cuestión a partir de estos testimonios en Riesco Roche, S., **La reforma agraria y los orígenes de la Guerra Civil (1931-1940). Cuestión yuntera y radicalización patronal en la provincia de Cáceres,** Madrid, Biblioteca Nueva, 2006.

[75] Hemos analizado en profundidad este complejo asunto, síntesis de todos los problemas generados por el condominio, en Sánchez Marroyo, F., **Movimientos populares**…, pp. 148 y ss.

Los acuerdos fueron, en algunos lugares, la vía más razonable para intentar arreglar la cuestión, vistas las situaciones sin salida a las que se había llegado. En el caso del señorío de Villanueva del Fresno, las constantes tensiones que se han analizado ya, y que seguirían incrementándose con el paso del tiempo, llevarían a la búsqueda de una solución definitiva. Porque, consolidados los derechos de propiedad tanto de la Casa Condal, emparentada poco después por matrimonio con la de Alba, como los del municipio, no por ello se resolvieron los viejos contenciosos del pasado, en estrecha relación con la evolución de la coyuntura politica.

Al llegar el Bienio Progresista, el Ayuntamiento, que consideraba usurpados sus derechos, decidió aprovechar la quiebra momentánea del modelo moderado. Así, acordó desobedecer la norma de 1818, autorizando de nuevo el vareo con palo, correa y rebaño. Sin embargo, para evitar nuevos conflictos, poco después se llegó a una transacción, autorizada por Real Orden de 18 de marzo de 1857. Entre otros acuerdos, los vecinos renunciaron al derecho a varear la bellota de las 35 dehesas durante los 15 días de septiembre y, a cambio, el municipio recibía de la Condesa de Montijo una cantidad anual (40.000 reales), para uso general del vecindario, entre quien se repartía. Podrían aprovechar, además, hasta el 14 de mayo, las leñas resultantes del desbroce. Se limitaron también los aprovechamientos de los pastos de verano por parte de los vecinos. Así se inscribieron los derechos en el Registro de la Propiedad.

Pero los disgustos continuaban, porque resultaba difícil controlar abusos como los vareos clandestinos y los daños a las fincas. De tal forma que a comienzos del siglo XX la Casa intentó redimir la carga de leñas y maderas, de acuerdo con la legislación desamortizadora vigente. Se reiniciaron nuevamente los pleitos en los que intervinieron ambas partes, la Abogacía del Estado y la Delegación de Hacienda de Badajoz. El resultado final del contencioso fue la redención de aquella carga. Solo quedaban en manos de los vecinos los pastos de verano y la contraprestación económica por el antiguo derecho a aprovechar durante 15 días la bellota.

Las incomodidades y problemas que del uso compartido se derivaban llevaron con el tiempo a diferentes acuerdos, como era entre otros el dividir la finca en dos partes y atribuir cada una a uno de los antiguos condóminos, pero con los aprovechamientos unificados. Esto se realizó en diversas fincas dispersas por el mapa regional de forma individual, pero alcanzó un carácter masivo en el término municipal de Villanueva del Fresno. En 1909, la Casa, que previamente había presentado un ultimátum, y el Ayuntamiento acordaron una nueva transacción y se repartieron las fincas, ya con aprovechamientos unificados.

La mayoría de las dehesas, 24, las mejores, quedaron en manos de los aristócratas; las 11 restantes pasaron al municipio. Este renunciaba, además, a las 10.000 pts. Cesaba, al fin, el condominio secular. De esta forma, al catastrarse el término la situación posesoria era la siguiente: Duque de Alba y Duquesa viuda de Tamames, herederos de la Casa de Montijo, 16.908 Has.; Ayuntamiento, 4.702 Has. Estas 21.600 Has. constituían el viejo patrimonio señorial, que en régimen de condominio, habían disfrutado también los vecinos en medio de constantes tensiones.

Paradójicamente, el Estado Liberal no solo no solucionó la cuestión de los condominios, sino que creó nuevas fuentes de tensiones. La venta del arbolado de las dehesas boyales permitió la formación de sociedades de vecinos, pero también fortaleció el patrimonio de terratenientes[76]. La Reforma Agraria Liberal, pues, no solo no pudo terminar con estos contenciosos sino que además creó otros nuevos focos de pleitos. Resultado final del proceso fue, pues, no solo la perpetuación sino también el incremento del condominio, mediante el surgimiento de numerosas Sociedades de arbolados[77]. Si la finca quedaba en manos del Ayuntamiento la situación podía controlarse mejor, pero si pasaba a manos particulares, las posibilidades de conflicto eran más claras.

Los vecinos trataban de consolidar, con la compra del arbolado, un aprovechamiento tradicional, perpetuando hábitos ancestrales. Con el suelo en manos del municipio, resultaba socialmente operativo el encinado repartido entre los vecinos. Pero dado que la venta se hacía en subasta, la mayor dificultad para culminar el proceso estaba en conseguir los fondos necesarios a fin de mantener las pujas y vencer a los demás competidores. Los modestos vecinos poco podían aportar. De ahí el papel de los oligarcas que, por diferentes motivos, estaban dispuestos a ayudar. No faltaron ejemplos de altruismo que, en algún caso, habría que calificar de interesado. Clemente Sánchez Ramos, un pujante banquero cacereño y destacado político liberal, aspirante a crearse un cacicato en la zona, prestó a los vecinos de El Gordo las 42.500 pesetas, importe del remate con el que se hicieron con el arbolado de la dehesa boyal[78].

No siempre se encontraba a un benefactor dispuesto a ayudar. Con frecuencia se caía en manos de prestamistas rurales que terminaban arruinando

---

[76] Por citar un ejemplo notorio, el Marqués de Comillas, notable terrateniente en la zona, se hizo con la propiedad del arbolado de la dehesa boyal de Navalmoral de la Mata.

[77] Hemos analizado esta cuestión en Sánchez Marroyo, F., "A la búsqueda…".

[78] A.H.P.C., Sección Protocolos Notariales, Notaría de Cáceres, Escritura de 15 de octubre de 1886.

a los vecinos. En esta misma localidad de El Gordo se planteó un enojoso expediente, originado por los esfuerzos para recuperar unos derechos tradicionales sobre una dehesa. Todo el vecindario era dueño del dominio útil de la Dehesilla, cedida por el Conde de Miranda en 1515. Sin embargo la finca fue enajenada en la desamortización. Protestaron el Duque de Alba, por entonces también titular de la casa condal, y los vecinos que lograron adquirir de nuevo su título de propiedad. Pero para hacer frente a los gastos debieron pedir dinero (20.056 reales) a un destacado prestamista local, especializado en enriquecerse atendiendo a las necesidades pecuniarias de los modestos campesinos, Braulio Díaz Lozano. Todos los vecinos solidariamente debieron ceder sus derechos sobre la finca para poder resolver el litigio surgido, por impago, con el prestamista[79].

Todavía en 1919 se sustanciaba en la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres un pleito por el aprovechamiento de las leñas de una gran dehesa, antigua propiedad de la Orden de Santiago enajenada durante el Antiguo Régimen. El Ayuntamiento de la localidad pacense de Valencia de las Torres, en defensa de los derechos de los vecinos, y los propietarios de la finca discrepaban sobre el destino de aquella ancestral servidumbre, que hacía años aquéllos no utilizaban. El municipio mostró un excepcional interés en el pleito y contrató como abogado al notable político y exministro Juan de la Cierva. El dueño de la dehesa buscaba la liberación del gravamen, la redención de la carga, a lo que se oponía el Ayuntamiento[80].

En última instancia, la Reforma Agraria Liberal permitió la supervivencia de prestaciones de dudoso acomodo en el nuevo ordenamiento agrario, de claras connotaciones con el pasado señorial, fuente constante de conflictos con los pueblos. En lo que respecta a Extremadura, el criterio de los Ayuntamientos, que estimaban que se trataba de prestaciones señoriales ya abolidas, no fue tenido en cuenta y el derecho se anotó en el Registro de la Propiedad. La trascendencia de la cuestión estaba determinada por la importante superficie implicada y el elevado número de campesinos afectados.

Los pleitos siguieron siendo constantes, sustanciados en las diferentes vías. Porque enajenados por el Estado los derechos de pastos de ciertos predios, los vecinos intentaron seguir disfrutándolos, invadiendo las fincas con sus ganados, lo que dio lugar a reclamaciones por la vía criminal. Así ocurrió a comienzos del siglo XX en el caso de las fincas que, en el pueblo de Belvís de Monroy, el Marqués de la Romana había comprado al antiguo señor, el

[79] A.H.P.C., Sección Protocolos Notariales, Notaría de Valdelacasa de Tajo, Escritura de 19 de agosto de 1897.

[80] «El Noticiero», 27-I-1919.

Duque de Frías. Los campesinos no querían reconocer que aquella servidumbre del baldiaje de los pastos de verano había sido nacionalizada, vendida y comprada por el aristócrata en 1860. Los tribunales de justicia se encargarían ahora de exigir responsabilidades penales a los campesinos.

Esta sería la consecuencia más dolorosa de la cuestión. Centenares de vecinos, generalmente modestos, serían encausados por intentar hacer uso de unos derechos que consideraban suyos. Deberían hacer frente a penas de cárcel y multas, además de indemnizaciones y pago de costas, lo que ensombrecía sus perspectivas futuras. El episodio ocurrido en el pueblo de Torrejón el Rubio a fines del siglo XIX, que ha podido documentarse con precisión, puede servir de ejemplo significativo. Este antiguo señorío del Conde de este nombre era posiblemente el término donde el dominio del latifundio alcanzaba las mayores cotas de Extremadura. En su extensa jurisdicción municipal se localizaban a comienzos del siglo XX un total de 16 grandes dehesas, mayores de 250 Has., que ocupaban el 98% de sus tierras.

El Conde logró salvar su amplio patrimonio rústico tras la disolución del régimen señorial. En 1870 vendió todas las dehesas a un industrial pañero de Béjar, pero los vecinos reclamaban el disfrute de tradicionales derechos de pastos, frutos y leñas sobre aquellas fincas del Condado. A fines de 1888 un numeroso grupo de vecinos, "gran parte de repetido pueblo", penetró en las fincas, que ya habían cambiado de propietario, con sus ganados, "con unidad de propósito y acción", a hurtar bellotas y leñas. En el juicio, iniciado en Trujillo, no pudo determinarse ni la cantidad ni el valor de las bellotas sustraídas, por lo que fueron absueltos. Sin embargo, sí fueron condenados 46 vecinos por hurto de leñas. Un reincidente a 3 meses y un día de reclusión, 43 a 2 meses y un día y dos menores de 18 años a pagar 125 pts. En aquel encausamiento colectivo, debe tenerse en cuenta que la población del lugar era en 1887 de 883 personas, fueron absueltos otra docena de acusados[81].

[81] A.H.P.C. Sección Audiencia. Libro de sentencias de la Sala de lo Criminal. 1892. Sentencia de 3 de mayo.

FORMACIÓN DE ENCLAVADOS PARTICULARES EN EL PROCESO DE CAMBIO DEL MONTE COMUNAL: LA SIERRA DE LA ENGUERA, 1838-1930*

J. Rafael Pérez Borredà
Universitat de València

---

* Este trabajo se extrae de mi Tesis Doctoral que, con el título "**Transformar la naturaleza. El modelo de crecimiento agrario del siglo XIX y sus límites ambientales en el secano central valenciano (1580-1930)**", codirigida por los profesores Joan Romero González y Jesús Millán García-Varela, fue defendida el día 28 de enero del 2009 ante un tribunal compuesto por los profesores Ramon Garrabou Segura (Presidente), Joan F. Mateu Bellés (Secretario), Enrique Giménez López, José Luis Hernández Marco y José Ignacio Jiménez Blanco (Vocales), y que obtuvo la calificación de Sobresaliente *cum laude*.

La pugna por la titularidad de la Sierra de Enguera, en la etapa de consolidación del liberalismo, acabará en los tribunales, debido a las limitaciones de dominio existentes. Un largo pleito, promovido por el municipio en 1846, acabará en 1867 de manera insatisfactoria para las partes, pues la Sentencia de la Sala Tercera de la Audiencia Territorial de Valencia, aunque sancionaba el dominio de los montes a favor del conde de Cervellón, exceptuando la Redonda, respetaba el derecho de los vecinos a realizar ciertos aprovechamientos, como lo habían efectuado con anterioridad, sin necesidad de solicitar permiso al conde y de forma gratuita. En paralelo, un importante número de vecinos tenía en 1869 la "*posesión de una grandísima parte de la misma convertida en terreno labrantío*", según el resultado de un informe sobre el estado de la sierra solicitado por el antiguo señor.

LA UNIDAD DE OBSERVACIÓN

El municipio de Enguera tiene una superficie de 24.000 Hectáreas. Está situado al suroeste de la provincia de Valencia, limitando con Albacete, en la parte meridional del área natural Macizo del Caroig-Muela de Cortes (Gráfico 1). Esta área montañosa fue descrita por el botánico Cavanilles, a finales del siglo XVIII, como "*centro y punto de unión de los montes esparcidos por todo el reyno de Valencia*". En su término municipal se pueden distinguir, desde el punto de vista físico, dos zonas o unidades perfectamente identificadas, por un lado la "vall" o "canal" de Enguera (Gráfico 2) de carácter agrícola, situado en la parte baja, donde se localiza la villa, y la Sierra (Gráfico 3). La red viaria básica que cruzaba este amplio territorio se estructuraba sobre las cañadas reales de Almansa y de Tortosilla. Comunicaba la llanura litoral valenciana con la manchega (Ecologistas de Alatoz, 2002), en paralelo a la ruta del valle del Cànyoles o de Montesa. Enguera fue un enclave cristiano rodeado de una extensa área con población morisca hasta 1609.

Gráfico 1. Situación de Enguera en el Macizo del Caroig-Muela de Cortes

Macizo del Caroig, según el proyecto de Declaración del Parque Natural del Macizo del Caroig y la Muela de Cortes.

Nota: ___ Término de Enguera. —- Montes: Redonda (1), Altos (2), Navalón (3) y Coto (4)

Gráfico 2. La "Vall" o "Canal" de Enguera

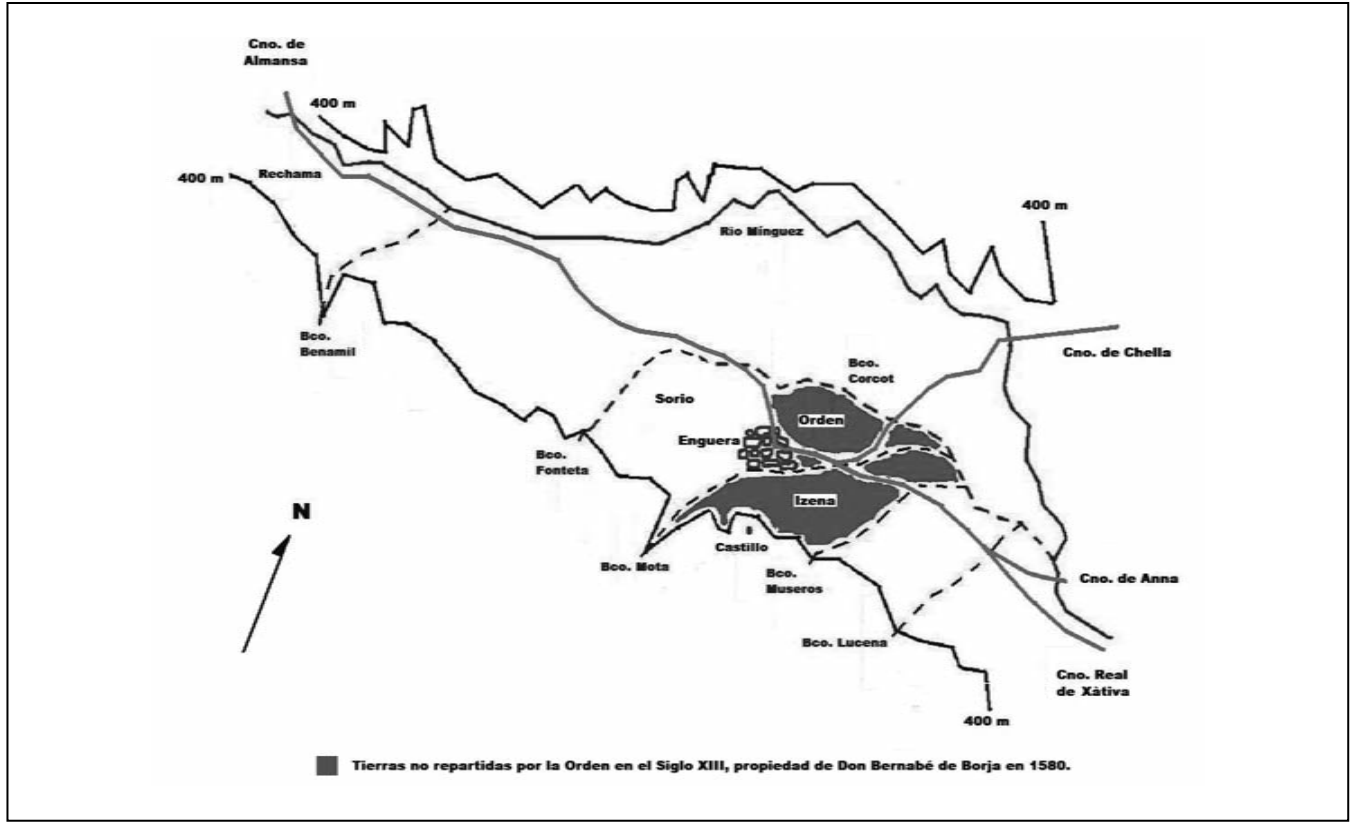
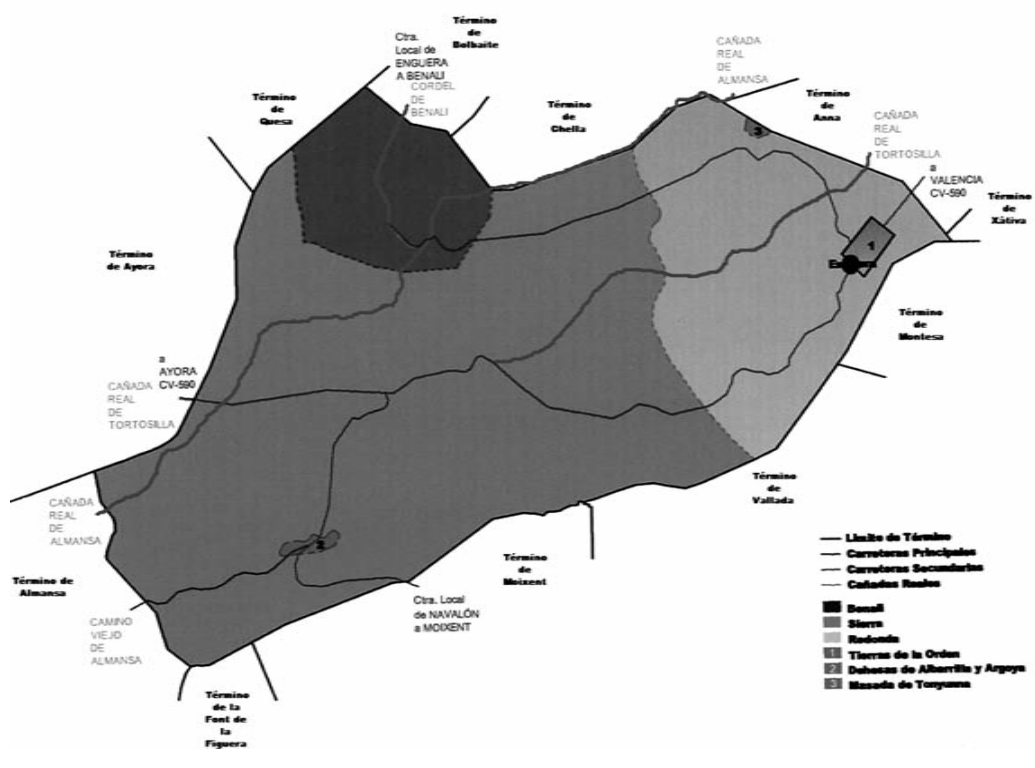


Gráfico 3. El término municipal de Enguera en 1575



En los incultos de Enguera, como en las vecinas Montesa y Vallada (Pérez Borredá, 2004), el régimen general que prevalece es el *empriu*, una institución que procede del derecho catalán medieval, esto es, los aprovechamientos comunales, una servidumbre a favor de los campesinos (Peset, Hernando, 2001). La dotación de espacios alternativos para proveerse de pastos y leñas, mediante la institución del *empriu*, cubría, por tanto, las funciones que en Castilla desempeñaban los comunales, dehesas o ejidos.

Tras la conquista a los musulmanes en el siglo XIII, Enguera —igual sucede con Montesa y Vallada— se situó en la órbita del *realengo*. Con posterioridad, en 1244 —Montesa y Vallada lo harán en 1289 a la Orden de Montesa— el rey la cederá a la Orden de Santiago, constituyendo una encomienda. Desde ese momento, y hasta 1575 en que pasó por venta a constituirse en señorío, existen indicios (Jiménez Piqueras, 1993) de que el territorio adscrito a esta encomienda se organizó de forma semejante a como lo hizo dicha orden militar en la Corona de Castilla por las mismas fechas (Mérida, 1235; Montánchez, 1236; Quesada, 1246). Esto es, de las tierras de labor, la orden retenía 1/3 y los restantes 2/3 eran para el concejo; respecto a los montes, la proporción era la inversa. De este modo, la encomienda dispuso en propiedad unas 300 Hectáreas de tierra de labor en el valle, junto al núcleo urbano, mientras que para el municipio quedaron francas otras 600 Hectáreas de tierra susceptibles de cultivo, también en el valle, que era el espacio eminentemente agrícola. El resto del territorio eran montes. De éstos, al municipio le correspondieron 6.000 Hectáreas que, junto a las tierras de cultivo que le adjudicaron, y las de la orden, sumadas ambas, componían la *redonda*. En esta área, junto a las tierras de labor y la población, se acotó el *bovalar*. Así pues, al municipio se le dotó de un *realengo* amplio, suficiente para los usos en dicho espacio de los vecinos, con sobrantes para permitir la obtención de alguna renta al pueblo, en caso necesario, por arrendamiento de pastos, en el que la administración señorial no podía hacer uso del sobrante de pastos que no aprovechara el municipio.

En la parte del monte que le correspondió a la encomienda, ésta tuvo que mantener vigente el patrón de usos y aprovechamientos anterior a su constitución —como también sucedió en Montesa y Vallada en 1289—, esto es, los *"aprovechamientos que en comunidad ha tenido y tiene dicha la villa* [Enguera] *con los lugares comarcanos con quienes confina"*. Por tanto, era un espacio sobre el que regía un estatuto de *mancomunidad* en cuanto al usufructo, esto es, unas tierras de realengo de libre aprovechamiento, que recuerda la institución del *empriu*. En las fuentes del derecho aragonés existían servidumbres prediales concernientes a pastos (Pacheco Caballero, en el presente volumen), en concreto, que dos villas colindantes podían compartir este

aprovechamiento, excepto en el *bovalar*. El *promiscuo uso terminorum*, vigente hacia 1327, se refería al derecho de pacer de puerta a puerta de dos poblaciones. A su vez, la orden obtenía de su monte importantes rentas por el aprovechamiento de pastos, pues existía terreno sobrante atendiendo la baja densidad demográfica que registró el área hasta la segunda mitad del siglo XVIII. La oportunidad de este negocio estuvo servida por un importante flujo ganadero trashumante. Finalmente, el monte contenía varias dehesas particulares, a saber, las dehesas de *Albarrella i Argoya*, las *Deveses i Masades de la Carrasca i Benali* y el *Mas de Tonyunna*. Estas dehesas eran propiedades alodiales de la Encomienda de Enguera, del señor jurisdiccional de la Baronía morisca de Bolbaite y de su homólogo de la Baronía morisca de Anna, respectivamente. De tal modo, estos propietarios, y *señores útiles*, concedieron en su propiedad licencias a diversos cultivadores para cultivar parcelas a cambio de una renta en metálico —*"dos sous de cens cascun any sense fadiga ni luisme algu"*, en las dehesas de Albarrella y Argoya— o en especie —*"en emphyteusi temporalment, reservantse certa porció de fruyts"*, en la Carrasca y Benali—.

En conclusión, los incultos de Enguera hasta finales del siglo XVI, excepción de las dehesas privatizadas, eran *realengos*, o baldíos o tierras de nadie, que servían de tierras de pasto a los ganados y facilitaban recursos varios a los habitantes de una gran área superior al territorio adscrito a la encomienda de la Orden de Santiago, la cual arrendaba, en virtud de los derechos jurisdiccionales que le había transmitido el rey, los pastos sobrantes que no aprovechaban los vecinos a grandes ganaderos trashumantes y pequeños ganaderos regionales. En el territorio de Enguera, el comunal, es decir, la *redonda*, y los baldíos, esto es, el *empriu*, tuvieron su origen en el contexto de la conquista del siglo XIII y repoblación posterior.

En 1575 la antigua encomienda de Enguera se convierte, por venta, en señorío laico. Previamente el rey la había segregado de la Orden de Santiago, pero no vendió una parte del Patrimonio Real, sino lo que había pertenecido a la Encomienda de Enguera, y que estaba administrando hasta entonces la Administración Real. El nuevo señor se comprometió a respetar a los vecinos *"sus prácticas y buenas costumbres, y libertades y los propios de la Villa"*. Igualmente ocurrió en Vallada y Montesa, después de ser incorporadas las órdenes militares a la Corona a finales del siglo XVI, y pasar a formar parte del Patrimonio Real. No se registraron cambios de índole jurídica sobre la propiedad de la tierra, y se siguió gozando de una propiedad plena, no compartida, como si de un realengo se tratara. El rey se comprometió a *"guardar todos los Fueros y Privilegios de este Reyno de Valencia y particulares de esta Villa de Vallada, usos y buenas costumbres"*, en el acto de posesión efec-

tiva realizado en diciembre de 1592. La clave explicativa del tipo de propiedad vigente en el Antiguo Régimen, tanto en Vallada y Montesa, como en Enguera, radica en la adscripción originaria de estos municipios al ámbito del *realengo*, fraguándose en ese momento el carácter de la propiedad. No ocurrió igual en zonas donde se produjo la expulsión de la población morisca más tarde, en 1609, caso de Anna, pues esa circunstancia fue aprovechada por los señores para introducir la propiedad enfitéutica.

Cuando llega la revolución liberal se impuso una nueva idea de propiedad unitaria, y se planteó quien era el propietario. Se trastocaron entonces las categorías referentes a la propiedad y comenzó una larga lucha por el dominio de la tierra, por decir a quién pertenecía y con qué título. Se trata de un cambio de conceptos jurídicos —del *empriu* a comunales, y después a la propiedad liberal— que produce una inseguridad, una continua apelación a los tribunales; éstos debían aplicar viejos títulos de dominio y de aprovechamientos comunales, conforme juzgaban oportuno. Pero los montes realengos y baldíos pasaron al patrimonio del nuevo estado liberal, si los pueblos o los señores no demostraban de algún modo su propiedad. En conclusión, en medio de la lucha por la tierra, las categorías jurídicas cambiaron. El viejo *empriu* desapareció con la legislación foral, pero no hubo una adaptación rápida a las nuevas categorías de comunales y propios hasta que la abolición de los señoríos y la posterior desamortización de los bienes de los pueblos exigieron una defensa contra las pretensiones señoriales de propiedad y la voracidad del estado liberal. La defensa del aprovechamiento en común, una vieja situación feudal, reportó ciertos beneficios a algunos pueblos valencianos (Peset, Hernando, 2001).

La resolución del conflicto dio lugar a una gran variedad de situaciones. En ocasiones, al tenerse que resolver en los juzgados, los pleitos pudieron alargarse bastante en el tiempo, lo que obligó a formalizar acuerdos entre las partes de reparto de las tierras incultas, reconociéndose una parte como propiedad plena de la nobleza (Martínez Gallego, 2002). Se juzga este como un proceso muy poco conocido y que pudo jugar un papel fundamental en la perpetuación o desaparición de los comunales. El caso de Enguera es paradigmático de perpetuación pactada de un espacio inculto (Gil Olcina, 1979; Montiel Molina, 1995; Piqueras Arenas, 2002), pero estaba pendiente de estudio en detalle. Que, en 1884, estuvieran registradas 4.450 Hectáreas de monte en el Amillaramiento de Enguera (Navarro Martínez, 1971; Hernández Marco, 1980), como propiedad particular de un número importante de vecinos, sugiere que la cuestión del comunal no evolucionó según una determinada orientación. En la dirección que definitivamente tomó el comunal pudo ser determinante el criterio de los vecinos, también la estructura socio-

económica de la villa y las características naturales que presenta la Sierra de Enguera.

CONDICIONES PARA EL CAMBIO

Hasta la ruptura liberal del siglo XIX, se distinguen en el municipio de Enguera dos grandes áreas o modelos en el uso del territorio: la Redonda y la Sierra (Gráfico 3). Posteriormente, se reordenó el territorio bajo otros criterios. En la etapa de tránsito hasta la consolidación del liberalismo los vecinos aprovecharon los momentos de debilidad señorial, que posibilitaban las reformas, para ampliar sus propiedades particulares en las afueras de la Redonda, al tiempo que el señor trataba de consolidar una propiedad particular en la Sierra. La pugna por la titularidad de este territorio acabará en los tribunales de Justicia.

Las acciones legales emprendidas por el conde de Cervellón, señor de Enguera, a partir de la promulgación del Decreto de 6 de agosto de 1811, permiten entender el verdadero alcance del dominio señorial en el municipio, así como de la valla que pudo anteponer a las ambiciones particulares sobre el territorio. Dos procesos, en cuanto a la utilización del territorio, parecen haberse superpuesto: el primero, el ejercido por el señor tratando de mantener su dominio sobre la Sierra, y el segundo, el llevado a cabo por el común de vecinos, ya que ambos compartían el comunal. Al mismo tiempo, diversos agentes sociales actuaron al margen de estos dos esquemas de uso territorial y fueron particularizando parcelas de terreno aprovechando coyunturas favorables para ello.

Al parecer, fue determinante para la individualización del territorio, el cambio legal iniciado desde el Decreto de 6 de agosto de 1811 hasta la Ley de 1837, pues se consolidaba la división de dominios del Antiguo Régimen, tratando de beneficiar a los pueblos, al tiempo que protegía al derecho de propiedad. Por tanto, pudieron legitimarse las usurpaciones del vecindario, en tanto que erosionaban el dominio del señor, sin alterar el *statu quo* del esquema de usos en común del territorio y facilitó la fractura del frente antirroturador (Llopis, 2004) vigente. La importante movilidad social, producida en la segunda mitad del siglo XVIII, se valió de la reiterada discontinuidad política que supuso el colapso del absolutismo en 1808 y el triunfo de la revolución liberal en la década de 1830. Estos acontecimientos introdujeron cambios de largo alcance en cuanto a las estructuras que organizaban las jerarquías y la movilidad social, aunque no todas las jerarquías sociales establecidas podían beneficiarse del mismo modo del proceso de transformación agraria iniciado (Millán, 2000:189).

Una nueva jerarquía social mostraba una actitud antiseñorial en Enguera desde finales del siglo XVIII (Hernández Marco, 1980) y, desde 1811, disputó al señor su dominio, negándose a pagar ciertas rentas señoriales. En una Representación presentada en 1820 ante las Cortes para poder convertir en propiedad privada sus señoríos territoriales en el Reino de Valencia —sin duda, incluyendo la situación que se vivía en Enguera—, dado que los pueblos se negaban a reconocer la propiedad territorial y a satisfacer las rentas, junto al marqués de Astorga, el conde de Cervellón exponía que lo habían ejecutado los mismos colonos, arrendadores o enfiteutas de los pueblos, "*siendo los mismos alcaldes y capitulares los principales interesados en no pagar, y apropiarse de estos derechos, como son los que tienen mayores terrenos y propiedades sujetas al pago de estas rentas, cánones enfitéuticos, diezmos y primicias* [...] *Los Ayuntamientos, los alcaldes y vecinos particulares* [...] *se han considerado desde luego por dueños absolutos de todos los terrenos y fincas de su término* [...] *desde el momento que las Cortes expidieron el citado decreto de 6 de agosto de 1811"* (Romero González, 1983:175).

El conde de Cervellón, según la documentación consultada, tuvo que discernir en 1820 entre derechos jurisdiccionales y derechos solariegos obtenidos por contrato particular, pues si exigía el pago de las prestaciones pertenecientes a señorío, "*podría entrase en la duda de a que clase correspondían*", al tiempo que defendía que los diezmos los debía seguir percibiendo al haberlos adquirido "*por un justo título*". Trataba, en consecuencia, a fin de salvar lo posible, de convertir una vieja propiedad en una nueva propiedad privada. La propiedad tenía pues, carácter mutable y en su transformación fue determinante la participación de los individuos, según su posición en la sociedad. El entramado de derechos señoriales se desmoronó desde 1811 en adelante en Enguera, según la evolución de los ingresos señoriales. En un contexto de continuo desfase entre la renta señorial y las rentas de propiedad particular, esta diferencia se agravó en los lugares donde sus señores basaban sus ingresos de señorío, fundamentalmente por las regalías y la participación del diezmo (Ruiz Torres, 1986; Hernández Marco, 1980), pues la privatización en su favor de los canales de extracción de origen real o eclesiástico, les reportaba excedentes importantes obtenidos por vías productivas al margen del señorío, teniendo en cuenta su escasa entidad como propietarios (Millán, 2000). La revolución liberal ocasionó en este señorío un recorte fundamental en los ingresos procedentes del dominio jurisdiccional, y puso en evidencia su dominio territorial.

Puesto que no tenía propiedad territorial en Enguera, el conde de Cervellón trató de convertir unos derechos antiguos sobre los montes en nueva pro-

piedad particular. Así, consiguió en marzo de 1816 que se le reintegrase, por vía judicial, la posesión perdida desde 1811 de los aprovechamientos de los arbolados y maderas de los quemados de los montes de Enguera, así como el derecho de conceder las licencias a los vecinos para carbonear y leñar. Pese a esto, los vecinos siguieron cortando leñas sin pedir licencia al señor, respaldados, si no alentados, por la Alcaldía. De tal manera, en 1825, la Audiencia de Valencia todavía seguía sin solucionar esta pugna, pues basándose en dos Providencias anteriores, de 1816 y 1820 favorables al conde, tuvo que ordenar al Juzgado de Enguera que hiciera efectivo que el aprovechamiento vecinal de las maderas y leñas de los montes se debía efectuar previa solicitud de licencia al conde. Hasta la definitiva Ley de Señoríos de 1837, el aprovechamiento compartido de los recursos de la Sierra de Enguera era una realidad, si bien bajo un constante forcejeo entre el señor y la vecindad por obtener el dominio pleno.

Aunque por una Sentencia, de 25 de enero de 1838, el Juzgado declaraba que el conde, en calidad de dueño territorial y solariego de Enguera, tenía derecho a seguir percibiendo las rentas y preeminencias de su señoría, entre las que se incluían los productos de los montes, en atribución de las facultades omnímodas que le atribuía el Decreto de Cortes de 26 de agosto de 1837, no fue hasta 1844 que un Auto judicial le otorgó la posesión de la Sierra. La respuesta del vecindario fue demandar al conde en 1846, pues entendían que podían usar su terreno y sus productos sin traba ni restricción, pues si el conde se creía con derecho a los montes, también cada vecino por sí y todos en mancomún lo tenían, más antiguo y más "*sagrado*" que el de él. En consecuencia, era un derecho compartido y no excluyente y privado. Una larga crisis había llenado de incertidumbres el antiguo poder señorial frente al vecindario y, desde 1837, se agudizó el conflicto por la vía judicial, sin que tuviera una solución, sino en la segunda mitad del siglo. De este modo, el destino de los espacios incultos se decidió a escala local, según la correlación de fuerzas sociales existente.

El dominio territorial que sobre los montes de Enguera obtuvo el conde de Cervellón en agosto de 1844, fue posible por la posición que mantuvo a su favor el resorte del poder, pues, en opinión de los vecinos, el señor solicitó el amparo judicial de cosas distintas en 1838 y 1844. En el primer caso se vio obligado a respetar los derechos del vecindario, pero en el segundo buscó el reconocimiento del dominio absoluto sobre los montes, que conculcaba los derechos de los vecinos ratificados por Felipe II antes de formalizar la venta a Don Bernabé de Borja en 1575, en la que no se incluyeron los montes. La Sentencia sobre este litigio, promulgada en 1864, no ratificó al conde de Cervellón como propietario absoluto de los montes de Enguera, pues aunque los

estableció de su dominio, también reconoció un aprovechamiento compartido con el vecindario de las yerbas para sus ganados y maderas para sus usos, a través de la licencia oportuna del conde, según se había estado efectuando por pactos o costumbre.

El derecho del conde no podía coartar el que tenían los vecinos sobre los aprovechamientos, debido al carácter jurisdiccional del señorío de Enguera, refrendado en el siglo XVI. La evidencia de este carácter jurisdiccional la aporta el hecho de que, desde su adquisición, no se puso en cuestión por parte del señor, el ejercicio de la propiedad particular dentro del término de la villa. El señor no disfrutó de otra cosa que no hubiera sido realmente comprada y el vecindario gozó de los derechos adquiridos. Corresponde, por tanto, el funcionamiento de este señorío al que se aprecia en los territorios de realengo. La casa señorial no percibía de los particulares canon que supusiese un dominio superior por bienes que tuviesen ya adquiridos, no estableció tierras a particulares o les concedió nuevas propiedades que pudiesen considerarse como desmembraciones de un dominio general.

Tal *statu quo* fue roto el 6 de agosto de 1811, cuando el vecindario consideró que ya no debía compartir con el conde los aprovechamientos de los montes, al haberse eliminado el dominio jurisdiccional de éste sobre los espacios incultos. Con la restauración monárquica, en 1816, el conde consiguió restablecer sus antiguos derechos sobre los montes contando con un Ayuntamiento afín, pero el vecindario no los reconoció con plenitud y ofreció resistencia para no perder lo conquistado. En 1844 obtuvo el conde la posesión exclusiva de casi todos los aprovechamientos de los montes, pero la documentación a partir de la cual dictó el Juzgado este dominio pleno no lo justificaba plenamente, ya que no se documentaba la compra entre particulares de los montes y, por tanto, el dominio realmente justificado no podía mermar los derechos del vecindario sobre el territorio.

La transmutación de la vieja propiedad en nueva propiedad privada quedaba patente ante los ojos del vecindario, cuando la Sentencia de 1864, que ponía punto final al pleito iniciado en 1846, reconoció el derecho de los vecinos a las yerbas del término sin necesidad de solicitar permiso al señor, quedando el sobrante para el aprovechamiento de éste, pero no al de cortar madera, que quedó restringido desde ese momento a su criterio para otorgar las licencias. Dicha Sentencia fue recurrida por el municipio, pues los vecinos entendieron que la Audiencia de Valencia había introducido una modificación sustancial, que había traspasado los límites de la cuestión jurídica.

La concepción del aprovechamiento compartido de la vegetación natural del territorio no roturado varió. Ahora no se discutía el dominio sobre los

productos, sino sobre el territorio que los producía. El conde interpretaba, y la Audiencia lo ratificó, que el concepto *término* no era una mera circunscripción jurisdiccional, sino territorial. Sin embargo, que se hubiera estipulado, antes de la venta en 1575, que no se debía efectuar innovación alguna en los usos y aprovechamientos, en régimen de *empriu*, que realizaban los vecinos, y que debía quedar todo como si dicha villa y sus términos no se hubieran vendido, significó a la postre la pervivencia en el tiempo de los derechos del vecindario. A pesar de ello, el conde entendía que lo que se vendió, no fue la jurisdicción, sino el terreno de aquél, ya que los montes que no pertenecían a particulares o al común de vecinos se consideraban públicos o del estado, representado por el rey; por lo que los montes de Enguera, que no eran de particulares ni del común, quedaron comprendidos en la venta. De este modo, al considerar el conde que la venta comprendió el dominio territorial de los montes, se justificaba que su titular debía otorgar las licencias de aprovechamiento como modo de verificar la verdadera necesidad de quien la solicita, así como evitar el abuso que supondría un aprovechamiento ilimitado que haría ilusorio el dominio particular. Para reafirmar el carácter privado de su dominio, consideraba que el dominio del vecindario no era ilimitado, pues, en este caso, debía quedar tal y como lo habían tenido y usado hasta entonces.

A la par, se produjo la transformación particular del territorio por parte de diversos agentes sociales. La privatización del monte público se produjo según los intereses y estrategias de los grupos sociales presentes en la villa, en función de sus aspiraciones, estando relacionada con las características y posibilidades productivas de la sociedad en la que se desenvuelven y con la posición que ocupan. Así, la roturación, que benefició de forma desigual al heterogéneo grupo de vecinos, parece haber sido tolerada o auspiciada en Enguera, a raíz de los cambios institucionales operados en España a partir de la primera mitad del siglo XIX.

El pleito promovido por el municipio en 1846 acabará, de manera insatisfactoria para las dos partes, con la Sentencia publicada por la Sala Tercera de la Audiencia Territorial de Valencia en 1867, pues sancionaba el dominio de los montes, exceptuada la Redonda, a favor del Conde de Cervellón. Al mismo tiempo, sobre el monte señorial los vecinos de la villa podrían usar y aprovechar sus yerbas para apacentar sus ganados y las maderas y leñas necesarias para sus usos, previa licencia del señor, sin que por ello pudiera exigirse a los vecinos precio ni imposición de ningún gravamen.

No obstante, esta distinción establecida en los tribunales no era la que habían vivido desde antiguo los vecinos. Poco tiempo después, el 9 de junio de 1870, se alcanzó a un acuerdo para deshacer esa situación de dominio in-

completo. La concordia firmada entre ambas partes pondría fin a "*todo género de condominio, de mancomunidad de aprovechamientos, usos y servidumbres y de todo lo que directa o indirectamente tienda siquiera a cohibir de cualquier modo la expedita y libérrima acción del dominio*". Este concordato incluía una fragmentación de la Sierra en dos partes, que superaba la ordenación territorial precedente, las cuales, una perteneciente al Conde de Cervellón y otra al Común de vecinos, habían de ser propiedad absoluta en el más lato sentido de la palabra.

La solución fue una más de las que, como en otras áreas montuosas pertenecientes al dominio exclusivo del señor, permitirán convertir en bienes de propios o comunales los antiguos espacios señoriales, a salvo de la desamortización, mediante las oportunas cláusulas precautorias, como las que se incluyen en la escritura de Enguera. La excepción de desamortización se había logrado con anterioridad al constituir la sierra entre 1844 y 1870 una propiedad privada del conde, reconocida por los tribunales. En el pacto acordado, se establecía en la base primera que el conde aceptaba 1.527 hectáreas en propiedad plena, en tanto que al municipio le corresponderían 16.472 hectáreas, de las 18.000 hectáreas, poco más o menos, en que se estimaba la extensión de los montes y sierra. La parte del vecindario quedaba, textualmente:

> **[…] en dominio útil sin restricción ni limitación alguna del mismo y reservándose el directo la susodicha Señora Condesa, pero con renunciación expresa de esta a los derechos anejos y propios y peculiares de dominio directo, y quedando además tenida y obligada en la más solemne y legal forma, sus herederos y sucesores á que siempre y cuando ó por cualquier evento el Gobierno quisiera vender o enajenar la parte correspondiente al pueblo, a defender a este en juicio apoyada en el mismo dominio directo que solo para este caso le queda reservado, siendo de elección del pueblo la designación de Abogados y Procuradores para la dirección del pleito o pleitos.**

La solución de *paz* a cambio de *tierra* permitió al municipio consolidar, más tarde, el usufructo legal sin cargas de la mayor parte del espacio común, pero aceptando la segregación de una parte importante del espacio vecinal. La solución negociada de 1870, a un problema planteado finalmente por vía judicial en la década de los años cuarenta, remite, por otra parte, a una pugna por el acceso legal a la tierra de la que hacían uso los vecinos. Este último hecho queda perfectamente expuesto en la base décima, cláusula primera, de la escritura de concordia, al expresar los lindes y la extensión de los montes y sierra de la villa, confirmando la existencia de un importante hábitat disperso en el monte comunal de Enguera. Así mismo, en la porción adjudicada

al Conde de Cervellón, se reconoció la existencia de tierras labrantías enclavadas, cuyos dueños, según la base segunda del contrato, serían respetados en sus derechos. Así como tierras cultivadas sin título, a cuyos dueños no se les reconoció, inicialmente, el derecho a cultivarlas.

En este caso, a pesar de que el espacio señorial estuvo reclamado por la señoría hasta 1870, el área ha sido susceptible de particularización con anterioridad, en tanto que el espacio de la Redonda registra este proceso desde el siglo XIII. La importancia del hábitat disperso en el último cuarto del siglo XIX permite sospechar que, en el amplio territorio de montaña la baja densidad demográfica y la ausencia de la formación de un sistema comunal de aprovechamientos colectivos institucionalizado —regulado por el gobierno local— favoreció este modelo de ocupación del territorio y la apropiación de bosques y pastos a través de su integración en estas *viviendas* o *heredamientos* diseminados. Por tanto, la posesión de estas casas se fundamentaría en la libre disposición, de raíz individualista, sobre el entorno de monte y pasto auspiciada por el sistema mancomunado de aprovechamiento de la montaña que mantuvo el régimen señorial en Enguera. El dominio útil que disfrutaron los vecinos sobre los recursos de montaña facilitó, inicialmente, la conversión de terrenos forestales comunes en campos de cultivo particulares, de cuyas producciones el señor percibía el diezmo, de mayor cuantía por unidad de superficie que el que le proporcionaba la misma superficie —al menos inicialmente, cuando se transformaban la tierras de mayor calidad edafológica— por arrendamiento de hierbas, y el municipio obtenía la contribución territorial al incorporarlas al catastro.

APROPIACIÓN DEL TERRITORIO

El proceso de apropiación del territorio estará enormemente condicionado por el peso de la manufactura de paños local que, por ser uno de los principales centros productores de las serranías del interior valencianas, registrará una continuidad en los siglos XVIII y XIX como alternativa económica. La *fábrica* lanera de Enguera tuvo una amplia repercusión territorial, comprendía un extenso territorio, el que necesitaba para conseguir los recursos naturales, humanos y económicos necesarios para el desarrollo pleno de su actividad. El entorno rural de su influencia se estructura en función de las necesidades de esta pequeña ciudad. En consecuencia, influyó en la ordenación territorial del espacio que centraba. Su vocación industrial reducía el aprovechamiento agrícola del espacio inmediato e incentivaba éste en los núcleos rurales bajo su influjo, causado tanto por las diversas demandas de orden alimenticio como industrial. Proyectaba, en cambio, usos forestales en

forma de combustibles y de materiales para edificación inducido por el crecimiento industrial y demográfico y ganaderos para el alimento humano y para la obtención de materia prima para la industria lanera.

Tabla 1.
SUPERFICIE DE USO AGRARIO EN ENGUERA: 1741-1884

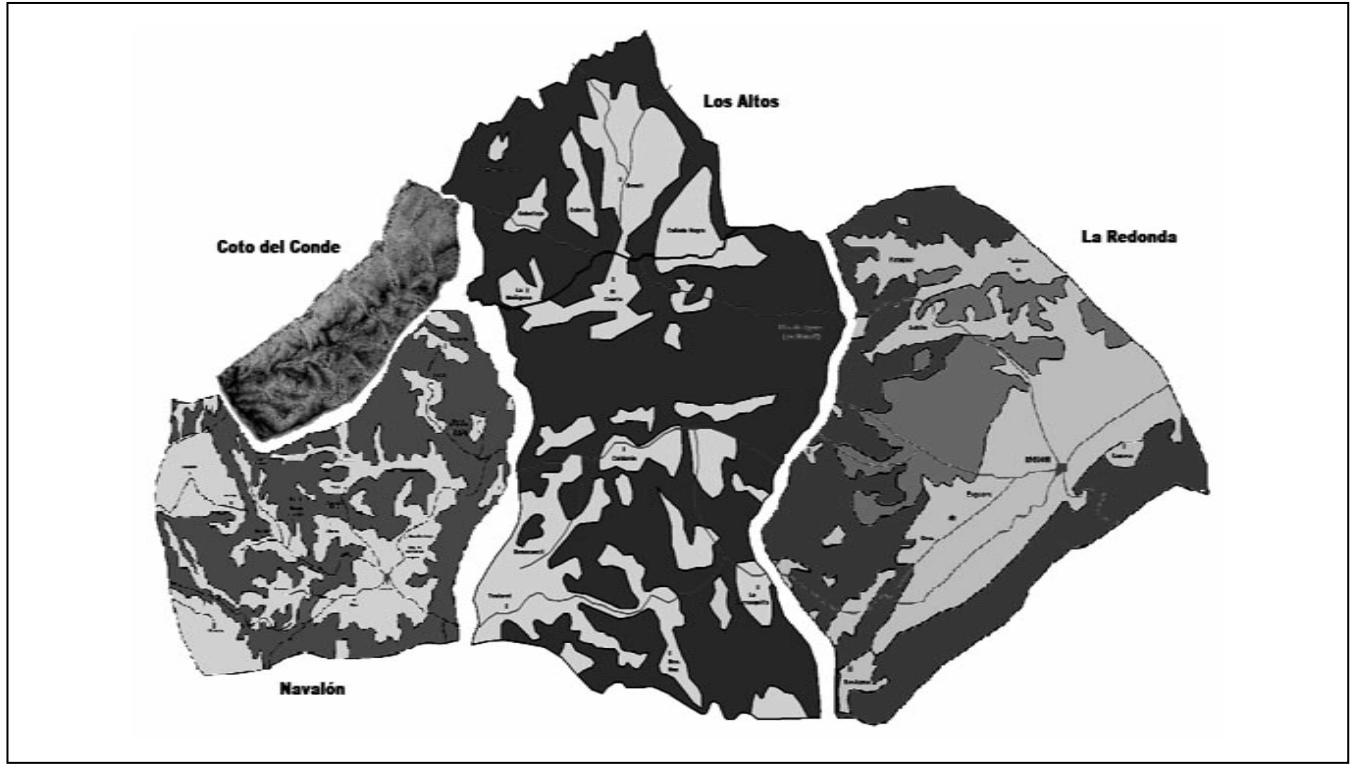
Año	Hectáreas
1741	1.127
1838	4.069
1846	3.503
1854	3.300
1884	3.901

FUENTE: Navarro Martínez (1971), Hernández Marco (1980) y elaboración propia.

Más tarde, cuando sobreviene la decadencia industrial a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX, no provoca una presión agrícola sobre el entorno rural tan fuerte como podía esperarse, pues se registró una fuerte emigración, que ocasionó un descenso en la demografía. Al tiempo, en esta etapa se desplegó el tendido ferroviario y se produjo la integración de los mercados hacia 1860-1900. Estos hechos enlazaron perfectamente con la política forestal del Estado en favor de una cierta idea de bosque, que concluirá con la inclusión de los terrenos forestales públicos pertenecientes al municipio de Enguera en el catálogo de Montes de Utilidad Pública desde principios del siglo XX. En este grupo entraron terrenos que era necesario mantener con arbolado o repoblar, ya que, por su situación, extensión o características del suelo, ejercían una notable influencia en el entorno natural donde se encontraban. Sin embargo, el monte de utilidad pública de Enguera abarcaba todo el término municipal y estaba trufado de enclaves particulares (Gráfico 4), producto de una larga etapa caracterizada por el condominio que sobre el territorio disfrutaba la comunidad rural.

La interrelación entre los negocios agrarios, pecuarios y manufactureros existente en el siglo XVIII se estrecha más aún en el siglo XIX, pues en 1838 más de un tercio de los 944 asalariados textiles censados poseían pequeñas explotaciones agrarias, así como los medianos y mayores fabricantes que

Gráfico 4. Coto del Conde y Montes de Utilidad Pública de Enguera, 1905



NOTA: En claro, las propiedades privadas. En la Redonda, además, el color intermedio.

también participaron en la *fiebre* roturadora. Durante la segunda mitad del siglo XVIII se había producido un importantísimo crecimiento de la población, triplicándose entre 1741 y 1838, que continuó durante la primera mitad del XIX aunque de manera menos acusada. El motivo principal de este hecho fue la inmigración, causada por la oferta de trabajo de su industria textil. De este modo, tras los efectos del proceso roturador llevado a cabo entre la segunda mitad del siglo XVIII y los años 40 del siglo XIX se alcanzó la utilización agrícola del 17-19% del término, un nivel parecido al de la actualidad, quedando 19.000 Hectáreas incultas para pasto de unas 20.000 cabezas de ganado.

La estructura social agraria de Enguera en este período tendía a favorecer la búsqueda de empleos alternativos a una comunidad agraria formada predominantemente por pequeños propietarios y/o arrendatarios o aparceros. No obstante, el porcentaje de los propietarios agrarios sobre el conjunto de contribuyentes de todos los sectores económicos, suponía el 82% en 1758 y el 42% en 1838, lo que supone un importante descenso siguiendo fielmente la fase de mayor desarrollo de la industria en la localidad. A pesar de todo, aumentó el número absoluto de propietarios, debido a que el número de habitantes también creció de forma espectacular por la inmigración y se dedicaron a otras actividades económicas, al tiempo que se configuraba un pequeño grupo de grandes propietarios-rentistas agrarios, pues en 1838 solamente 18 propietarios controlarán el 29% de la superficie cultivada. Los pañeros también participaron en el proceso roturador, pues reunían el 18% de la superficie agrícola, representando sus intereses agrarios un complemento a su dedicación industrial. Al contrario, el recurso alternativo de la pañería suponía para la economía local la posibilidad de generar recursos suficientes para mantener densidades demográficas muy por encima de sus posibilidades agropecuarias. Esta oportunidad era favorecida por la propia organización del trabajo textil en Enguera y su área de influencia, pues una parte de este era realizado por personal no totalmente textil dirigidos por los maestros pelaires, lo que se ha considerado un modelo cercano al modelo desarrollado en la región alemana de Bohemia, según Hernández Marco (1987). Es decir, "*trabajo de cardado e hilado campesino controlado como "putter" por el gremio central y éste a su vez, o al menos una parte importante de sus maestros, trabajando por encargo para el capital comercial —local o foráneo— que sería el encargado de llevar los paños así fabricados a los mercados valencianos, castellanos y andaluces*".

El crecimiento de la población, desde mediados del siglo XVIII, constituyó un primer estímulo para el incremento del uso del territorio, desconocido hasta entonces, debido a la baja densidad demográfica de la zona. La intensi-

dad de tal impulso quedaría matizada por un "frente antirroturador" local que se decantaba en mayor medida por un aprovechamiento pecuario, facilitado por la importante demanda de materias primas a cargo del sector textil lanero. Esta situación estuvo favorecida por el libre acceso a los espacios naturales de uso común que permitió el régimen señorial establecido en la villa. Desde mediados del siglo XIX, ya en un contexto distinto, dominado por la integración del espacio económico con el ferrocarril, principalmente, al tiempo que se producía un proceso de desindustrialización y de despoblación se activó el uso, tanto agrícola como forestal, del territorio, sin que la superficie agraria superase el 30% del término.

Si bien, como ocurrió en amplias áreas del interior de la provincia de Valencia, la importancia económica del bosque y la ganadería retardó la expansión de la agricultura, en Enguera, este hecho vino favorecido por la mayoritaria dedicación de sus habitantes a la industria. De tal manera, pueden diferenciarse en esta villa dos grandes dinámicas de ampliación de la superficie roturada, por un lado, la desarrollada durante el siglo XVIII y comienzos del XIX y, por otro, la que alcanzará la segunda mitad de este último siglo e incluso el XX, con la activación del uso agrícola y forestal del territorio, al tiempo que se extinguía la industria local, en un nuevo contexto de integración de los mercados facilitado por el ferrocarril, principalmente.

A medida que avanza el siglo XVIII, la industria absorbería las capas sociales menos dotadas, al tiempo que propiciaba una fuerte inmigración. El resultado fue un desfase del número de propietarios de tierras respecto al aumento de la población que se registraba en la segunda mitad del siglo XVIII, al tiempo que progresaba una agricultura relativamente mercantilizada. Las reformas de finales del siglo XVIII y del XIX para la mejora de la agricultura resultaron un elemento clave en la transformación paisajística operada posteriormente. Pero, también lo tuvo la iniciativa privada de los agricultores, a base de roturaciones ocultas.

La extensión del espacio agrario a costa del inculto no esconde la cortedad de la superficie cultivable a finales del siglo XVIII, en un momento en que la población relacionada en el sector textil superaba el 65% en 1787. Solamente con la ruptura liberal de principios del siglo XIX se acelerará la expansión del uso agrario en el municipio. Si hubo posibilidades en Enguera de extender este uso entre 1741 y 1838, los motivos parecen apuntar hacia al éxito de un *frente antirroturador* deseoso de que las labores no avanzasen con rapidez. Este grupo estaría compuesto por la oligarquía local —industrial, ganadera y agraria— y la administración señorial, que trataría de controlar las reservas de suelo para mantener sus respectivos intereses. Hasta tal punto es así, que en Enguera no se aprovechó totalmente su potencial de cre-

cimiento agrario durante el Antiguo Régimen. Fundamentalmente, porque los balances entre los estímulos y obstáculos al crecimiento tendieron a ser menos favorables a los primeros a medida que el modelo de crecimiento agrario extensivo se encontró con limitaciones ambientales y, sobre todo, resistencias institucionales y políticas. Los nuevos incentivos vendrán de la mano de la Revolución Liberal, por tanto, parece que la influencia del legado del Antiguo Régimen y de los cambios institucionales sobre los crecimientos agrario y económico en el siglo XIX no resultó tan irrelevante.

A lo largo de la primera mitad del siglo XIX la importante extensión del área cultivada a costa del monte se realizaba, según la coyuntura de precios, mediante la bonificación por medio de cenizas para obtener unas cuantas cosechas de cereales. Transcurrido un tiempo, la pérdida de calidad del suelo y los rendimientos decrecientes provocarían el abandono de los cultivos o la transformación en cultivos arbóreos o arbustivos. En ciertos momentos el Ayuntamiento consintió la roturación de parcelas de monte, lo que facilitó la individualización por parte de diversos usuarios de parcelas del espacio común. No solamente los cambios institucionales favorecieron el incremento del uso agrario, también actuó en este sentido el mercado. Existió la posibilidad de destinar parte de la producción de granos local al mercado, a pesar de la fuerte demanda originada por el incremento de la población. Pudieron ayudar a satisfacer esta demanda interna las importaciones de grano procedentes de zonas excedentarias, en las que los comerciantes de paños de Enguera vendían sus productos.

Los señores de Enguera no pudieron frenar la ambición particular que estaba tansformando el territorio. Quién consolidó en coyunturas concretas las roturaciones sin permiso fue el Ayuntamiento, desde el decreto de 6 de agosto de 1811 que apuntaló la división de dominios. Evidenciado el carácter mutable de la propiedad, fue relevante la participación de los individuos en la definición de la nueva propiedad. El primero, el propio conde de Cervellón. Este noble tuvo que compensar las pérdidas en sus ingresos, ocasionadas por la eliminación de ciertas formas de extracción de excedente que conllevó la ruptura liberal, con las nuevas oportunidades que le proporcionaba el mercado en un nuevo marco legal, principalmente el negocio de la madera. Por ello, luchó por conseguir en los tribunales la propiedad plena de los montes. En segundo lugar, los intereses y las estrategias de los grupos sociales locales. Estos poseen aspiraciones estrechamente relacionadas con las características y posibilidades productivas de la sociedad en la que se desenvuelven y con la posición que ocupan en ella. En consecuencia, ante un panorama de déficit de territorio y, en un marco político que propugna una extensión de los usos agrícolas, las posibilidades de implementar una trans-

formación ambiental en el territorio, y de dominio en algunos casos, parece que tuvieron relativo éxito por parte de la comunidad rural de Enguera.

En la primera mitad del siglo XIX las roturaciones permitieron el acceso a la propiedad, a la fijación de cultivos más o menos permanentes en un espacio montañoso en donde las tierras laborables inicialmente eran escasas. El proceso pudo estar precedido por acciones de agricultura marginal de autosuficiencia por parte de personas con pocos recursos, lo que supondría un sistema de cultivo complementario de los otros para aumentar las tierras de pan a costa del monte, a veces con anuencia municipal. Otros agentes mejor dotados de recursos transformaron en mayor medida el territorio. En ambos casos se aprovecharon circunstancias y coyunturas en que la señoría se encontró en posiciones de debilidad para progresar en la tendencia a la privatización. Todavía el peso del sector industrial en la estructura socioeconómica de Enguera condiciona el sector agrario que muestra el predominio de los pequeños propietarios. En el último cuarto de siglo, ya en un nuevo contexto de la estructura productiva local, tras la crisis de la industria textil, aparece otro modelo de distribución de la propiedad caracterizado por un incremento en la polarización entre pequeños y grandes propietarios.

Al preservar de la desamortización los montes de Enguera, obteniendo el conde de Cervellón 1.527 Hectáreas en propiedad privada y la restante superficie como propiedad del municipio, en consecuencia, aparecen dos grandes beneficiados en esta operación, el propio conde y el grupo de vecinos que pudo privatizar parcelas de monte. Al ayuntamiento le interesaba la no privatización de los montes, aunque tuvieran que ser tutelados por la administración forestal, pues del otro modo lo perderían todo. Por tanto, era preferible optar por la tutela de los montes, ya que esta situación, aunque podía limitar en cierta medida los usos tradicionales efectuados sobre estos territorios por la comunidad rural, incluidas las roturaciones, no los anulaba del todo. Pues, el Ayuntamiento dispondría de amplias atribuciones para influenciar en las propuestas de los planes anuales de aprovechamientos forestales. Un documento del archivo señorial, fechado en 1869, revela que para un particular la legislación forestal vigente ofrecía ventajas en cuanto al desarrollo de lo privado frente a lo público, pues ésta *"condena terminantemente la incompatibilidad de aprovechamientos cuando existe"*, pues su *"espíritu tiende a evitar todo lo proindiviso y a dejar independientes los derechos y disfrutes consiguientes de la propiedad"*. Posiblemente por ello, en 1884 la superficie cultivada en Enguera sumaba 4.000 Hectáreas, mientras la superficie amillarada, que incluía terrenos incultos, ascendía a 8.466.

Al parecer, el conde de Cervellón no pudo frenar la expansión superficial individual hasta la concordia de 1870, tal como reconoce el ingeniero de

montes Antonio Segovia en el "*Informe sobre la Sierra de Enguera*" que realizó para este noble en 1869. En la sierra se habían registrado tales abusos en roturaciones y en el establecimiento de población que, según decía, que en el caso de intentar un deslinde llevaría tanto tiempo efectuarlo que se acabaría cuando no quedase monte que ordenar. Este movimiento colonizador de un territorio con matriz boscosa se legalizó a partir de la Sentencia de junio de 1867, cuando estaba en el poder un gobierno de corte reaccionario. A partir de ese momento, la numerosa población rural de la sierra, y todos los vecinos de Enguera, disfrutaron solamente de los derechos que les concedía, es decir, el ya sabido aprovechamiento de yerbas para pasto de sus ganados y de las maderas y leñas necesarias para sus usos, previa licencia del conde, pero sin contraprestación alguna. Así es que, al tratar de las roturaciones el autor del informe de 1869 constató roturaciones nuevas, *"más recientes que la sentencia del pleito*, las cuales habían sido *autorizadas por el guarda mayor"*. En esta parte del Informe se confirma una vez más el verdadero carácter del aprovechamiento de la sierra, en el que parcelas del monte se convierten en tierras de labor y, a su vez, éstas son recuperadas por el monte, en sucesivos episodios cíclicos, según las coyunturas y las necesidades de la población, realizando "*hormigueros*" para "*poner en cultivo las tierras y los bancales que abandonados en otra época constituían monte al sentenciarse el pleito*".

El término municipal de Enguera fue incluido a principios del siglo XX en el Catálogo de los Montes de Utilidad Pública de la Provincia de Valencia, conformando los montes denominados Los Altos, Navalón y La Redonda, quedando excluido del catálogo el denominado Coto del Conde. La superficie catalogada de Utilidad Pública, en los treinta primeros años del siglo XX, oscila en una horquilla que va desde el 66 al 68%, manteniéndose prácticamente invariable durante este período. Entretanto, con el desarrollo de la crisis textil, la población de Enguera fue reduciéndose a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX y, al depender en mayor medida de la agricultura la que quedaba, privatizó una mayor cantidad de tierra (Tabla 2). El término municipal de Enguera inició una nueva etapa en cuanto a su ordenación territorial desde la concordia de 1870, por la cual se generó una gran propiedad en su seno, cuyo titular fue el antiguo señor, y donde el Ayuntamiento, en nombre del común de vecinos, quedó como agente corporativo único —hasta entonces debió compartir este derecho con el señor— en las tareas de gestión del territorio. Esta nueva faceta del organismo administrativo municipal adquirió, no obstante, una nueva dimensión desde comienzos del siglo XX con la declaración de Monte de Utilidad Pública.

El análisis de las actas del deslinde de los montes públicos, permite constatar la transformación operada a principios del siglo XX. La Sierra de Engue-

Tabla 2.
MONTES CATALOGADOS DE UTILIDAD PÚBLICA PERTENECIENTES AL MUNICIPIO DE ENGUERA SEGÚN LA RECTIFICACIÓN DEL CATÁLOGO DE 1932

Nombre	Especie	Cabida total (hectáreas)	Cabida pública (hectáreas)	Superficie poblada		Extensión rasa (hectáreas)	Otras características
				Monte alto	Monte bajo		
Los Altos	*Pinus Halepensis*	9.857	7.429	4.500	—	2.929	Deslinde. A cargo del Distrito Forestal
Navalón	Ídem	5.134	3.148	1.900	—	1.248	Deslinde. A cargo de la División Hidrológico-Forestal
La Redonda	Ídem	6.593	4.115	600	—	3.515	Deslinde
TOTAL		**21.584**	**14.692**	**7.000**	**—**	**7.692**	

FUENTE: Catálogo de los Montes de Utilidad Pública de la Provincia de Valencia, Rectificado en 1932 en cumplimiento de lo dispuesto en la Orden Ministerial de 24 de Abril de 1931, Ministerio de Agricultura, Industria y Comercio.

ra no es en este momento un territorio natural, pues albergaba más de 300 vecinos que habitaban en casas aisladas y en aldeas. En cuanto al estado físico del conjunto de los montes, se destacaba que estaban *"bastante roturados, debido a la libertad que han tenido para ello"* los vecinos habitantes de la sierra. No había trozo de monte en que no se vieran indicios de haber estado reducido a cultivos. Lo estaban todas las cañadas y otras zonas que reunían condiciones para el cultivo agrario permanente, muchos de ellos plantados de viña y olivos. Respecto del arbolado silvestre se señalaba que aún existían muchos rodales de árboles en muy buenas condiciones de espesura, pero era mayor el terreno despoblado, debido a los incendios, talas, roturaciones y otras infracciones cometidas por los vecinos que habitaban en ellos, obligados a realizarlas durante la mayor parte del año para poder vivir.

A pesar de la abundante población serrana, pocos eran los que poseían títulos de propiedad. La causa principal de la falta de documentos era que, dado el escaso valor de las fincas, no se habían efectuado los distintos traslados de dominio y venían figurando, por tanto, en los amillaramientos y pagaban contribución a nombre de sus antepasados. Sin embargo, las fincas abarcaban todo el terreno, englobando monte. El ingeniero que realizó los deslindes redujo el espacio usado a los límites de las escrituras y, en ausencia de estas o que no consideraba válidas, optó por delimitar el monte del espacio cultivado. No obstante, debido a que las distintas fincas formadas por terrenos cultivados e incultos estaban esparcidas por el monte, en barrancos, cañadas, laderas y cumbres, se optó por reunirlas dentro de perímetros en los que se incluían la mayor parte posible de terreno cultivado e inculto ajustándose siempre a la cabida. A veces se otorgó una cabida mayor y otras menor que la indicada en los documentos de propiedad.

En numerosas ocasiones el deslinde supone una reordenación del espacio que se había ordenado bajo otros criterios. El ingeniero pretendió la defensa de lo público, tratando de conformar masas compactas de monte. Para ello tuvo que negociar cambios de lindes y evitar la dispersión parcelaria de los terrenos cultivados, para lo cual canjeó en ocasiones monte público por privado roturado a fin de conformar fincas compactas con una cabida lo más aproximada a la expresada en los títulos de propiedad, casi siempre con generosidad hacia el vecindario. En consecuencia, tras los deslindes, resultó un nuevo dibujo territorial.

El análisis de las actas de los deslindes de las fincas evidencia que la utilización del territorio fue mayor que la que les otorgaba a sus propietarios los títulos de propiedad. Eran fincas con una importante presencia de cultivos leñosos, en ocasiones implantados desde 1867. En bastantes casos, se modificó el perímetro de las fincas y se creó una finca nueva. En consecuencia, la

anatomía de las fincas deslindadas varió, ya que, en tanto que enclavados en el monte público, sufrieron una adaptación según el resultante de la relación de fuerzas de los criterios de ordenación de la autoridad forestal, en comunión de intereses con la autoridad municipal, y de la sagrada propiedad particular. El criterio básico de legitimación de la propiedad enclavada en el monte público fue la acreditación documental de la posesión, a pesar de que el ingeniero sabía que la mayoría de los usuarios del territorio público de Enguera no tenían ningún documento.

El ingeniero no reconoció el uso privado del territorio sin título de propiedad. Finalmente, el expediente del deslinde practicado se elevó, según el conducto administrativo reglamentario, al Ministerio de Fomento para su resolución definitiva. Pero, el deslinde del monte público y de la propiedad particular no se consideró concluido, pues había quedado una gran cantidad de terreno sin deslindar. Hubo que ampliar el deslinde inicial.

El retorno de terrenos al monte público registrado en la ampliación del deslinde, parece confirmar que, en efecto, se abandonaron tierras labradas de las que no se pudo documentar su posesión. Sin embargo, la escasa entidad del retorno al monte infunde la sospecha de que no se retornaron todas las que debían haber vuelto al monte, según el detallado registro del ingeniero. Parece detectarse, entonces, una consistente reacción en contra de la devolución de tierras al monte por parte de la comunidad rural de Enguera. Es posible que ayudara a este comportamiento la actitud del municipio abiertamente favorable a los particulares. También porque dicha comunidad era más dependiente de la agricultura que antaño —a pesar de estar inmersa en un proceso de emigración—, cuando la industria textil lanera ofrecía otras posibilidades. Al final del siglo XIX cayeron los precios agrarios, pero se revalorizaron otros productos del monte. El proceso de privatización y de modificación de las pautas de gestión del monte público habría que situarlo, por tanto, como sugirió el Grupo de Estudios de Historia Rural, en el contexto de la articulación entre las políticas generales y los intereses locales, actuando éstos a tenor de las señales dadas por los mercados.

Según el ingeniero que efectuó los deslindes, los montes habían sido roturados casi en su totalidad, debido al sistema de cultivo que habían practicado y seguían practicando los vecinos, el cual consiste en rozar, hacer hormigueros con la leña de la roza y sembrarlo durante tres años consecutivos, abandonándolo después hasta que volviese a criar monte bajo. Era un método que trataba de superar las limitaciones ambientales, dando tiempo al terreno para que se operara una reposición natural de los nutrientes, al tiempo que seguía las señales emitidas por los mercados, adaptándose al incremento de los precios. De resultas, el ingeniero apreció en la Redonda que eran contados los

vecinos de Enguera que no poseían una roturación, lo que supone una auténtica "vía campesina" de acceso a la tierra.

CONCLUSIÓN

El Ayuntamiento de Enguera no tenía otro derecho sobre los montes que el que le otorgaba la escritura de Concordia de 1870. Por tanto, no pudo inscribirlos en el Registro de la Propiedad, según lo dispuesto en el Real Decreto de 11 de noviembre de 1864. Pero el ingeniero que deslindó los montes sostenía que la propiedad y el derecho que tenía el Ayuntamiento sobre sus montes se remontaba al año 1575 en que se realizó la venta de estos. No obstante, la escritura de Concordia no fue sancionada por la Superioridad. Se fundamentó, en cambio, en los preceptos contenidos en la Ley Municipal y Provincial entonces vigente, de 21 de octubre de 1868, los cuales autorizaban dicha clase de pactos sin intervención del Gobierno. Dichos trámites se llevaron a cabo, según consta al folio 21 del libro de Actas, con el acuerdo tomado por el Ayuntamiento el día 7 de abril de 1870.

La población diseminada supone un modelo específico de ocupación del territorio. Este modo de habitar se iniciaba con la construcción de una casa y el laboreo de una pequeña porción de territorio, la más llana e inmediata al edificio o a alguna fuentecita. El proceso de transformación territorial, y la construcción de un nuevo paisaje, cobraba intensidad cuando por la conveniencia de acudir a las crecientes necesidades de la familia, hacían que los desmontes se fuesen separando de la casa. Pero como esos desmontes no podían hacerse sin solución de continuidad, sino salteados en los puntos en que el terreno lo permitía, bien pronto el radio de cada casa abarcaba una extensión considerable. Cuando el dueño fallecía, se repartía formalmente la heredad entre los herederos, poniéndole por límites no los de las tierras verdaderamente labradas, sino todo el terreno que en junto abrazaban, incluyendo la parte de monte que quedaba entre éstas, en donde el ganado de todas clases apacentaba durante todo el año. Las particiones hereditarias conllevaban nuevas edificaciones de viviendas, y así se formaron grupos de casas, cortijadas, aldeas y hasta pueblos como eran Santich, Benali y Navalón, estos dos últimos con su vicario eclesiástico y su alcalde pedáneo. Por otra parte, las ventas, permutas y arriendos de estas heredades dieron como resultado que algunas pertenecieran a forasteros, pero quienes las labraban fueran vecinos de Enguera. Tanto si se atiende al número de casas diseminadas como al número de vecinos con residencia dispersa, parece observarse una intensificación de este tipo de gestión del territorio durante la primera parte del siglo XIX. En la segunda mitad del siglo el crecimiento debió resultar vigoroso,

pues desde 1850 en treinta años se pobló la sierra en proporciones nunca antes alcanzadas. La tendencia continuará hasta concluir el primer tercio del siglo XX, siguiendo una evolución en paralelo a la crisis y colapso de la industria textil de Enguera.

El "triunfo" en los juzgados de la casa señorial no supuso la "derrota" de los vecinos de Enguera que habían ocupado el monte. La sentencia obtenida en 1867 era calificada por los asesores personales del conde de Cervellón, dos años más tarde, como un triunfo, dado el modo en que estaban arraigados los derechos del pueblo de Enguera y lo poco definidos que estaban los del señor. En cambio, los vecinos no acertaban a entender como el tribunal había promulgado la sentencia en tales términos. Además, la presencia de una importante población rural instalada en la Sierra en la década de 1860 convertía en ilusoria la idea de convertir este territorio en propiedad privada del conde.

Un medio para frenar el progreso de la población rural diseminada era aplicar la normativa forestal vigente, pues el artículo 5º de las Ordenanzas de Montes de 1863 "*en caso alguno puede aplicarse con más exactitud que al de Enguera*", según el asesor personal del conde, ya que establecía que quedaban dependientes de la guarda y conservación de la Dirección General los montes en que los pueblos tenían condominio o comunidad de disfrutes o usos con otro propietario. En este supuesto la casa señorial hubiera sufrido las consecuencias de la intervención del Distrito Forestal, pero hubiera salido ganando, ya que, aunque se hubiera tenido que ajustar a las directrices del Ingeniero de montes, hubieran redundado en su favor las restricciones que hubieran tenido que sufrir las servidumbres en el modo de ejecutarlas el pueblo. Sin embargo, el territorio de la Sierra que poseían los vecinos escaparía al control de la administración forestal, lo que requería un deslinde que se antojaba demasiado largo y, por tanto, nada útil. A pesar de todo, convenía al conde la intervención del distrito, para "salvar" a éste a un mismo tiempo de la intervención y de las servidumbres.

En efecto, se utilizaron estos argumentos para encontrar una solución negociada entre ambas partes, pero con la vista puesta el conde en conseguir una propiedad privada. La solución acordada permitió convertir en un bien del común de vecinos el antiguo espacio señorial en 1870, que quedó a salvo de la desamortización por medio de una cláusula precautoria incluida en la escritura. El conde obtuvo en propiedad privada 1.527 hectáreas, quedando las restantes, que se sumarían a la Redonda, en manos del común de vecinos en dominio útil, sin restricción ni limitación alguna. De este modo, se legalizaban las particularizaciones, antes ilegítimas, operadas por la comunidad rural, y se podían realizar otras en otro escenario distinto.

Los montes de Enguera formarían parte del proceso de privatización y de consolidación de un patrimonio forestal público, según ciertos objetivos políticos de los gobernantes del Estado —como el de asegurar en el poder a determinados grupos sociales— en cada momento y por la presión, de distinta naturaleza, que ejercían la evolución de los mercados y la actitud de quienes se veían perjudicados o beneficiados con las medidas que se ponían en práctica. El Ayuntamiento estaba encargado de legitimar las roturaciones arbitrarias.

A principios del siglo XX los montes Navalón, Altos y Redonda contenían un 38, un 24 y un 37% de terreno particular. Esta cifra se mantiene prácticamente invariable hasta 1932. De tal modo, el trabajo de deslinde del monte público fue la comprobación del nivel alcanzado en la particularización del territorio. No será, sin embargo, un proceso igualitario protagonizado por los desposeídos, si atendemos a las actas de los deslindes de principios del siglo XX. El municipio de Enguera comparte un rasgo estructural semejante al que presentan algunas zonas de Andalucía, donde las roturaciones fueron especialmente abundantes allí donde por tradición se permitía sembrar libremente en tierras del común, o se procedía a repartos periódicos de parcelas para su cultivo, manteniendo en común el pasto y el aprovechamiento del vuelo.

La comunidad rural que aprovechaba los recursos forestales era muy compleja, pues, a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX, se conforma una minoría de grandes propietarios, con importantes parcelas de monte, frente a una mayoría de pequeños propietarios de terrenos de labor, principalmente. En cuanto a su caracterización social, participan tanto el conde de Cervellón como una reducida elite que controla el poder político y económico local. La mejora del acceso a los recursos del territorio fue dispar entre los componentes de la comunidad rural. Tras la crisis industrial, se fue conformando un modelo de crecimiento agrario con dos vías diferentes. Una relacionada con la subsistencia y otra con un perfil netamente comercial. Se fraguó una dualidad agraria entre una economía de autosuficiencia, a base de pequeñas explotaciones, y otra ligada al mercado, que se había dotado de fincas fértiles, con producciones orientadas en función de las señales que iban enviando los mercados. El modelo de especialización productiva finalmente desarrollado puede calificarse de tardío, si se compara con otras regiones españolas. Al parecer, las regiones de la mitad meridional de la península, junto a Cataluña, experimentaron la expansión agraria más robusta durante el siglo XIX.

BIBLIOGRAFÍA

AYUNTAMIENTO DE ENGUERA (1893): *Los montes de Enguera y el Ayuntamiento. Fundamentos que este tiene y el Gobierno para administrar los productos forestales pertenecientes al común de vecinos*, Imprenta de Fabra, Enguera.

ASOCIACIÓN PARA LA PROMOCIÓN SOCIO ECONÓMICA DE LOS MUNICIPIOS DEL MACIZO DEL CAROIG (2008): *Paisajes del Caroig. La sostenibilidad de la coevolución entre sociedad y naturaleza*, Valencia

ASOCIACIÓN PARA LA DEFENSA DE LA NATURALEZA "MONTES DE MALAFATÓN". ECOLOGISTAS EN ACCIÓN DE ALATOZ (2002): *La trashumancia y sus caminos. Un legado a recuperar. (Acerca de las vías pecuarias en las sierras y tierras altas al este de Albacete)*, Alatoz, Albacete.

CAVANILLES, J. A. (1795-97): *Observaciones sobre la historia natural, geografía, agricultura, población y frutos del Reyno de Valencia,* Madrid.

GRUPO DE ESTUDIOS DE HISTORIA RURAL (1994): "Más allá de la propiedad perfecta. El proceso de privatización de los montes públicos españoles (1859-1926)", *NOTICIARIO DE HISTORIA AGRARIA*, nº 8, pp. 99-152.

GIL OLCINA, A. (1979): *La propiedad señorial en tierras valencianas*, Del Cenia al Segura, Valencia.

HERNANDEZ MARCO, J. L. (1980): *Estructura económica e industrialización.*

Enguera y Bocairent durante los siglos XVIII y XIX, Tesis de Doctorado, Facultad de Geografía e Historia, Universidad de Valencia.

— (1987): "La pañería como alternativa económica de las serranías del interior valenciano (siglos XVIII y XIX)", *SAITABI*, nº 37, Facultad de Geografía e Historia, Universidad de Valencia.

JIMÉNEZ PIQUERAS, J. M. (1993): "Partidas del término de Enguera (I)", *REVISTA DE ENGUERA*, Fiestas Patronales, pp. 122-126.

LLOPIS, E. (2004): *El legado económico del Antiguo Régimen en España*, Crítica, Barcelona.

MARTÍNEZ GALLEGO, F. A. (2002): "Los envites contra el comunal: bovalares, baldíos y montes valencianos durante el proceso revolucionario (1834-1868)", en PIQUERAS ARENAS, J. A. (coord.), *Bienes comunales: propiedad, arraigo y apropiación*, Ministerio de Agricultura, pp. 157-187.

MILLÁN (2000): "Liberalismo y reforma agraria en los orígenes de la España contemporánea", *BROCAR*, n. 24, pp. 181-211.

MONTIEL MOLINA, C. (1994): *Los montes de utilidad pública en la Comunidad Valenciana*, Ministerio de Agricultura, Madrid.

NAVARRO MARTÍNEZ, N. (1971): *Demografía y Economía de la Villa de Enguera durante el siglo XIX*, Tesis de Licenciatura, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Valencia.

PACHECO CABALLERO, F. L. (en el presente volumen): "Servidumbres en las fuentes del derecho aragonés", en SALUSTIANO DE DIOS, JAVIER INFANTE, RICARDO ROBLEDO, EUGENIA TORIJANO (Coords.), *Historia de la propiedad en España. Servidumbres y limitaciones de dominio*, VI Encuentro Interdisciplinar, Salamanca, 17-19 de septiembre de 2008, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid.

PÉREZ BORREDÁ, J. R. (2004): *Fragmentación de la propiedad agraria y estructura social en el secano valenciano. Vallada, ss. XVI-XIX*, Institució Alfons el Magnànim-Diputació de València, Valencia.

PESET REIG, M. y HERNANDO SERRA, P. (2001): "Comunales y propios en Valencia", en SALUSTIANO DE DIOS, JAVIER INFANTE, RICARDO ROBLEDO, EUGENIA TORIJANO (Coords.), *Historia de la propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*, II Encuentro Interdisciplinar, Salamanca, 31 de mayo-3 de junio, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, pp. 179-210.

PIQUERAS ARENAS, J. A. (2002): "Aprovechamientos y nostalgia del comunal", en PIQUERAS ARENAS, J. A. (coord.), *Bienes comunales: propiedad, arraigo y apropiación*, Ministerio de Agricultura, pp. 11-59.

ROMERO GONZÁLEZ, J. (1983): *Propiedad agraria y sociedad rural en la España Mediterránea. Los casos valenciano y castellano en los siglo XIX y XX*, Ministerio de Agricultura, Madrid.

RUÍZ TORRES, P. (1986) "La fi de la noblesa feudal al País Valencià", en VV. AA., *Terra, treball i propietat*, Crítica, Barcelona, pp. 167-185.

LAS SERVIDUMBRES ANTE EL DERECHO: ENTRE ANTIGUO RÉGIMEN Y LIBERALISMO

Eugenia Torijano Pérez
Universidad de Salamanca

No hay duda de que las servidumbres que se imponen a las heredades, ofenden el derecho de propiedad: pero sin embargo hay algunas de ellas que son indispensables, porque sin su uso no podrían los otros poseedores ejercer sus respectivos derechos. El propietario que se impone la obligación de conceder a su confinante o vecino el paso necesario para la inmediata heredad, adquiere el derecho de exigir él también a su vez igual servicio de parte de los dueños de los predios confinantes al suyo. Así pues, resulta una justa compensación de ganancia y de pérdida en la permuta recíproca de servidumbres indispensables; de cuya naturaleza y límites tocará a la ley el hacer el conveniente arreglo.

Georges Louis Schmid, *Principios de legislación universal*, 1776, traducidos del francés con algunas correcciones y notas por Don Mariano Lucas Garrido, 1821.

I. INTRODUCCIÓN: LA PROPIEDAD Y LOS DERECHOS REALES EN EL SISTEMA NORMATIVO LIBERAL.—II. LAS SERVIDUMBRES EN EL SIGLO XIX ESPAÑOL: II.1. Las primeras normas: esculpir la propiedad liberal sin Código. II.2. La codificación. II.3. La doctrina civilista. II.4. Las servidumbres y el Estado

I. INTRODUCCIÓN: LA PROPIEDAD Y LOS DERECHOS REALES EN EL SISTEMA NORMATIVO LIBERAL

De modo alguno pretendo afrontar asunto tan trascendente como es el del sistema de derechos reales tras la revolución burguesa, esto es, tras la implantación de un sistema de propiedad individual y libre, como fue el modelo jurídico que se implantó tras el triunfo del constitucionalismo. Más modestamente, quisiera acercarme al mundo de las servidumbres en el derecho español del siglo XIX acudiendo a sus fundamentos teóricos, ya que el objeto planteado es

el de llamar la atención sobre la incidencia de la construcción del Estado liberal en la institución de las servidumbres, por un lado, en el ámbito iusprivatístico, en el que seguirá de alguna manera la estela del derecho de propiedad y, por otro, en el ámbito público, donde irrumpe con fuerza el término de servidumbres públicas, que serán objeto de tratamiento por parte de la doctrina como una cuestión más de la Administración Pública, encarnación del Estado, considerado como propietario individual, y girando el término en torno al concepto de utilidad pública, compaginado todo ello con la autoridad que se inyecta a la propiedad individual minimizando cualquier agresión a la propiedad privada, pues la servidumbre pública, y en general, la servidumbre, se interpretará en las primeras décadas del siglo XIX como restrictiva.

Para todo ello creo que es necesario arrancar de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, donde la propiedad forma parte de los derechos «naturales e imprescriptibles» del hombre del art. 2 y a ella se dedica en exclusiva el último artículo de la Declaración: «siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija claramente y con la condición de una indemnización justa y previa». Como es sabido, el reconocimiento del derecho de propiedad ha sido considerado como la máxima expresión del carácter burgués de la Declaración. En 1789 la inclusión de la propiedad entre los derechos naturales del hombre es un claro síntoma de la ascensión de la burguesía al papel de clase dominante. En este contexto histórico, los obstáculos jurídicos con que se encontraba eran los privilegios de otros grupos sociales y la arbitrariedad en el ejercicio del poder político. La afirmación de la propiedad lo era, por tanto, sobre todo contra los usos propios del Antiguo Régimen, especialmente las relaciones feudales a las que se hallaba sujeta, la desigualdad social y la irregularidad de los procesos expropiatorios.

Los arts. 2 y 17 reflejan el interés de la burguesía por luchar contra el sistema feudal. Como es sabido, el derecho de propiedad era concebido como un corolario de la libertad o, en tanto propiedad «de bienes», como una prolongación de la propiedad de uno mismo. Por esta razón aparece reconocido al mismo nivel que la propia libertad o la seguridad. De acuerdo con Debene[1], las referencias a la propiedad de los arts. 2 y 17 son distintas: el art. 2 recoge el derecho a la propiedad entendido como la facultad individual de apropiación de bienes o derecho a la formación de un patrimonio personal; se trataría de un derecho natural, anterior a la asociación política. Una vez cons-

[1] Marc DEBENE, «La propriété, droit de l'homme ou droit du citoyen», en *Propriété et revolution. Actes du colloque de Toulouse 12-14 octobre 1989,* Paris, C.N.R.S., 1990, pp. 85-91.

tituida ésta, el art. 17 contempla al ciudadano ya propietario, que ha ejercido su derecho natural previamente, y que ahora requiere protección para el disfrute de sus bienes.

Como es conocido, la concepción de la propiedad como derecho natural se fraguó tiempo atrás desde donde se llegó a la propiedad como el derecho subjetivo que concedía al individuo la plena disponibilidad de sus bienes, de su trabajo y de su persona. La revolución, finalmente, supuso el triunfo de la propiedad burguesa «monolítica, concebida como señorío y estrechamente vinculada a la personalidad del propietario»[2] y se va a convertir en el paradigma de los derechos individuales. Será un derecho subjetivo que servirá, por un lado, para identificar al *homo oeconomicus* como el sujeto político por excelencia y, por otro, como consecuencia lógica de lo anterior, como el motor principal que impulsa un orden jurídico basado en el predominio, prácticamente exclusivo, de la ley, reputada ahora la garantía máxima de una sociedad cuyo referente es siempre el individuo propietario[3].

Sin embargo, desde el plano más específicamente jurídico, la propiedad recogida por las Constituciones y sobre todo por los códigos, no sólo no rechaza sino que recoge favorablemente los antiguos *iura ad rem* e *in re*[4], los cuales, conviven armónicamente con la propiedad individual. Una propiedad individual que afecta al mismo concepto de Estado, que se configurará a imagen y semejanza del individuo propietario, esto es, el ciudadano, cuyo conjunto, es el que forma la Nación y en este sentido, a uno y a otro le son aplicables las mismas disposiciones.

Desde este planteamiento, encaja entonces que el sistema jurídico liberal acoja los llamados derechos limitativos de la propiedad, los derechos reales, que ayudan a ejercer el omnipotente derecho de propiedad individual, y encaja a su vez la construcción jurídica que incorpora las llamadas servidumbres públicas, en las que uno de los fundos, el dominante, ya no es de un particular sino cuyo titular será el Estado.

---

[2] Paolo Grossi, *Pagine introdutive a Quaderni fiorentini*, 5-6 (1976-1977).

[3] Paolo Grossi, *La proprietà e le proprietà*, p. 663.

[4] Derecho real: supone una relación inmediata entre la persona y la cosa, es decir, una potestad directa sobre la cosa, que no necesita de intermediario alguno. La propiedad es el derecho real por excelencia, es el que significa el máximo grado de poder sobre una cosa que se reconoce a su titular. Frente a ella, están los derechos reales limitados o derechos en cosa ajena (*iura in re aliena*). Son limitados porque no otorgan el pleno poder sobre un objeto, que es específico del derecho real de propiedad, o porque limitan, comprimen o impiden el libre ejercicio de ésta.

Ius ad rem. Figura intermedia entre el verdadero derecho real y el puro derecho personal. El concepto aparece en la baja edad media para explicar algunos supuestos típicos de esta época, como son los feudos y los beneficios eclesiásticos.

II. LAS SERVIDUMBRES EN EL SIGLO XIX ESPAÑOL

> Aun los que han escrito últimamente, no hacen más que copiar las definiciones de las leyes de Partida, que son las peores imaginables, y con esto han creído hacer lo bastante.
>
> Cirilo Álvarez Martínez, *Instituciones de Derecho Civil*, Valladolid, 1840.

> Los españoles, pues, ganaron, y no poco, con el orden metódico de enjuiciamiento prescrito en la Partida que hemos examinado no obstante los defectos que en ella advertimos. Los últimos cinco títulos, aunque no se han colocado aquí con mucha oportunidad, tratan del dominio, prescripciones, posesión, servidumbres y denuncias; y están basadas sus leyes sobre los más respetables principios de equidad y de justicia.
>
> Ramón Ortíz de Zárate, *Análisis histórico-crítico de la legislación española*, Vitoria, 1844.

II. 1. Las primeras normas: esculpir la propiedad liberal sin Código

El periodo que se inaugura en 1810 en Cádiz entraña la conversión de la estructura jurídica social y política desde un modelo absolutista a un modelo constitucional. La propiedad, elevada a «derecho legítimo de todos los individuos» (art. 4 de la Constitución de 1812), se erige en uno de los objetivos primordiales de esta conversión que afecta tanto al ámbito del derecho privado como al de derecho público, siendo una de las primeras medidas la abolición del régimen señorial, de fecha anterior a la Constitución. El camino se inició con la esperanza de elaborar un código que definiera este derecho pero con el paso del tiempo y sin que la esperanza se convirtiera en realidad, se fue esculpiendo a golpe de cincel un derecho de propiedad liberal así como todos los derechos que derivan de la relación del hombre con las cosas. Las servidumbres y las limitaciones del dominio también se contemplaron en estos golpes de cincel que permitieron afrontar un nuevo sistema socio político con una legislación vigente procedente de muchos siglos atrás. Se pueden destacar tres aspectos que afectarán a las servidumbres en el ámbito en el que ahora nos movemos: la ya citada abolición del régimen señorial, la desamortización y la acotación de tierras, montes y baldíos y, por último, la conversión del Estado en Estado Administrativo y la asunción por su parte de las funciones derivadas del desarrollo tecnológico, social y económico. Y mientras tanto, no hay que olvidarlo, se están elaborando los proyectos de código civil, por un lado, y, por otro, los juristas vuelcan sus esfuerzos en poner orden, tanto con fines pedagógi-

cos como doctrinales, en un sistema normativo que ha de mirarse en el pasado y dirigirse hacia el futuro.

Previo al examen legislativo, propongo una parada constitucional. El art. 4 de la Constitución de 1812 ordena que «La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen» y el art. 172 reza «Las restricciones de la autoridad del Rey son las siguientes: Décima. No puede el Rey tomar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella, y si en algún caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer sin que al mismo tiempo sea indemnizado y se le dé el buen cambio a bien vista de hombres buenos». Ambos artículos reflejan un cierto paralelismo con los dos anteriormente vistos de la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano. En las posteriores constituciones se eliminará el primer artículo y ya sólo permanecerá el último, aquel que hace referencia a la propiedad poscontractual, tal y como se ha visto anteriormente, porque ya no hace falta declarar el derecho de propiedad, porque el sistema ya está sostenido en ese derecho (recordemos, por ejemplo, el sufragio censitario). La Constitución de 1837, en consecuencia, establece en su art. 10 que «No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y ningún español será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización», artículo que se repite literalmente en la Constitución de 1845. La Constitución de 1869 avanza en la protección del derecho, ya asentado: art. 13: «Nadie podrá ser privado temporal o perpetuamente de sus bienes y derechos, ni turbado en la posesión de ellos, sino en virtud de sentencia judicial. Los funcionarios públicos que bajo cualquier pretexto infrinjan esta prescripción serán personalmente responsables del daño causado. Quedando exceptuados de ella los casos de incendio o de inundación u otros urgentes análogos, en que por la ocupación se haya de excusar un peligro al propietario o poseedor, o evitar o atenuar el mal que se temiere o hubiere sobrevenido»; art. 14: «Nadie podrá ser expropiado de sus bienes sino por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutará sin previa indemnización regulada por el juez con intervención del interesado». La Constitución de 1876 vuelve a las anteriores de 1837 y 1845 repitiendo en su art. 10: «No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no procediere este requisito, los jueces ampararán y en su caso reintegrarán en la posesión al expropiado».

Protegido el libre ejercicio del derecho de propiedad por las Constituciones, su modelación normativa pasa por una abultada serie de cuestiones, entre las que están los derechos reales, que limitan el sacrosanto derecho de la propiedad pero que son necesarios precisamente para poder ejercerlo. En concreto, por lo que se refiere a las servidumbres iniciaremos, como queda dicho, aludiendo a las medidas para abolir los señoríos, que arrancan de 1811, y que establecen que los «contratos, pactos o convenios que se hayan hecho en razón de aprovechamientos, arriendo de terrenos, censos u otros de otra especie celebrados entre los llamados señores y vasallos, se deberán considerar desde ahora como contratos de particular a particular», disposición que se repite en la ley aclaratoria de 1823. Por tanto, si existiera una servidumbre constituida por la voluntad de las partes, entonces señor y vasallo, se considerará como de particular a particular, subsistiendo la servidumbre. Las servidumbres se mantendrán intactas para poder ejercer el derecho de propiedad.

Igualmente, las políticas de acotamientos y cerramientos de heredades, el reparto de baldíos, así como la propia desamortización, tejieron una urdimbre legislativa que también afectó a la institución de las servidumbres, pues en cada norma fue preciso afirmar su supervivencia en el caso de que los fundos afectados tuvieran esta carga[5]. De la importancia de estas medidas de cerramientos y acotamientos de propiedades nos habla el tiempo tan temprano en que se tomaron así como su carácter simbólico pues para proteger el derecho de propiedad individual que la Constitución de 1812 consagra, no hay nada como determinar que se puedan poner límites físicos a las tierras, significando que el propietario es dueño y señor de ellas incluso ofreciendo también la posibilidad al poseedor, como un paso previo a la determinación y afianzamiento de la propiedad individual[6]. Así, el decreto de 14 de enero de 1812 (que volvió a entrar en vigor por decreto de 24 de noviembre de 1836) establece en su art. III: «Los terrenos destinados a plantío, cuyo suelo y arbolado sea de dominio particular, se declaran cerrados y acotados perpetuamente; y sus dueños podrán cercarlos, y aprovechar como quieran los frutos y producciones, dejando libre el paso de caminos reales y de travesías o servidumbres, cañadas y abrevaderos, como también el disfrute de caza y pesca», y la importantísima ley de 8 de junio de 1813, que sanciona el derecho de propiedad y que (restablecida por ley de 6 de septiembre de 1836) determina en su

[5] Manuel Danvila y Collado, en su libro *El libro del propietario*, Valencia, 1862, pp. 199 y ss. incluye estas prácticas dentro de los aparados que dedica a las servidumbres, como veremos más adelante.

[6] Aunque a finales del siglo xviii se tomaron algunas medidas para permitir el cerramiento de tierras, siempre que se cumplieran unas condiciones, no obstante, también tuvieron que tomarse medidas para evitar abusos por cerramientos indebidos. Nov. R., 19, 24, 7 y 11, 27, 7.

art. 1º que «Todas las dehesas, heredades y demás tierras de cualquiera clase pertenecientes al dominio particular, ya sean libres o vinculadas, se declaran desde ahora cerradas o acotadas perpetuamente, y sus dueños o poseedores podrán cercarlas sin perjuicio de las cañadas, abrevaderos, travesías y servidumbres, disfrutarlas libre y exclusivamente, o arrendarlas como mejor les parezca, y destinarlas a labor, o a pasto o a plantío, o al uso que más les acomode; derogándose por consiguiente cualesquiera leyes que prefijen la clase de disfrute a que deban destinarse estas fincas, pues se han de dejar enteramente al arbitrio de sus dueños». Disposiciones posteriores vienen a establecer lo mismo: que el acotamiento se entiende sin perjuicio de las cañadas, abrevaderos, caminos, travesías y toda clase de servidumbres que por título legítimo pesen sobre las heredades, así las R. O. de 17 de mayo de 1838 (art. 5), 8 de enero de 1841, 13 de noviembre de 1844[7], sobre el libre uso de cañadas y demás servidumbres pecuarias, o la R. O. de 26 de enero de 1854[8]

[7] «He dado cuenta a S. M. de una exposición del presidente de la asociación general de ganaderos, en la que hace presente los perjuicios que sufre la industria pecuaria por la inobservancia de las leyes y demás disposiciones relativas a la misma, y la necesidad de proveer a su remedio haciendo a los Ayuntamientos de los pueblos ciertas prevenciones que propone fundadas todas en la misma legislación actual. En su vista, convencida la Reina de que los perjuicios de que se queja la asociación de ganaderos, no traen su origen de la falta de leyes y disposiciones protectoras, sino de su inobservancia o apático cumplimiento por parte de las autoridades locales, dispuestas muchas veces a favorecer los intereses propios más bien que los generales, y decidida a continuar dispensando su protección a una industria que tanto interesa a la prosperidad pública, y más que otra alguna ha sufrido las calamitosas consecuencias de la guerra y de los trastornos políticos; se ha servido resolver, que mientras tanto que se aprueba por las Cortes el proyecto de ley pecuaria, cuya redacción está próxima a terminarse, cuide V. S. con todo el esmero y vigilancia posibles, de que se observen y cumplan todas las disposiciones que declaran a favor de la ganadería el libre uso de las cañadas, cordeles, abrevaderos y demás servidumbres pecuarias establecidas para el tránsito y aprovechamiento común de los ganados de toda especie; los descansaderos, sesteaderos y demás terrenos que bajo cualquiera denominación hayan disfrutado hasta aquí para sus viajes y necesidades, el pasto, no tan sólo de los terrenos expresados, sino también en las tierras comunes en los términos que están prevenidos y con exclusión de los de propios y baldíos arbitrados, en fin, todas las demás concesiones y protección que están dispensadas a esta industria por la ley Recopilada del tít. 27 libro 7°, y reales resoluciones de 45 de julio y 23 de septiembre de 1836, 47 de mayo de 1833, 24 de febrero de 1839 y aclaratoria de 8 de enero de 4844, siendo la voluntad de S. M. que V. S. impida por todos los medios que están al alcance de su autoridad, que las autoridades locales ni otra persona pongan obstáculo de ninguna especie para el goce de los derechos declarados, amparando a los ganaderos con arreglo a las leyes en los casos que lo solicitasen, y concediéndoles todos los auxilios y protección que fueren necesarios en obsequio de este importante ramo de la riqueza pública.»

[8] Vista la instancia deducida por D. Manuel Marco y otros cincuenta y seis individuos, todos vecinos y propietarios de la villa de Uncastillo, en esa provincia, en reclamación contra una providencia del antecesor de V. E. (cuyo informe asimismo se ha oído en este expediente); y por cuya providencia se les ha privado del exclusivo aprovechamiento de los pastos de sus heredades, que han sido invadidas simultáneamente por los ganaderos de aquella villa y de la de Sábada. Vista la ley de 18 de mayo de 1837, que asegura la propiedad a todos los roturadores de terrenos de propios, aun cuando arbitrariamente hayan roturado, con tal que los hayan mejorado plantándolos de viñedo o arbolado. Vista la ley de 8 de junio de 1893, restablecida en 6 de septiembre de 1856, en

que salva las servidumbres públicas de tránsito de la acotación y cerramiento de los terrenos de propios repartidos entre vecinos. Obsérvese que en este breve recorrido por la legislación sobre cerramiento de tierras de la primera mitad del siglo XIX se refleja la notable evolución experimentada, desde el año 1812 en que se acepta al propietario y al poseedor como capaces de acotar las tierras, esto es, contemplando todavía la existencia del dominio dividido, hasta la implicación de la abolición de la mesta y, finalmente, la irrupción de las servidumbres públicas.

El decreto de 9 de junio de 1822 sobre repartimiento de terrenos baldíos y realengos y de propios y arbitrios, que vino a sustituir a los de 4 de enero de 1813 y 8 de noviembre de 1820, volvió a declarar propiedad particular todos los terrenos baldíos, realengos y de propios y arbitrios y a los ayuntamientos ordenaba la formación de dos expedientes que contendrían, entre otras cosas, la demarcación de las cañadas, caminos, coladas[9], travesías, abrevaderos, hijuelas[10] y cualquiera otra servidumbre pública que esté abierta o que sea necesario ensanchar o abrir de nuevo para la fácil comunicación de las suertes entre sí, y con los canales, ríos, mares, acequias, caminos y demás puntos de común concurrencia. La Real Orden de 24 de agosto de 1834, que regulaba la manera de proceder de los ayuntamientos a la hora de enajenar las fincas de propios, cuya rehabilitación se consignó después de la muerte de Fernando VII por Real Orden de 6 de marzo de 1834, mediante la formación del expediente de la finca sacada a subasta y en el que tenía que constar las cargas o derechos que tuvieran.

Ahora bien, si la legislación, en un primer paso, deja siempre a salvo las servidumbres, en un segundo paso, es preciso destacar que éstas serán salva-

---

cuyo artículo 1.° se establece que todas las dehesas, heredades y demás tierras de cualquiera clase pertenecientes a dominio particular, ya sean libres o vinculadas, se declaran cerradas *y* acotadas perpetuamente, y a sus dueños o poseedores en la facultad de cerrarlas. Visto que los reclamantes afirman sin que se haya contradicho en el expediente, la pacífica posesión de este derecho por el espacio de 15 años; y atendiendo a que las Rs. Ords. de 17 de mayo y 23 de diciembre de 1838 no son ni pudieran ser derogatorias de las leyes anteriormente citadas; oída la sección de agricultura, del Real Consejo de agricultura, industria y comercio, y de conformidad con su dictamen, S.M. la Reina (que Dios guarde) se ha servido resolver, que a tenor y en cumplimiento de las citadas leyes, y sin perjuicio de las servidumbres públicas de tránsito, si algunas hubiere, se tengan por cerradas y acotadas las propiedades que son objeto de esta reclamación; las cuales sus dueños han de poder cerrar libremente vedándose la entrada en ellas a los ganados. Lo cual no obste para que si alguno estuviere asistido de un titulo especial para introducir el suyo en algunas de estas heredades, ejercite su derecho donde viere convenirle.»

[9] Fajas de terrenos por donde pueden transitar los ganados para ir de unos pastos a otros, bien en campos libres, adehesados o eriales, bien en los de propiedad particular, después de levantadas las cosechas.

[10] Camino o vereda que atraviesa desde el camino real o principal a los pueblos u otros sitios desviados de él.

das siempre y cuando su existencia responda a un título legítimo. Y entramos aquí en un terreno conocido del desmantelamiento del Antiguo Régimen como es la presentación de los títulos, como ocurría en el caso de la abolición del régimen señorial. El legislador va a exigir al que pretenda seguir disfrutando de servidumbre sobre predio ajeno presentar su título de adquisición, cercenando así prácticas consuetudinarias de aprovechamientos y usos que, sin embargo, serán sustituidas por las servidumbres públicas, cuya importancia irá cada día en aumento. Las servidumbres sólo podrán hacerse valer con títulos a los que el derecho reconoce como especiales para adquirir la propiedad, excluyendo todos los que se fundan en las malas prácticas, uso o costumbre, así la normativa se repite en este sentido en disposiciones tales como las R.O de 11 de febrero de 1836[11], 16 de noviembre de 1833[12], la de 6 de diciembre de 1841 que abole el privilegio de los ganaderos de yeguas para llevarlas a pastar a las dehesas ajenas y propiedades particulares[13], la de

[11] 1º. Que el principio de justicia y de buen gobierno que se ha querido sostener en las resoluciones consiguientes a la Real orden de 16 de noviembre de 1833, es el de defender los derechos de la propiedad agrícola contra las invasiones que bajo diferentes pretextos se han hecho en ella, privando a los dueños de las heredades del libre uso de los pastos que en ella se crían. 2.° Que por consiguiente no deben tenerse por títulos de adquisición a favor de otros particulares o comunes sino los que el derecho tiene reconocidos como tales títulos especiales de adquisición de propiedad, excluyéndose por lo mismo todos aquellos que se fundan en las malas prácticas, mas o menos antiguas, a que se ha dado contra lo establecido por las leyes el nombre de uso o costumbre. 3º Que por lo mismo, el que pretende tener o aprovechar los pastos de suelo ajeno es el que debe presentar el título de su adquisición, y probar su legitimidad y validez, sin que de otro modo pueda turbarse al dueño en el libre uso de su propiedad. 4º Que siendo viciosas en su origen las enajenaciones o empeños que los Ayuntamientos hayan hecho de tales pastos de dominio particular, considerándolos como si fueran del común por efecto de las referidas prácticas, usos y mal llamadas costumbres, no deben oponerse tales actos al reintegro que está mandado hacer a los dueños en el pleno goce de sus derechos dominales. 5º Que si por falta de los arbitrios procedentes de tales enajenaciones resultase alguna disminución de ingresos en los fondos municipales, cuide V. S. de que se propongan otros medios mas legales *y* bien meditados que merezcan el apoyo de la Diputación provincial y la aprobación de S. M., o la de las Cortes si fuese necesario.

[12] «En exposición documentada solicitó don Sebastián Criado Cerezo, vecino de la Villa del Río, provincia de Córdoba, se declarase que el auto publicado en 1789 por el Alcalde mayor de Montoro, par el cual se prohibió la entrada de ganados en los olivares y viñas, aunque fuesen de los mismos dueños, y estuviesen alzados los frutos, está derogado por posteriores Reales órdenes que amparan el derecho de propiedad, tales como la Real cédula de 9 de octubre de 1814, que exceptuó a los dueños particulares de montes de lo prevenido en la ordenanza de 12 de diciembre de 1748, sobre denuncias de daño, y el Real decreto de 20 de febrero de 1830, que los autoriza para obrar en los suyos como tengan por conveniente; enterada de todo S. M. la Reina Gobernadora con presencia de los informes que ha tenido a bien pedir, y no pudiendo aprobarse el principio en que se funda el citado auto se ha servido declarar; que en tierras de su propiedad puede cada cual introducir en todo tiempo sus ganados o los ajenos a pesar de cualquiera disposición municipal que lo prohíba.»

[13] He dado cuenta al Regente del reino del expediente remitido por V. S. en 17 del mes próximo pasado sobre el privilegio que pretenden sostener algunos criadores de ganado yeguar, para pastar sus ganados en dehesas ajenas y propiedades de particulares; y enterado S. A. de lo expuesto por esa Diputación provincial y de lo que previenen las disposiciones vigentes, se ha servido resolver, que con arreglo a la ley de 8 de junio de 1813, está abolido el privilegio expresado

13 de febrero de 1852, que declara estar abolido el privilegio de los ganaderos de yeguas de aprovecharse de los pastos ajenos etc., además de una Real Orden de 18 de enero de 1854 para que se cumplan las dos anteriores. Una Real Orden de 16 de agosto de 1854 recuerda que, con arreglo a la ley de 1813 se presume que la propiedad está libre de toda servidumbre de pastos y otras, no probándose lo contrario[14]. Por su parte, el Tribunal Supremo, según información del *Diccionario* de Alcubilla[15], acuñó la doctrina de que todas las fincas, por su naturaleza, se entienden cerradas y acotadas y sobre el que disputara contra esta presunción recaería la carga de la prueba, (Sentencia de 17 mayo de 1861), también asentó que no se debe dar importancia alguna legal, calificándolas de costumbres, a las malas prácticas que por más o menos tiempo hayan prevalecido en los pueblos en materia de uso y aprovechamiento común que como servidumbre pretendan corresponderles en las dehesas, heredades y otras tierras de propiedad, sino que estas servidumbres han de estar apoyadas en títulos especiales de adquisición y aun en este caso no pueden extenderse a más que a lo comprendido en los mismos títulos (Sentencia de 14 de abril de 1866); por sentencia de 26 de noviembre de 1864, el Tribunal Supremo se pronunció acerca de que la prueba del derecho para el aprovechamiento de pastos incumbe al que lo alega, sin que baste probar el uso o costumbre por antiguos que sean, ya que ha de presentarse el título de adquisición del derecho y probarse su legitimidad y validez.

Así mismo, la política de defensa de la ganadería hizo establecer el respeto al paso de los ganados trashumantes, tras la abolición de los privilegios de la Mesta, pero con la intención de no dejar del todo desprotegido al sector,

---

de los criadores de ganado yeguar, los que, si se consideran agraviados podrán deducir sus acciones como juzguen conveniente y según lo dispone la Real orden de 11 de febrero de 1836».

[14] Vista la exposición del Ayuntamiento de Badajoz, en que reclama contra las Rs. Ords. dictadas en 6 de diciembre de 1841, 3 de febrero de 1852 y 18 de enero de 1854, por las cuales, en cumplimiento de la ley de junio de 1813, se declaró abolido el privilegio que pretendían tener los criadores de ganado yeguar, para que sus ganados pastasen en dehesas de propiedad particular. Vistos los documentos que el Ayuntamiento ha exhibido. Visto el expediente remitido por el Ministerio de Gracia y Justicia, y a consecuencia del cual recayó la R.O. de 20 de abril de 1845, dictada por conducto del mismo. Considerando, que en las expresadas órdenes se dejan a salvo a los ganaderos los derechos que tengan fundados en algún título especial; que a los que afirman la existencia de la servidumbre, incumbe la prueba; y que la presunción se halla siempre a favor de la libertad y de las consecuencias del derecho de propiedad, tanto mas cuanto que éstas se hallan expresamente sancionadas por el art. 1.° de la citada ley, en el cual se derogan hasta las leyes anteriores que hubiere en contrario. Oído el Consejo Real en secciones de Fomento y Gracia y Justicia unidas, S.M. la Reina (Q.D.G.) se ha servido resolver, que se esté a lo dispuesto por las expresadas Rs. Ords. de 6 de diciembre de 1841 y 13 de febrero de 1852, señaladamente por la de 18 de enero del año corriente.

[15] Marcelino MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española*, 2º ed., Madrid, 1870, tomo XII, voz «acotamiento».

siempre que fuera compatible con el derecho de propiedad, como señala Colmeiro[16]. El decreto de 25 de septiembre de 1820 establece que

> «Art. 1.° No se impedirá a los ganados de todas especies, trashumantes, estantes o riberiegos el paso por sus cañadas, cordeles, caminos o servidumbres. Art. 2.° Tampoco se les impedirá pacer en los pastos comunes de los pueblos del tránsito en que se les ha permitido hasta ahora, mientras conserven esta cualidad; no entendiéndose por pastos comunes los propios de los pueblos ni los baldíos arbitrados, y salvo el derecho de propiedad, sancionado por el decreto de 8 de julio de 1813. Art. 3.° No se exigirán a los ganados trashumantes, estantes y riberiegos los impuestos que con varios títulos se cobraban por particulares y corporaciones; pero sí los de barcos y pontones; quedando libres dichas corporaciones y particulares de darles los auxilios que les franqueaban por efecto de aquellas prestaciones. Art. 4.° Si estuviese enajenado de la corona alguno de dichos impuestos suprimidos, la nación compensará el precio de la egresión, presentando los interesados sus títulos originales ante los jueces de primera instancia.

La disposición fue restablecida por R. D. 23 septiembre 1836[17], abolida ya la Mesta en 1835 aunque pervivieron servidumbres pertenecientes a la misma que asumió la Asociación de ganaderos, voluntaria, que vino a sustituir a la citada institución. Aún así, se tuvieron que dictar diversas normas respecto a los ganados trashumantes: R. O. de 17 mayo de 1838 sobre el uso y mancomunidad de pastos públicos y limitaciones del acotamiento.

> «Enterada S.M. la Reina Gobernadora de una exposición de la asociación general de ganaderos, manifestando los males que ocasiona en algunos territorios la inobservancia de las órdenes vigentes, sobre el uso y mancomunidad de pastos públicos en que cifran su subsistencia un gran número de indivi-

---

[16] Francisco de CÁRDENAS, en su *Ensayo sobre la historia de la propiedad en España*, Madrid, 1873, Imprenta de J. Noguera, denuncia, como es sabido los privilegios de algunos sectores en forma de servidumbres: «Los privilegios de la Mesta, las leyes restrictivas de la facultad de disponer el cultivo y aprovechamiento de las tierras, o de arrendarlas libremente; las que autorizan la expropiación por causa de utilidad pública; las que reglamentaban el uso de los montes privados; las que preferían el interés de los inquilinos al derecho de los propietarios; las que otorgaban cierta participación gratuita a los carreteros en el disfrute de los prados y montes particulares… Estas servidumbres, estos menoscabos del dominio han ido en su mayor parte desapareciendo al influjo del espíritu de la libertad, que de un siglo a esta parte prevalece en la constitución de la propiedad de la tierra, ya puede decirse que no pesan sobre ésta otras limitaciones que las que exigen indispensablemente nuestro estado social y la civilización, ¡pero cuánto no tuvieron que luchar nuestros padres para conseguirlo!», tomo II, pp. 276 y ss.

[17] A fin de dispensar a la ganadería toda la protección que es debida a un ramo tan influyente en la riqueza pública, y en vista de lo expuesto por la asociación general de ganaderos acerca de los gravámenes y trabas que hoy impiden su útil fomento; he venido en decretar a nombre de mi excelsa hija la Reina Doña Isabel II lo siguiente.

duos dedicados a la industria pecuaria con cortas piaras de ganados, y a fin de dispensar a aquellos la protección que es compatible con los intereses generales de los pueblos, ha tenido a bien Su Majestad que se observen y cumplan las disposiciones siguientes: 1º Que los jefes políticos cuiden del exacto cumplimiento del art. 5.° del Real decreto de división territorial de 30 de noviembre de 1833, y del cap. 1º de la instrucción, que con la misma fecha se dirigió a los subdelegados de fomento, hoy jefes políticos, cuyas disposiciones no están derogadas por ninguna otra posterior, haciendo entender a los Ayuntamientos que las demarcaciones de límites entre provincias, partidos o términos municipales, no alteran los derechos de mancomunidad de los pueblos en los prados, pastos, abrevaderos y demás usufructos que han poseído en común. 2.° Que ínterin no se promulgue la ley que anuncia el R.D., se mantenga la posesión de los pastos públicos y demás aprovechamientos de una sierra o de la tierra de ciudad o villa o del sexmo, o de otro distrito común de cualquiera denominación, tal como ha existido de antiguo, hasta que alguno de los pueblos comuneros han intentado novedades en perjuicio de los demás. 3º Que el Ayuntamiento de cualquiera de tales pueblos que pretenda corresponderle el usufructo privativo para sus vecinos en el todo o parte de su término municipal, se le reserve su derecho, de que podrá usar en tribunal competente; pero sin alterar la tal posesión y aprovechamiento común, hasta que judicialmente se declare la cuestión de propiedad. 4º Que no por esto se haga novedad en el uso de los egidos y dehesas boyales destinadas para cada pueblo en particular, aunque lo demás de su término pertenezca al común de la tierra, sexmo o territorio. 5º Que no se dé al art. 4.° del decreto de las Cortes de 8 de junio de 1813, restablecido por el de S.M. de 6 de septiembre de 1836, más extensión que la que expresa su letra y espíritu, según los cuales sólo se autoriza el cerramiento y acotamiento de las heredades de dominio particular, sin perjuicio de las servidumbres que sobre sí tengan; absteniéndose de consiguiente los Alcaldes y Ayuntamientos, bajo su más estrecha responsabilidad, de ejecutar o consentir el acotamiento o adehesamiento de aquellos terrenos públicos que siempre han sido de aprovechamiento común de uno o más pueblos, sin que preceda la competente facultad, con arreglo a lo que previene la ley de 3 de febrero de 1823 para la adopción de cualesquiera arbitrios; impidiendo asimismo el cerramiento, ocupación u otro embarazo de las servidumbres públicas destinadas al uso de hombres y ganados, que en ningún caso pueden ser obstruidas. 6º Que las Diputaciones provinciales, al instruir los expedientes sobre acotar para dehesa o labor terrenos públicos de uso común, cuando sea necesario este arbitrio, oigan a las juntas de ganaderos o sus representantes y cuiden se haga constar que quedan pastos suficientes para los ganados del pueblo, y que no se embarazan los tránsitos, abrevaderos y demás servidumbres rurales y pecuarias; y si el terreno que se pretendiese acotar fuese de aprovechamiento general de varios pueblos comuneros, oirán también a sus respectivos Ayuntamientos y juntas de ganaderos.»

R. O. de 29 enero de 1844. Que se mantenga a los carreteros en el uso de pastos, abrevaderos y sueltas.

> «He dado cuenta a S.M. la Reina de una exposición de los comisarios y procurador general de la asociación, de carreteros del reino, quejándose de que en algunas partes no se respetan los derechos que tienen concedidos para el uso de pastos, abrevaderos, sueltas y libre tránsito por los pueblos, caminos, cañadas y servidumbres, y solicitando que se observen exactamente las disposiciones relativas a este asunto; y en vista de todo S.M. ha tenido a bien mandar que recuerde a V.S., como lo verifico, el más exacto cumplimiento de lo resuelto por R.O. de 4 de junio de 1839, encargándole procure que en todas partes se ampare y mantenga a los carreteros de la Cabaña en la posesión de los derechos que con tanta justicia disfrutan hace siglos, de manera que no se les cause vejación alguna en su paso por los caminos, cañadas y servidumbres, ni se les impida el uso de sus pastos, abrevaderos y sueltas que son comunes a los pueblos, sin que por este uso se les exija tampoco más derechos ni otras cantidades que el establecido por los mismos para los ganados de sus vecinos en los terrenos comunes y baldíos, todo en los mismos términos que ya están repetidas veces prevenidos en las disposiciones vigentes acerca de este particular».

Finalmente, en este breve apartado de legislación decimonónica previa al Código Civil no podemos dejar de detenernos en las Leyes Hipotecarias que, desde 1861, establecieron la seguridad en el derecho de propiedad y demás derechos reales que exigía el nuevo sistema jurídico que se quería implantar conforme al modelo liberal de organización política, social y económica impulsado por la burguesía. De modo que las servidumbres, como derecho real, se convierten en objeto de inscripción registral con todo lo que ello significaba[18]. Recuérdese que es el art. 2º de esta importante Ley el que determina la inscripción de los títulos, entre los que se encuentran las servidumbres y el usufructo. Sobre este asunto volveremos a tratar en el apartado dedicado a los juristas, pues, dada la trascendencia del asunto, fue objeto de tratamiento doctrinal.

II.2. La codificación

A la espera de la elaboración del Código Civil, las servidumbres fueron contempladas por la legislación, como hemos visto, intentando compaginar

[18] Margarita SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996.

su regulación en la legislación secular con las nuevas situaciones presentadas por la implantación del derecho de propiedad liberal. Sin embargo, parece interesante detenerse en el proceso de codificación del derecho civil, en el que veremos cómo los distintos proyectos de Código Civil tratan a las servidumbres[19].

Como es sabido, el Proyecto de Código de 1821 no llegó a ser redactado por completo, y en lo referente a la propiedad, tan sólo contamos con el índice y el discurso preliminar. Las servidumbres se incluyen en el título IV de la parte primera del Libro III «De los gravámenes de la propiedad» y a pesar de que no contamos con un desarrollo articulado sino con una declaración de intenciones, lo cierto es que se contemplan las servidumbres como un gravamen, no como un derecho, pues la propiedad es un derecho fundamental[20], y su existencia, la de las servidumbres, es irremediable y su origen puede estar tanto en la voluntad como en la ley, dos fuentes de poder decisorio casi absolutas, voluntad individual y voluntad colectiva (la ley). Así lo expresa:

> «Aunque la propiedad sobre las cosas lleva esencialmente embebida la facultad de su exclusivo aprovechamientos, esta facultad no se opone a ciertos gravámenes o cercenas, ora se deriven de la libre convención del propietario, ora de la tácita condición con que la ley otorgó la propiedad sobre ellas. La teoría de las servidumbres públicas o privadas de que trata ese título, se funda en dicho principio».

El segundo Proyecto de Código Civil, el de 1836, también obedece al mandato constitucional de 1812 y por ello, el derecho de propiedad se sigue acogiendo y se reafirma en el carácter absoluto del dominio. Este proyecto, menos original que el anterior, recoge fielmente la clasificación de las Partidas, incluyendo las servidumbres personales, y remite la homogenización de

---

[19] Juan Francisco LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil,* vols. I y II, Madrid, 1970. Rafael GIBERT, «La codificación civil en España (1752-1889)», *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, II, Firenze, leo S. Olschki Editore, 1997, pp. 907-933. Juan BARÓ PAZOS, *La codificación del derecho civil en España*, Universidad de Cantabria, 1993.

[20] «La propiedad dejaría de serlo, si la ley no la amparase contra los ataques de los perturbadores de cualquier clase. La sociedad entera se constituye fiadora del propietario, y emplea todas sus fuerzas para asegurarle en el expedito uso y aprovechamiento de su propiedad. Por esta razón se llama *sagrada* o como si dijésemos inviolable; porque la ley la protege como un sagrado, al que nadie puede llegar sin atacar las bases de la sociedad». Ahora bien, para su ejercicio, …«la libertad individual, la de la propiedad, y el interés de multiplicar y subdividir la riqueza pública exigen que el legislador prescriba reglas para los traspasos de propiedad, debiendo servirle de base los siguientes principios: "proteger una anchurosa libertad: corregir los fraudes, los extravíos y las preocupaciones funestas"». Proyecto de Código Civil, 1821. Sobre este Proyecto, vid. Mariano PESET, «Análisis y concordancias del proyecto de código civil de 1821», *Anuario de Derecho Civil*, 28, 1 (1975), pp. 29-100.

los usos y costumbres sobre servidumbres a un futuro Código Rural (art. 816), remisión que también se hace en la exposición de motivos, en donde podemos observar cómo se refleja precisamente la consideración del derecho de propiedad como sagrado, muy acorde con la Constitución de 1812 y con la declaración de derechos del hombre y del ciudadano[21] y en donde se arremete contra los privilegios de la ganadería que trajeron un atraso de la agricultura porque, entre otras cosas, no podía disponerse de la propiedad al estar sometida al privilegio mesteño o al permitirse la entrada en las heredades para recoger las espigas o despojos de las eras, hechos que han propiciado un escaso respeto por la propiedad, a decir de los autores de esta exposición de motivos. También por esa protección que se pretende dar a la agricultura estiman que ha de elaborarse un código rural y en el cual se establecerá «un sistema uniforme y atinado en este ramo [el de las servidumbres] de la mayor importancia para la agricultura».

El Proyecto de 1836 recoge en su articulado (título IV del Libro II) un, a mi juicio, encorsetado tratamiento que denota su preocupación por la posibilidad de dejar abierta la puerta de esta institución ya que, a pesar de que establece que la servidumbre es un derecho adquirido sobre la cosa ajena para recibir de ella algún servicio o utilidad (art. 783), también declara expresamente que el derecho de servidumbre deberá interpretarse siempre con restricción, limitándose a lo meramente preciso para que puedan usarse de ella. Por otra parte, considera sólo las llamadas servidumbres reales como tales servidumbres, pues regula de manera separada el usufructo, separación que, como se verá, no predominará en la doctrina.

LIBRO II. CLASES DE BIENES, PROPIEDAD Y SERVIDUMBRES

Título I. De los bienes y sus clases

Título II. Propiedad y modos de adquirirla

Título III. De la prescripción

Título IV. De las servidumbres (arts. 783-864)

Capítulo Primero. De la naturaleza de las servidumbres, de sus diversas especies, de los varios modos con que pueden constituirse y de las personas que tienen facultades para hacerlo.

Capítulo II, De las servidumbres rústicas.

Capítulo III. De las servidumbres urbanas.

Capítulo IV. Del usufructo

[21] J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*…, vol. II pp. 97 y ss.

Capítulo V. Del uso y de la habitación.

Capítulo VI. Del modo de acabarse las servidumbres.

El Proyecto de 1851, más cercano al Código, acoge la servidumbre no como derecho, sino como gravamen y establece la relación entre fincas, por lo que el usufructo, el uso y la habitación no son consideradas como servidumbres.

LIBRO II. DE LA DIVISIÓN DE LOS BIENES Y DE LA PROPIEDAD

Título I. División de los bienes

Título II. Propiedad

Título III. Posesión

Título IV. Usufructo, uso y habitación

Título V. De las servidumbres (arts. 476-547)

Capítulo Primero. De las servidumbres en general

Capítulo II. De las servidumbres impuestas por ley

Sección 1ª. Disposición general

Sección 2ª. De las servidumbres de agua

Sección 3ª. De la servidumbre de paso

Sección 4ª. De las servidumbres de medianería

Sección 5ª. De la distancia y obras intermedias que se requieren para ciertas construcciones y plantaciones

Sección 6ª. De las luces y vistas en la propiedad del vecino

Sección 7ª. Del desagüe de los edificios

Sección 8ª. De la obligación de prevenir un daño que amenaza

Capítulo III. De las servidumbres voluntarias

Sección 1ª. Disposición general

Sección 2ª. Cómo se adquieren las servidumbres

Sección 3ª. Derechos y obligaciones de los propietarios del predio dominante y sirviente

Sección 4ª. Cómo se extinguen las servidumbres

Años más tarde, en 1882, y ya como más que preludio al Código, se redactaron sólo los dos primeros libros de un Proyecto cuya similitud con el Código es considerable respecto a la regulación de las servidumbres.

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1882	CÓDIGO CIVIL 1889 (*Colección legislativa*, tomo CXLIII, 1890)
LIBRO II. DE LA DIVISIÓN DE LAS COSAS Y DE LA PROPIEDAD	LIBRO II. DE LA DIVISIÓN DE LAS COSAS Y DE LA PROPIEDAD
Título I. De la división de las cosas	Título I. De la división de las cosas
Título II. De la propiedad	Título II. De la propiedad
Título III. De la comunión de bienes	Título III. De la comunión de bienes
Título IV. De algunas propiedades especiales	Título IV. De algunas propiedades especiales
Título V. De la posesión	Título V. De la posesión
Título VI. Del usufructo, del uso y de la habitación	Título VI. Del usufructo, del uso y de la habitación
Título VII. De las servidumbres (arts. 532-605)	Título VII. De las servidumbres (arts. 530-604)
Capítulo Primero. De las servidumbres en general	Capítulo Primero. De las servidumbres en general
Sección 1ª. De las diferentes clases de servidumbres que pueden establecerse sobre las fincas	Sección 1ª. De las diferentes clases de servidumbres que pueden establecerse sobre las fincas
Sección 2ª. De los modos de adquirir las servidumbres	Sección 2ª. De los modos de adquirir las servidumbres
Sección 3ª. Derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente	Sección 3ª. Derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente
Sección 4ª. De los modos de extinguirse las servidumbres	Sección 4ª. De los modos de extinguirse las servidumbres
Capítulo II. De las servidumbres legales	Capítulo II. De las servidumbres legales
Sección 1ª. Disposición general	Sección 1ª. Disposiciones generales
Sección 2ª. De las servidumbres en materia de aguas	Sección 2ª. De las servidumbres en materia de aguas
Sección 3ª. De la servidumbre de paso	Sección 3ª. De la servidumbre de paso
Sección 4ª. De la servidumbre de medianería	Sección 4ª. De la servidumbre de medianería
Sección 5ª. De la distancia y obras intermedias que se requieren para ciertas construcciones y plantaciones	Sección 5ª. De la distancia y obras intermedias que se requieren para ciertas construcciones y plantaciones
Sección 6ª. De la servidumbre de luces y vistas en la propiedad	Sección 6ª. De la servidumbre de luces y vistas
Sección 7ª. Del desagüe de los edificios	Sección 7ª. Del desagüe de los edificios
Sección 8ª. De las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones	Sección 8ª. De las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones
Capítulo III. De las servidumbres voluntarias	Capítulo III. De las servidumbres voluntarias
	Título VIII. Del Registro de la propiedad

II.3. La doctrina civilista

Los conocidos como Proyectos no oficiales los estudiaremos con las obras de los juristas, de modo que en un recorrido cronológico intentaré dar cuenta de las aportaciones de los más ilustres juristas del momento, sin pretender de manera alguna agotar el elenco de las obras editadas. Las anotaciones biográficas de cada autor pueden ayudar a entender la elección de cada uno de ellos[22].

Sería preciso señalar que en este recorrido que pretendo iniciar apenas si encontramos disonancias extraordinarias entre unos y otros juristas, pues, como es sabido, la institución de la servidumbre ha sido heredada desde una trayectoria poco alterada desde Roma[23] y así, las discrepancias que encontramos se centran, respecto a su definición, en destacar el carácter de derecho o, por contra, de gravamen, y, sobre todo, en considerar la existencia de las servidumbres personales, esto es, considerar si los derechos de usufructo, uso y habitación son servidumbres personales o meros derechos reales, aunque los que las consideran servidumbres las diferencian bien de las llamadas reales[24]. Existe unanimidad en establecer que las servidumbres sólo pueden existir en bienes inmuebles, de propiedad ajena y no imponen obligación personal y tampoco son divisibles, así como en establecer los modos de consti-

---

[22] Buena parte de estos apuntes biográficos han sido tomados de Miguel ARTOLA (dtor.), *Enciclopedia de Historia de España, 4, Diccionario biográfico*, Madrid, Alianza Editorial, 1991, así como de Rafael ÁLVAREZ VIGARAY, «El sistema del derecho civil en la literatura jurídica del siglo XIX español», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 3 (1986), pp. 321-427. Para este apartado, además vid. Jorge CORREA BALLESTER, «Ciencia jurídica y enseñanza: la Parte General de los manuales de Derecho Civil en la época liberal (1823-1923)», Enrique GONZÁLEZ GONZÁLEZ y Leticia PÉREZ PUENTE (coords.), *Colegios y Universidades II. Del antiguo régimen al liberalismo*, Centro de Estudios sobre la Universidad, UNAM, México, 2001, pp. 175-217; Ángel LÓPEZ Y LÓPEZ y Cecilia GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, «La enseñanza del derecho privado en la Universidad liberal», así como Manuel MARTÍNEZ NEIRA, «Los libros útiles o la utilidad de los libros manuales de Derecho entre 1841 y 1845», ambos en M. A. BERMEJO CASTRILLO, *Manuales y textos de enseñanza en la Universidad liberal*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 235-300 y pp. 581-592 respectivamente.

[23] Para la evolución histórica de las servidumbres sigue siendo imprescindible Francisco L. PACHECO, *Las servidumbres prediales en el Derecho histórico español*, Pagès ed., Lleida, 1991, en donde, como es conocido, afirma que con la recepción del *ius commune* comienzan las servidumbres a ser entendidas de nuevo como situaciones objetivas que afectan a los fundos y que subsisten con independencia de la voluntad de las partes.

[24] No se contempló por ningún autor la acogida que ha dado el Código civil de considerar el usufructo, el uso y la habitación como derechos reales independientes de las servidumbres y tipificar, a su vez las servidumbres personales en el art. 531. Como es conocido, el origen de integrar estos tres derechos en la categoría de servidumbres proviene del derecho justinianeo, en su afán de unificar las figuras que consistían en el servicio que podía prestar un inmueble, de manera que también incluyó en el ámbito de las servidumbres lo concerniente al régimen de aguas. Recordemos que en las servidumbres clásicas presidían tres caracteres en la relación entre dos fundos: sujeción, no reciprocidad y prescripción por desuso.

tución y de extinción de las servidumbres. Mayor discordancia, por contra, la encontramos a la hora de clasificar todas las servidumbres, aunque también existe cierta unanimidad en sistematizar las servidumbres, además de en personales y reales, en su caso, en rústicas y urbanas, legales y voluntarias, positivas y negativas, entre otras distinciones.

No será vano recordar aquí el peculiar marco en que se realizan estas obras jurídicas, de especial pobreza doctrinal, a decir de la mayoría de los autores. En efecto, sabido es que este siglo no fue afortunado para la ciencia jurídica española[25], salvo casos aislados. Cabría asentir en este punto con Paolo Grossi en que el absolutismo jurídico que trajo consigo el nuevo *systema iuris* propició poca labor doctrinal por parte de los juristas al haberse convertido la ley en texto indiscutible y prácticamente no interpretable más que en su literalidad, convirtiéndose los juristas en meros exégetas, según el calificativo de Paolo Grossi[26]. Pero cierto es, por otro lado, que precisamente los cambios jurídicos tan radicales de este siglo tendrían que haber estimulado a los cultivadores de la ciencia jurídica. Quizá pudiera alegarse en este sentido cierta confusión que los acontecimientos mismos introdujeron. El tardío nacimiento del Código Civil significó seguir aplicando un derecho pretérito en tiempos de Constitución[27] en un trasfondo, además, en el que gravita la idea de nación, crucial para la codificación civil, proceso en el que se ponía en juego la subsistencia de derechos forales, esto es, uno de los vestigios de la diferenciación territorial que permaneció en el régimen constitucional que unió bajo el mismo techo legal a todos los antiguos reinos hispánicos[28].

---

[25] *Vid*. B. CLAVERO, «"La gran dificultad". Frustración de una ciencia del derecho en la España del siglo XIX», *Ius commune*, XII (1984), pp. 91-115. Carlos PETIT, «El Código inexistente (I). Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX», *Anuario de Derecho Civil*, 48, 4 (1995), pp. 1.429-1.465; «El Código inexistente (II). Por una arqueología de la Civilística española», *Anuario de Derecho Civil*, 49, 4 (1996), pp. 1.415-1.450. También opina así el civilista Rafael ÁLVAREZ VIGARAY, «El sistema del derecho civil…»

[26] Conocida es la posición de Paolo Grossi respecto al derecho de la codificación, basada en una crítica dirigida fundamentalmente a la reducción del derecho a la ley y a la actitud mecánica de los juristas frente a la aplicación del derecho. Esta posición del profesor florentino se verifica en la mayor parte de su obra, sobre todo en el libro recopilatorio *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998, así como en sus trabajos posteriores: «Modernità politica e ordine giuridico», *Quaderni Fiorentini*, 27 (1998), pp. 13 y ss.; «Itinerarii dell'assolutismo giuridico. Saldezze e incrinature nelle "parti generali" di Chironi, Coviello e Ferrara», *Quaderni Fiorentini*, 27 (1998), pp. 169 y ss.; *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001; «Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana», *Quaderni Fiorentini*, 30 (2001), pp. 493-509; *Dalla società di società alla insularità dello stato fra medioevo ed età moderna*, Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa, Napoli, 2003.

[27] *Vid*. B. CLAVERO, «"La gran dificultad"…» No ocurrió lo mismo con las materias del derecho ya codificadas.

[28] «Tenemos necesidad de completar la codificación general y de relacionar sus diversas partes, en el doble sentido de la unidad de derecho y de la unidad de nación», escribía J. TORRES

Se llega a los años finales de siglo sin Código y sin doctrina jurídica, después de haber asumido a la manera española la Escuela Histórica y de haber recibido a la Escuela Filosófica «a través de la versión corregida del mismo racionalismo jurídico que representara la escuela krausista»[29]. La labor de difusión de la Escuela Histórica fue obra de Pedro José Pidal y, sobre todo, de Manuel Duran i Bas, quien buscó apoyo precisamente en esta Escuela para fundamentar la defensa del derecho catalán frente a la voluntad unificadora —basada en el derecho castellano— que traía consigo la codificación del derecho civil[30].

Planteadas así las cosas, empezaremos nuestra andadura particular destacando el punto de inflexión que supuso el Proyecto de Código de 1851 que supuso un antes y un después en las obras doctrinales que pretendían acercar el derecho civil al sistema propio de la codificación[31]. La primera obra que abordaré es la los juristas Asso y Manuel[32], dada su relevancia práctica. La importancia que se les concede a las servidumbres pasa por considerarlas como uno de los derechos en la cosa, siendo los otros el dominio, la herencia y la hipoteca. Sobre esta premisa, distinguen entre servidumbres personales y reales, utilizando para su definición los mismos términos que Partidas[33], y dentro de estas últimas, distinguen entre urbanas y rústicas, nada nuevo, en fin, si consideramos las Partidas. Seguidamente los autores enumeran cada una de ellas, siguiendo de nuevo el texto alfonsino y, posteriormente determinan cuatro principios sobre los que desarrolla la naturaleza de las servidumbres, o, como rotulan los autores, «de los axio-

---

MENA, para quien el caos legislativo que arrastraba España también impedía poner fin a la «vasta empresa de su codificación» y nos hacía «quedar fuera del concierto universal jurídico, y expuestos realmente a una verdadera trofia intelectual», «Memorial ajustado en el pleito sobre la codificación, que se eleva al Tribunal-Decanato del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (en adelante, *R.G.L.J.*), XLVI (1875), pp. 11-110.

[29] Los entrecomillados de este párrafo en B. CLAVERO, «"La gran dificultad"…», cit. Sobre el krausismo y el racionalismo, *vid*. Respectivamente Juan José GIL CREMADES, *El Reformismo español. Krausismo, Escuela histórica, Neotomismo*. Ariel, Barcelona, 1969 y Antonio JARA ANDREU, *Derecho natural y conflictos ideológicos en la Universidad española (1750-1850)*, Madrid, 1977.

[30] Sobre la influencia de la Escuela Histórica, no tan honda, *vid*. B. CLAVERO, «"La gran dificultad"…», cit.

[31] Rafael ÁLVAREZ VIGARAY, «El sistema del derecho civil…».

[32] *Instituciones del derecho civil de Castilla*, séptima edición, Madrid, Impr. de D. Tomás Albán, 1806, tomo II, pp. 1 y ss. He comprobado el resto de ediciones a las que he tenido acceso, cuarta, quinta y sexta, y en ninguna se modifica lo que atañe a las servidumbres. Acerca de la biografía de estos autores poco se puede apuntar que no se sepa, no obstante recordemos que Ignacio Jordán de Asso y del Río (1742-1814) estudió en Cervera y Barcelona, fue doctor por Zaragoza, en donde ejerció como Repasante de Derecho Civil y examinador en las oposiciones para la enseñanza del Derecho en los reales estudios de San Isidro de Madrid. Publicó muchas de sus obras en Amsterdam, donde ejerció como cónsul general de España. Miguel de Manuel y Rodríguez también estudió en Cervera y colaboró con Asso en varias obras.

[33] Servidumbres personales: «derecho o uso que ome gana en las cosas ajenas para pro de su persona e non ha pro señaladamente su heredad». Servidumbres reales: «derecho, e uso, que ha en los edificios, o en las heredades agenas, para servirse de ellas a pro de las suyas».

mas en que se funda la doctrina de las servidumbres»: toda servidumbre debe imponerse sobre las cosas que son nuestras para que sirvan a las de otro; deben constituirse en testamento, contrato o ganarlas por prescripción; la servidumbre está siempre unida a la heredad o edificio y el derecho a usarla es accesorio a la cosa en cuyo provecho se constituyó y, finalmente, las servidumbres son indivisibles. A continuación, desarrollan el contenido de las servidumbres personales, el usufructo y la habitación y el uso, en donde siguen igualmente a Partidas. Asso y Manuel prosiguen su texto tratando las labores nuevas y viejas, a las que, si bien no se las considera servidumbres las relaciona íntimamente con estas, más que Partidas pues, a pesar de seguir su sistemática, el texto castellano las trata en título aparte y los autores en capítulo aparte, dentro del título de las servidumbres. Ellos mismos nos indican que «hemos hablado hasta aquí de las cargas a que están obligadas nuestras casas o heredades por razón de servidumbre. Ahora trataremos de la libertad que éstas gozan, y cómo se puede impedir por razón de ella, que otro haga alguna cosa en nuestros edificios, o bien en los suyos, de que provenga daño a nuestras cosas».

Libro II. De las cosas

Título Sexto. De las servidumbres

Cap. I. De las servidumbres en general y sus especies, reales y personales

§ I. De las servidumbres reales divididas en rústicas y urbanas

§ II. De los axiomas en que se funda la doctrina de las servidumbres

§ III. De los modos con que se pierden las servidumbres

Cap. II. De las servidumbres personales

§ I. Del usufructo

§ II. Del uso y habitación

§ III. Del derecho de habitación diferente del uso de habitación

§ IV. De los modos con que se acaban el usufructo, uso y habitación

Cap. II. De las labores nuevas y viejas

§ I. De las labores nuevas y sus axiomas

§ II. De la labor vieja

En su *Ilustración del derecho real en España* de 1803, Juan Sala[34] considera que el derecho real es semejante al dominio y derecho real lo es la ser-

[34] Juan Sala Bañuls (1731-1806), religioso y Catedrático de Instituta, Cánones y de Instituciones y Código de Justiniano en Valencia.

vidumbre, si bien, en rigor dominio sólo se dice de las cosas corporales, pero tomado en sentido amplio, se extiende a las incorporales o derechos, especialmente los reales, en cuanto decimos que son nuestras y cargan a nuestro favor sobre la misma cosa. En cuanto a la sistemática, las servidumbres las ubica en el título III del libro II —De las cosas—, en el cual se remite a su vez al título 31 de la tercera partida.

Libro II. De las cosas

Título III. De las servidumbres reales y personales

1. Qué sea servidumbre real o predial y cómo 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. Sólo los dueños de los predios pueden imponer o adquirir servidumbres. 6. La servidumbre es cualidad inseparable del predio que la debe y a que se debe. 7. 8. Modos de adquirirse las servidumbres. 9. 10. Modos de perderse. 11. 12. Del usufructo. 13. Del uso y de la habitación.

En la estela de las obras anteriores, nos encontramos todavía en 1829 con las *Instituciones de Derecho real* de José María Álvarez[35]. Define la servidumbre como «derecho impuesto en la cosa ajena, por el cual el señor en su cosa está obligado a padecer o a no hacer algo de utilidad de otro», destacando posteriormente la doble faceta de derecho y carga. Distingue las servidumbres en reales y personales, siendo estas últimas el usufructo, el uso y la habitación.

Entrados ya en los años treinta del siglo XIX, corresponde centrarnos en la obra de Pablo Gorosabel de 1832, *Redacción del código civil de España*, considerada, como es sabido, uno de los proyectos no oficiales de código civil[36] y la primera obra que se desmarca de la estructura de las obras anteriores, más propias del siglo XVIII, pues Gorosabel confiesa haber seguido el Código civil francés[37]. Define las servidumbres como

[35] *Instituciones de Derecho real de Castilla e Indias,* México, 1826. Manejo una impresión facsímil a cargo de Jorge Mario García Laguardia y María del Refugio González, UNAM, México, 1982. José María Álvarez fue Catedrático de Instituciones de Justiniano en la Universidad de Guatemala, donde nació. Su libro tuvo una gran difusión en el continente americano.

[36] Juan Baró Pazos, «Los proyectos de Código Civil de iniciativa particular elaborados hasta el proyecto de García Goyena», *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, tomo II, Universidad de Cantabria, Santander, pp. 31-52.

[37] Como se sabe, Pablo Gorosabel (1803-1868) se aparta del perfil académico de los autores anteriores y se centra en el político, perfiles ambos que se reunirán en la mayor parte de autores del siglo XIX que trataré a continuación. Fue alcalde de Tolosa, su ciudad natal, así como corregidor de Guipúzcoa, Diputado del Consejo provincial del distrito de Tolosa y otros cargos provinciales.

derecho de hacer algo en predio ajeno o de prohibir al dueño de él que lo haga, siendo una definición que no se remite expresamente a Partidas, pero de las que está cerca. Se aleja sin embargo de ellas en la consideración de las servidumbres personales, pues no las menciona y las instituciones del usufructo, el uso y la habitación son reguladas de manera independiente y, además, alejadas sistemáticamente de la regulación de las servidumbres. Así, en la segunda parte de este proyecto, titulada «De las cosas y derechos que pueden tenerse sobre ellas», el título tercero es el que dedica al usufructo, uso y habitación definiéndolos de manera completamente independiente de las servidumbres, y el título séptimo, es el que dedica a las servidumbres, no haciendo más distinción que servidumbres urbanas y rústicas. Su regulación es bastante escueta, si consideramos, por ejemplo las Partidas o el propio Código francés, fuentes principales de las que bebe el texto.

Redacción del Código civil de España	Código civil francés [38]
Parte segunda. De las cosas y derechos que pueden tenerse sobre ellas	Libro II. De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad
Título III. Del usufructo, uso y habitación	Tít. III. Del usufructo, del uso y de la habitación
Capítulo Primero. Del usufructo	Cap. I. Del usufructo
Sección 1ª. Naturaleza del usufructo	Sec. I. De los derechos del usufructuario
Sección 2ª. Derechos del usufructuario	Sec. II De las obligaciones del usufructuario
Sección 3ª. Obligaciones del usufructuario	Sec. III. Cómo se acaba el usufructo
Sección 4ª. Modos de acabarse el usufructo	
Capítulo Segundo. Del uso y de la habitación	Cap. II Del uso y de la habitación
Sección 1ª. Del uso	
Sección 2ª. De la habitación	
...	Tít. IV. De las servidumbres reales (arts. 637-710)
Título VII. De las servidumbres (arts. 368-394)	Cap. I. De las servidumbres que provienen de la posición de las fincas
Capítulo Primero. De las servidumbres urbanas	Cap. II De las servidumbres establecidas por ley
Sección 1ª. Servidumbres urbanas que tienen por objeto la edificación.	Sec. I. De la cerca y zanja medianeras
	Sec. II. De la distancia, y de las obras intermedias que son precisas para ejecutar ciertas fábricas

[38] *Código Napoleón con las variaciones adoptadas por el Cuerpo Legislativo el día 3 de septiembre de 1807*, Madrid, 1809. (Decretado el 31 de enero de 1804. Promulgado en 10 de febrero).

Sección 2ª. Servidumbres urbanas que tienen por objeto el agua.
Sección 3ª. Servidumbres urbanas que tienen por objeto humo y basuras.
Sección 4ª. Servidumbres urbanas que tienen por objeto luz y vistas.
Capítulo Segundo. De las servidumbres rústicas
Sección 1ª. Servidumbres rústicas que tienen por objeto el paso por heredad ajena.
Sección 2ª. Servidumbres rústicas que tienen por objeto el agua.
Sección 3ª. Servidumbres rústicas que tienen por objeto el pasto de ganados y labores.
Capítulo Tercero. De la constitución y extinción de las servidumbres
Sección 1ª. De la constitución de las servidumbres.
Sección 2ª. De la extinción de la servidumbre.
SEC. III. De las vistas sobre la propiedad del vecino.
SEC. IV. De las vertientes de los tejados
SEC. V. Del derecho de paso
CAP. III. De las servidumbres establecidas por el hecho del hombre.
SEC. I. De las diversas especies servidumbres que pueden establecerse sobre los bienes.
SEC. II. Como se adquieren las servidumbres.
SEC. III. De los derechos del propietario de la finca quien ase debe la servidumbre.
SEC. IV. Cómo se acaban las servidumbres.

Dos años más tarde publicó su *Examen de los principios del derecho civil español*, obra que obedece, según palabras del autor a la voluntad de completar el trabajo anterior «ofreciendo al público el presente examen del derecho que encierra la teoría de mis opiniones civiles». Y respecto a las servidumbres, Gorosabel entiende que las servidumbres son derechos que se tienen sobre las cosas, cuya utilidad no es discutible, por lo que se pregunta cómo pueden considerarse como atentados contra la propiedad ajena derechos para los que hay títulos legítimos, en alusión a los que entienden que las servidumbres como usurpaciones, porque explica que la servidumbre se constituye precisamente a causa de su utilidad. Sin embargo, no defiende tanto el derecho de usufructo pues es ya indicativo que el subtítulo que presenta al de *Del usufructo* sea *Inconvenientes de la institución del usufructo* porque cree que el usufructo, tal y como está constituido, es un inconveniente al fomento de la riqueza, que debe ser objeto de las leyes, y lo es por el hecho de que una persona goce de los frutos, rentas, servicios y utilidades de un bien durante su vida para dejarlo tras su muerte a otro usufructuario, sin intervenir para poder enajenarlo o disponer en general de él, ni pensar en mejorarla para conservarla. Evidentemente exagera Gorosabel porque el usufructuario tiene el deber de conservar la cosa, como es sabido (Partidas XXII, 31, 3), pero de sus palabras se intuye cierto recelo a aquellos que agotan los bienes hasta dejarlos prácticamente sin su esencia.

En sus *Elementos de Derecho Patrio*, de 1838, Joaquín Escriche[39] distingue las servidumbres reales y personales y, en coherencia, define como derecho a que está sujeta la cosa ajena en utilidad nuestra o de un fundo que nos pertenece. De entre las reales distingue las urbanas de las rústicas, y de cada especie enumera las principales. En su *Diccionario*[40] también recoge esta misma sistematización, donde explica además que las servidumbres son desmembramientos del derecho de propiedad, pues ésta puede ser perfecta —cuando el vínculo que une al propietario y a la cosa no está dividido y «ningún derecho extraño viene a impedir o limitar el libre ejercicio del derecho de propiedad»— o imperfecta, esto es, cuando ese vínculo está dividido, de manera que «el ejercicio del derecho de propiedad queda reducido o limitado por efecto de un derecho que pertenece a otro propietario». Y son llamados servidumbres estos desmembramientos de la propiedad por analogía a la esclavitud, pues el fundo que carga con servidumbres es como una especie de esclavitud. Define la servidumbre como carga y derecho, distinguiendo servidumbre activa y servidumbre pasiva. En el posterior desarrollo de las voces dedicadas a las servidumbres, Escriche va haciendo constante referencia a Partidas.

Libro segundo. De las cosas

Título I. De la división de las cosas y de los modos de adquirir su dominio

Título II. De las prescripción

Título III. De las servidumbres

El profesor Ramón Martí y de Eixalà publicó en 1838 la obra titulada *Tratado elemental del Derecho civil romano y español*[41] en dos tomos. La primera vez que alude a las servidumbres es cuando presenta en un capítu-

[39] El autor del famoso *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia* (1784-1847) perteneció a la Comisión de Códigos de 1843 pero renunció a proseguir la carrera política a cambio de su dedicación a la escritura de obras jurídicas y literarias, además de dedicarse a la labor traductora también de juristas y literatos.

[40] Recordemos que su primera edición es de 1837 y que la segunda, de donde tomo las citas, es de 1845.

[41] Editado en Barcelona en la imprenta de Joaquín Verdaguer. Por su portada sabemos que era profesor de Derecho español en la Universidad Literaria de Barcelona, Académico de Buenas Letras además de socio profesor de Ideología en las Ciencias Naturales y Artes también de Barcelona, pero como es conocido, Martí y de Eixalà (1808-1857), fue más que jurista filósofo y completó su trayectoria profesional con el cargo de diputado por el Partido Moderado en legislaturas comprendidas entre 1840 y 1850. Antonio Jiménez García, «La enseñanza de la filosofía en la Universidad decimonónica (asignaturas y textos oficiales)» y Laureano Robles, «Manuales de "Historia de la Filosofía" en España (s. xix)», ambos en M. A. Bermejo Castrillo (ed.), *Manuales y textos…»*, pp. 301-327 y pp. 601-628 respectivamente.

lo preliminar el Libro II dedicado a los derechos reales y al referirse a las clases de ellos, explica que según «el goce que constituye el derecho real (*ius in re*) comprende esta o aquella parte de las utilidades de la cosa» recibe diferentes nombres el derecho real y establece siete: dominio, servidumbre, hipoteca, derecho enfitéutico, cuasi dominio, derecho de posesión y hereditario. Y servidumbre lo explica así: «Hállase a menudo limitado el dominio de suerte que el dueño debe permitir algo en su cosa, o dejar de hacer en ella lo que forma parte de un dominio pleno: bien sea esta limitación en provecho de cosa determinada o de cierta persona, tenemos el derecho de servidumbre a favor de la persona o de la cosa, esto es de su poseedor». Con este planteamiento, entiende que las servidumbres son reales y personales.

En 1840 el abogado de Valladolid Cirilo Álvarez Martínez[42] publicó *Instituciones de derecho civil*, en donde no ahorra críticas a sus coetáneos juristas, con especial incidencia en Juan Sala y a las Universidades que enseñan su libro, que disertan sobre el derecho civil sin pretender definir y seguir el método que exige la ciencia de la legislación contemporánea, esto es «reducirse a principios, enseñarse con sistema y hacer de ella un estudio tan filosófico como agradable»[43]. Sin aludir a ninguna influencia, aunque ya advirtió que en ocasiones se ha guiado por el Código francés, Álvarez distingue servidumbres de los derechos de usufructo, uso y habitación, tratándolos unas y otras en distintos títulos dentro del mismo Libro II dedicado a *De las cosas en general, del dominio que podemos tener en ellas y de las diferentes modificaciones del dominio*, y siguiendo su objetivo, define servidumbre como «carga impuesta sobre una finca o heredad en utilidad y servicio de otra perteneciente a otro dueño» y entiende que el usufructo, el uso y la habitación no son servidumbres, pues son más bien derechos que cargas y forman parte de los derechos reales como lo puedan ser los censos o las hipotecas. Entiende que derecho y servidumbre son dos términos antagónicos porque el derecho se refiere a las personas e implica siempre a un individuo y la servidumbre, tal y como la define, sólo implica a las cosas por ello siempre presupone dos fincas.

---

[42] Además de profesor en la Facultad de Derecho de Valladolid y abogado en esa ciudad y en Burgos, fue vocal de la Comisión de Códigos, Presidente del Tribunal Supremo, Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación y Académico de la de Ciencias Morales y Políticas. Fue senador en distintas condiciones (vitalicio, electo y por derecho propio) en las legislaturas que van de 1871 a 1877 **y** Ministro de Gracia y Justicia de agosto a octubre de 1856. Falleció en 1878.

[43] Cirilo ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Instituciones de derecho civil*, Valladolid, Imprenta de D. Julián Pastor, 1840, p. V y ss.

LIBRO II. DE LAS COSAS EN GENERAL, DEL DOMINIO QUE PODEMOS TENER EN ELLAS, Y DE LAS DIFERENTES MODIFICACIONES DEL DOMINIO

TÍTULO I. De la clasificación de las cosas

TÍTULO II. Del dominio y de sus diversas modificaciones en general

TÍTULO III Del derecho de propiedad

TÍTULO IV. Del usufructo, del uso y de la habitación

TÍTULO V. De las servidumbres

TÍTULO VI. De los censos

TÍTULO VII. De las hipotecas y prendas.

Como se dejó señalado, el proyecto de Código de 1836 anunciaba la elaboración de un Código rural que nunca se llegó a aprobar pero sí contó con una propuesta. Se trata del *Proyecto de una Ley agraria o Código rural*, *publicado de acuerdo de la Sociedad Económica Matritense*, cuyo autor fue Juan Álvarez Guerra y vio la luz en la Imprenta de Don Miguel de Burgos de Madrid en 1841. Esta obra es fruto de la labor de una Comisión nombrada al efecto por la Sociedad Económica Matritense, siguiendo la estela del famoso *Informe* de Jovellanos[44]. Con una peculiar sistemática, trata las servidumbres, a diferencia de Danvila, como se verá, a propósito de la situación agraria, no como instituciones civiles que permiten el ejercicio del derecho de propiedad y el propio fomento de la agricultura, sino como relaciones jurídicas ya preexistentes.

LIBRO II. RELACIONES MUTUAS ENTRE LOS LABRADORES.

TÍTULO I. De las propiedades rurales.

TÍTULO II. De los condominos particioneros.

TÍTULO III. De los usufructuarios.

TÍTULO IV. De los enfiteutas, censualistas y foreros.

TÍTULO V. De los arrendatarios y de los arriendos

TÍTULO VI. De los asalariados y de los salarios

[44] J. F. LASSO GAITE, *Crónica*…, 4, vol. I, pp. 368 y ss. Juan Álvarez Guerra (1789-1845), político extremeño, publicó en Cádiz *Modo de extinguir la deuda pública* (1813), donde defiende las ideas desamortizadoras. Fue encarcelado en la prisión de Ceuta, donde coincidió con Argüelles y, en el Trienio fue elegido en 1820 diputado por Extremadura, en 1823 fue nombrado miembro de la Academia Nacional en la sección de Ciencias Físico-Matemáticas; fue nombrado prócer del Reino en 1834. Ocupó las carteras de Gobernación del Reino para la Península e islas adyacentes entre mayo y junio de 1813; de Gobernación del Reino para la Península e islas adyacentes en 1814 y de Interior entre junio y agosto de 1835; además fue miembro del Consejo de Estado, y de 1837 a 1840 fue Director General de Correos. En 1820 la Sociedad Económica de Valladolid publicó su *Tratado de las reformas del trillo*, y escribió así mismo *Memoria sobre el cultivo del arroz* y tradujo el *Curso completo o Diccionario Universal de Agricultura* editado en Madrid entre 1797 y 1803.

TÍTULO VII. De los destajeros y de los destajos.

TÍTULO VIII. De los atareados y de las tareas.

TÍTULO IX. De los jornaleros y de los jornales.

TÍTULO X. De los linderos y vecinos.

Sección 1ª Del derecho de deslindar las propiedades

Sección 2ª Del derecho de cercar y cerrar las propiedades

Sección 3ª De las lindes, mojones e hitos

Sección 4ª De las plantaciones respecto de los vecinos.

Sección 5ª De las servidumbres rurales y pasos.

Sección 6ª De los caminos rurales.

LIBRO. III. RELACIONES MUTUAS ENTRE LOS LABRADORES Y LAS DEMÁS CLASES DE LA SOCIEDAD.

TÍTULO II. Policía de los campos

Sección 11ª. Servidumbres públicas de los campos: respigar, rebuscar, aprovechar los productos naturales y los despojos de todas clases, y otras prácticas, costumbres y abusos en diversos países.

Respecto a servidumbres personales y reales, el autor no entra a definir de manera clara unas y otras, lo que sí hace, significativamente es tratar el usufructo en título aparte y alejado del apartado en el que trata a las servidumbres rurales y pasos. Como, en puridad, el título trata de los usufructuarios, sólo en el art. 4º intenta definir el usufructo como el «derecho de usar de una cosa como si fuera propia; pero bajo la condición de conservarla íntegra». Respecto a lo que el autor llama servidumbres rurales y pasos, en realidad sólo se refiere a este último tipo, a las servidumbres de paso y la propuesta normativa se ciñe a los derechos, deberes y circunstancias que rodean este tipo de servidumbre. No obstante, se deja asomar el sentir del autor y de la Comisión a la que se encargó el proyecto cuando afirma que «la Comisión establece que toda servidumbre, para no ser redimible, debe ser necesaria», de modo que se vislumbra un cierto rechazo a la servidumbre y una interpretación ciertamente restrictiva, como se comprueba tras la lectura del articulado propuesto, salpicada de propuestas restrictivas en el disfrute del derecho de paso, un argumento, por otra parte, cercano al Proyecto del Código civil de 1836, tal y como ha quedado señalado en páginas anteriores.

Florencio García Goyena y Joaquín Aguirre, en su *Febrero*[45], distinguen desde el principio servidumbre real y personal, dedicando sendas definicio-

[45] *Febrero o Librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a*

nes a cada especie, sin ofrecer una definición de la palabra servidumbre y señalan que en el *Febrero* reformado precisamente se ofrece una definición de servidumbre en general como «un derecho en cosa ajena mediante el cual por la utilidad de quien lo tiene, se halla obligado el dueño a no hacer o a permitir que se haga algo en ella», y aunque no niegan la exactitud del contenido, pues es la definición dada por Heineccio conforme al Derecho Romano, entienden que la palabra servidumbre contiene un concepto pasivo, mientras que la de derecho es activo; y entienden que tendría más propiedad definiendo la servidumbre como «carga impuesta en finca propia para utilidad de la ajena o de un tercero». Como se aprecia en el índice de la obra, dedican más secciones a las servidumbres personales que a las reales.

LIBRO II. DE LAS COSAS

TÍTULO III. De las servidumbres

SECCIÓN I. De la servidumbre real

SECCIÓN II. De las servidumbres urbanas.

SECCIÓN III. Do las servidumbres rústicas

SECCIÓN IV Disposiciones comunes á todas las servidumbres reales.

SECCIÓN V. Cómo se adquieren.

SECCIÓN VI. Cómo se acaban o extinguen

TÍTULO IV. De las servidumbres personales

SECCIÓN I. Del usufructo, qué sea y sus especies

SECCIÓN II. Cómo y en qué cosas puede constituirse

SECCIÓN III. Derechos del usufructuario

SECCIÓN IV. Obligaciones del mismo

SECCIÓN V. Del inventario.

SECCIÓN VI. De la fianza

SECCIÓN VII. Obligación del usufructuario respecto de las cosas

SECCIÓN VIII. De la obligación del usufructuario en cuanto a la restitución de la cosa

---

la legislación hoy vigente, Madrid, I. Boix, Editor, 1841. A pesar de que Florencio García Goyena (1783-1855) es un jurista sobradamente conocido, recordemos aquí su vinculación al proceso de codificación civil formando parte de la Comisión General de Codificación, creada en 1843, de la que llegó a ser vicepresidente y presidente de su Sección Primera, cuyos trabajos más importantes fueron la redacción el Proyecto de Código civil de 1851 del que fue uno de los redactores junto con Bravo Murillo, Luzuriaga y Sánchez Puy. Su carrera política se inicia en los años veinte ocupando, entre otros, puestos de jefe político, fiscal de lo criminal, regente de las audiencias de Valencia y Burgos, magistrado del Tribunal Supremo y Ministro de Gracia y Justicia de septiembre a octubre de 1847.

SECCIÓN IX. Cómo se acaba el usufructo

SECCIÓN X. Del derecho de acrecer entre los usufructuarios

SECCIÓN XI. Diferencia entre el usufructo y el legado anual

SECCIÓN XII. En qué se diferencian y convienen el usufructo y el uso

SECCIÓN XIII. Cómo se han de dividir los frutos cogidos o pendientes al fallecimiento del usufructuario, y a quién corresponden

TÍTULO V. De la servidumbre de uso

TÍTULO VI. De la servidumbre de habitación

TÍTULO VII. De las labores u obras nuevas

SECCIÓN I. De las mismas

SECCIÓN II. De la denuncia de obra nueva, qué sea ésta y quiénes pueden hacer aquélla.

SECCIÓN III. A quiénes y cómo ha de hacerse la denuncia.

SECCIÓN IV. Efectos de la denuncia

Esta opinión de García Goyena se plasma ya sin deudas en sus *Concordancias*[46], donde vuelve a afirmar que la palabra servidumbre denota un concepto pasivo, por lo que tiene más sentido definirla como gravamen en vez de derecho, desmarcándose así de Partidas. También se aleja de Partidas cuando justifica la regulación separada del usufructo, uso y habitación en el Proyecto de 1851, pues aunque la palabra servidumbre denota las personales y reales, las servidumbres por excelencia son las reales y, para alejarse también del Código francés, dice que no es una innovación del mismo, sino que ya el derecho romano lo observa así en el Digesto (libro VII: usufructo, uso y habitación; libro 8 de *servitutibus*, dedicado a las reales) e incluso, justifica que en Partidas las llamadas personales sean tratadas como excepción de las reales. El cambio que traen los nuevos tiempos también hace que las excepciones históricas se conviertan en reglas, así lo justifica García Goyena cuando habla del contenido de las servidumbres, que consiste en *in patiendo, vel in non faciendo*, esto es, un derecho real puro, no una obligación personal, con la excepción admitida en el derecho romano de la servidumbre *oneris ferendi* (el dueño del pilar o pared sirviente podía obligarse a repararla y conservarla en estado de sostener la del vecino), ahora bien, los códigos modernos, encabezados por el francés, han hecho de la excepción regla, pues se hace necesaria porque al incluir las servidumbres legales, cuya mayor parte llevan la obligación de hacer, reparar o conservar, a dife-

[46] Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, tomo I, pp. 418 y ss.

rencia del derecho histórico, que regulaba separadamente las labores nuevas (libro 59, títulos I a III de Digesto, tít. LII, Part. 3ª). Y a esos Códigos modernos seguía el Proyecto de 1851 cuando dedicaba a las servidumbres legales el capítulo II del título dedicado a las servidumbres, colocado, por cierto, antes que el dedicado a las servidumbres voluntarias. En este apartado, García Goyena vuelve a justificar esta inclusión y aclara que las servidumbres legales a favor de intereses particulares podrán modificarse por la voluntad de las partes, no así las servidumbres legales a favor de la utilidad común, pues ambos intereses, el particular y el público, pueden ser objeto de las servidumbres legales.

Título IV. Usufructo, uso y habitación

Título V. De las servidumbres (arts. 476-547)

Capítulo Primero. De las servidumbres en general

Capítulo II. De las servidumbres voluntarias

Fernández de la Hoz sigue, en su *Código civil redactado con arreglo a la legislación vigente*[47], un discurso más sujeto al derecho histórico, basado en la sistemática del Código Civil francés[48]. Las servidumbres son para este autor una modificación de la propiedad entendida ésta como «el derecho de gozar y de disponer libremente de las cosas, con sujeción a las leyes» y, en concreto, se refiere a la modificación que consiste en «la prestación de algún servicio pasivo a la que está ligada íntimamente». Considera la servidumbre en su aspecto negativo, como decía García Goyena, y así, la define como «carga impuesta en finca propia para utilidad de la ajena o de un tercero», incluyendo con esta definición el usufructo, el uso y la habitación como servidumbres, de la manera que hacían Partidas.

LIBRO II. DE LAS COSAS.

Título segundo. *De la propiedad*

Cap. I. De la extensión del derecho de propiedad

Sección primera. De la accesión en general.

Sección segunda. De la accesión de los productos de la propiedad

[47] Madrid, 1843, pp. 49 y ss. José María Fernández de la Hoz (1812-1887) fue fiscal de la Audiencia de Madrid y del Tribunal Supremo, ministro de Gracia y Justicia en 1858 y senador vitalicio y perteneció a la Comisión de Códigos, también fue presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación. Entre otros trabajos, cabe destacar su *Código de procedimientos criminales con arreglo a la legislación vigente*, de 1843.

[48] J. BARÓ PAZOS, «Los proyectos…», pp. 43 y ss.

Sección tercera. De la accesión por incorporación a la propiedad con respecto a los bienes inmuebles

Sección cuarta. De la accesión por incorporación a la propiedad con respecto a los bienes muebles

Cap. II. De las modificaciones del derecho de propiedad

Sección primera. De las modificaciones de la propiedad

Sección segunda. De las servidumbres personales en general

Sección tercera. Del usufructo

Sección cuarta. Del uso

Sección quinta. De la servidumbre de habitación

Sección sexta. De las servidumbres reales...

Sección séptima. De las servidumbres rústicas.

Sección octava. De las servidumbres urbanas.

Sección nona. Disposiciones comunes á todas las servidumbres reales

Sección décima. Disposiciones comunes á todas las servidumbres en general

Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán en sus *Elementos de derecho civil y penal*[49], también consideran las servidumbres como modificaciones de la propiedad, aunque ellos las definen como derecho, y asumen los derechos reales de usufructo, uso y habitación como servidumbres personales, pero puntualizan en este caso diciendo que la diferencia que hay entre unas servidumbres y otras es la necesidad y, en concreto, refiriéndose a las servidumbres reales rústicas, estiman que sin ellas muchas veces el dominio

[49] *Elementos de derecho civil y penal de España precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, Madrid, 1841, tomo I. Muy conocido es su autor principal, Pedro Gómez de la Serna (1807-1871), catedrático de Derecho Romano, Instituciones Civiles, Práctica Forense y Legislación Comparada sucesivamente entre los años 1827 y 1831. También, como otros autores visitados, Gómez de la Serna emprendió la carrera política dentro del partido progresista primero siendo jefe político, diputado en varias legislaturas, senador electo y vitalicio, subsecretario y ministro de Gobernación en 1843, de Gracia y Justicia en 1854 y consejero de Estado. Fue presidente y fiscal del Tribunal Supremo, así como académico de la de Ciencias Morales y Políticas, de la de Historia y de la de Jurisprudencia y Legislación (a este propósito, vid. la reseña biográfica de Antonio GOICOECHEA en *Jurisconsultos españoles*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1911, tomo II, pp. 141-146). Su participación en tareas de codificación queda reflejada en su presencia en las comisiones para la reforma del Código de Comercio y en la redacción de la Ley Hipotecaria y en las primeras leyes de enjuiciamiento civil. De entre sus actividades destacan la codirección de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia y de sus obras, numerosas, además de las aquí comentadas, *Tratado-Académico forense de los Procedimientos judiciales*, *Instituciones de Derecho Administrativo Español* (1843), siendo habitual la colaboración con su discípulo Montalbán.

sería ineficaz y puede considerarse su complemento, rasgo que no destacan en las servidumbres personales. Respecto a las sucesivas ediciones de la obra, habría que destacar que en la cuarta, de 1851, incluyen un modo más de extinguirse la servidumbre, cual es la enajenación de la misma servidumbre, referida sólo a las personales y que consiste en que se extingue la servidumbre si se enajena la cosa, pues va íntimamente unida a la persona que no se puede enajenar y la extinción de la servidumbre se concibe así como castigo, siguiendo, por su parte, la ley 24, XXXI, 3 de Partidas. Otra novedad destacable se refiere a las servidumbres de aguas, que no son consideradas en título aparte hasta la edición octava de 1868, consecuencia de la Ley de Aguas de 1866, así como un nuevo título dedicado a otras limitaciones impuestas por la ley, que se refiere a la prohibición de verter agua en casa ajena por canales y a levantar pared que modifique el curso del agua, así como prohibición de obra nueva y reforma de obra vieja, todo ello ya recogido en Partidas.

Edición de 1841

Libro 2º. DE LA DIVISIÓN DE LAS COSAS Y DE LA PROPIEDAD.
Título 1º. De la división de las cosas.
Título 2º. Del derecho en o a las cosas.
Título 3º. De la propiedad
Título 4º. De la extensión del derecho de propiedad.
- Sección 1ª. De la accesión en general.
- Sección 2ª. De la accesión de los productos de la propiedad
- Sección 3ª. De la accesión por incorporación a la propiedad.

Título 5º. De las modificaciones del derecho de propiedad.
- Sección 1ª. De las modificaciones de la propiedad en general.
- Sección 2ª. De las servidumbres personales
- Sección 3ª. De las servidumbres reales
- Sección 4ª. De las cosas comunes a todas las servidumbres.

Título 6º. De la posesión

Edición de 1868

Título VII. De las servidumbres.
- Sección 1ª. De las servidumbres en general.
- Sección 2ª. De las servidumbres personales
- Sección 3ª. De las servidumbres reales
- Sección 4ª. De las cosas comunes a todas las servidumbres

Título VIII. De las servidumbres en materia de aguas.
Título IX. De otras limitaciones especiales impuestas por la ley al ejercicio del derecho de propiedad.

Gómez de la Serna vuelve a tratar el tema de las servidumbres en su *Curso histórico-exegético del derecho romano comparado con el español*[50], donde reitera que las servidumbres son una desmembración de la propiedad y las define como «derecho establecido sobre una heredad ajena en beneficio de una persona o de otra heredad, en virtud del cual el propietario está obligado a sufrir o a no hacer alguna cosa en la suya». La servidumbre, pues, sólo puede consistir en no hacer o en sufrir, aunque eso no quiere decir que el propietario no pueda obligarse a hacer, sólo que en este caso la servidumbre habrá nacido por la voluntad de las partes. Para aclarar la cuestión explica que las servidumbres son un derecho en la cosa y los contratos producen un derecho a la cosa, de manera que a la vez que la servidumbre íntimamente unida a la heredad la sigue en cualquier poseedor que pudiera tener, la obligación sólo se refiere al que contrató y a sus sucesores, en su caso. Con ello explica la condición de tal de las servidumbres personales.

Además, en su *La ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, de 1862, sigue concibiendo el usufructo como servidumbre personal. Al comentar el art. 2 de la Ley, así como el texto de los arts. 1 y 2 del Reglamento[51] afirma que «el usufructo es un derecho real y una servidumbre personal. Es un derecho real, porque se adhiere a la cosa y la sigue constantemente, cualesquiera que sean las manos a que pase, hasta que se extingue por uno de los medios que el derecho establece, limitando la facultad natural que tiene el propietario de aprovecharse de todos los productos de la cosa y de invertirlos en su provecho. De derecho en la cosa corporal lo calificó ya el jurisconsulto Celso en uno de los fragmentos que nos ha conservado el Digesto, *jus in corpore*, frase que el emperador Justiniano copió en sus Instituciones. Es servidumbre personal porque no se halla establecido a favor de una finca haciéndola de mejor condición, sino que tiene por objeto único y exclusivo la utilidad de la persona para cuyo beneficio está constituido, y se adhiere a ella tan íntimamente que con su muerte se extingue, como sucede con todas las servidumbres personales. Todo usufructo, bien se constituya en virtud de un contrato, bien en cumplimiento de una voluntad última, bien por ministerio de la ley, debe inscribirse en el registro. Es siempre una modificación de la propiedad, es realmente una desmembración suya, y tanto por la regla general que el texto de la Ley, como establece sin excepción, por la expresión nominal que hace del usufructo sin limitación alguna, no es lícito dudar que la necesidad de la inscripción alcanza a todas sus especies igualmente». Cuando la ley cita a las servidumbres,

[50] Madrid, 1850, Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, tomo I, pp. 271 y ss.

[51] Vid. Margarita SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria …*, pp. 444 y ss.

entiende que sólo hace referencia a las reales «o prediales, y no a las personales de que queda hecha antes mención en las voces usufructo, uso, habitación. Las servidumbres reales, del mismo modo que las personales, son derechos reales, o en la cosa. En efecto, el derecho que tenemos en propiedades ajenas para servirnos de ellas en utilidad de las nuestras, está íntimamente adherido a las fincas, y son gravamen para los que las poseen; cuando éstas pasan de uno a otro, los nuevos dueños de los predios dominante y sirviente, son los que respectivamente gozan de la ventaja y sufren el gravamen. Como derechos reales, pues, que gravitan sobre los predios sirvientes, y que son un aumento de valor y una modificación o desmembración del derecho de propiedad a favor de los predios dominantes, están sujetas a inscripción. Indiferente es para el efecto que sean rústicas —ó urbanas las servidumbres. Están por lo tanto sujetas a la inscripción las servidumbres rústicas de senda, carrera, vía, acueducto, aprovechamiento del agua de fuente o pozo de propiedad ajena, paso para conducir a los pastos o abrevaderos nuestros ganados, sacar piedra o arena de una heredad ajena para el beneficio de la nuestra, igualmente que las servidumbres urbanas de luces, vista, paso por una casa a otra, elevación o no elevación de edificios, recibimiento o no recibimiento de las aguas procedentes de la casa del vecino, construcción en terreno ajeno de columnas o colocación de pies derechos para que en ellos descanse nuestro edificio, y la de que nuestras vigas se apoyen sobre pared ajena. Son estos solamente ejemplos de servidumbres, porque otras muchas combinaciones se presentan en la práctica de servidumbres urbanas y rústicas que no están comprendidas en las que como más usuales dejarnos expresamente referidas. Lo que de estas se dice, es aplicable a todas las otras».

Para Miguel Vicente Almazán[52], abogado y catedrático de Psicología y Lógica de la Universidad de Valencia, siguiendo la doctrina moderna, de la que considera el código francés como el más perfecto porque no ha copiado literalmente el derecho romano, afirma que no se puede negar a las servidumbre el carácter de derecho real, por lo que no ha lugar la existencia de las servidumbres personales, pues «ni en el sentido activo ni en el pasivo pueden ser nunca personales las servidumbres» porque las servidumbres consisten en el servicio que nos presta una cosa ajena, «y por consiguiente estriba casi siempre en el uso, tomando esta palabra en su natural sentido» y se ha de fundar en la necesidad o al menos en la conveniencia. Acerca del usufructo no menciona nada, aunque deja sentado, a tenor de lo apuntado, que no es una servidumbre.

[52] *Estudios filosóficos sobre la legislación*, tomo II, Valencia, 1852, pp. 355 y ss. Esta es una obra, por cierto, que recuerda mucho a Bentham.

Tomo II. Parte segunda. Sección quinta.

Cap. 1º De la Legislación civil.

Cap. 2º De las personas.

Cap. 3º Del derecho de nacionalidad…

Cap. 15º De las cosas.

Cap. 16º De las servidumbres.

Cap. 17º De la propiedad.

Cap. 18º De los modos de adquirir.

Cap. 19º De los modos de transmitir la propiedad.

Cap. 20º De los contratos entre vivos y de los testamentos.

Cap. 21º De las hipotecas.

Cap. 22º De las causas que limitan el derecho de propiedad.

La autoridad intelectual que ofrece Manuel Danvila y Collado[53] en este asunto de servidumbres viene dada tanto por su obra *El libro del propietario* y por su autoría de un proyecto de Código rural que data de 1877[54], como por su discurso pronunciado en el Congreso de los Diputados el 22 de marzo de 1889 a propósito de la discusión del Código Civil[55]. El citado *El libro del propietario*[56] contiene una extensa parte dedicada a las servidumbres, donde las considera una modificación del derecho de propiedad y acentúa su carácter de gravamen. Se limita a asumir la división que el derecho romano hace entre servidumbres reales y personales y que se mantiene en España, no así en el Código francés. Las servidumbres personales son para Danvila la «facultad de disfrutar de bienes ajenos sin alterar su forma ni sustancia a no

[53] Manuel Danvila y Collado (1830-1906). Abogado, historiador y político español, adscrito al Partido Moderado y después al Partido Conservador, fue elegido diputado en las elecciones de 1867, 1876 y 1879 y senador por la Sociedad Económica de Madrid en 1893 hasta que fue nombrado senador vitalicio en 1897. Llegó a ser ministro de Gobernación durante unos días del mes de diciembre de 1892. Fue autor de varias obras, entre las que destacan, además de *El libro del propietario*, *El contrato de arrendamiento y el juicio de desahucio* (1867), *El poder civil en España*, *La Germanía de Valencia* (1884) e *Historia crítica y documentada de las Comunidades de Castilla* (1897-1900).

[54] Como diputado, presentó al Congreso en 1877 una proposición de Ley que reiteró en la siguiente legislatura y fue publicado en el *Diario de Sesiones* de 8 de marzo de 1878, J. F. Lasso Gaite, *Crónica*…, 4, vol. I, pp. 368 y ss.

[55] *Vid*. J. F. Lasso Gaite, *Crónica de la codificación… 4. Codificación civil*, vol. I, pp. 570 y ss. En una breve introducción de su libro, Danvila explica que el origen del mismo fue el tratamiento exclusivo de las servidumbres, pero la promulgación de la Ley Hipotecaria le empujó a ampliar su objetivo abarcando su estudio todo el ámbito de la tenencia de bienes.

[56] Dispongo de la 2ª edición, Valencia, 1862, Imprenta de José Rius, editor, siendo muy cercana en el tiempo a la primera. La tercera data de 1874 y la cuarta, de la que también dispongo, es de 1901 se ve sensiblemente modificada por la aparición del Código.

ser que sean bienes fungibles», y las reales consisten en «una carga impuesta a un predio para el uso y la utilidad de otro predio que corresponde a distinto propietario» y se diferencian de las servidumbres personales en los bienes sobre los que recae la carga, aunque en el fondo admite que no deben considerarse verdaderas servidumbres los derechos de usufructo, uso y habitación, pues no reúnen un carácter esencial de las servidumbres: «la servidumbre es un gravamen impuesto sobre una finca o heredad en provecho de otra o para servicio de otra perteneciente a distinto dueño». En la edición del libro posterior al Código civil, cambia los títulos y desaparece el dedicado a las servidumbres en general para ser sustituido por el dedicado al usufructo, uso y habitación, por un lado, y un siguiente que estudia las servidumbres reales, conservando, como se puede observar, el adjetivo de «reales». Respecto a los derechos de usufructo, uso y habitación, Danvila señala que el Código civil los estima derechos reales «desprendidos del dominio, con caracteres propios, distintos de los que constituyen las servidumbres reales, y con existencia separada e independiente», a pesar de que han sido considerados durante siglos como servidumbres personales.

2ª ed. 1862. Título IV. De las servidumbres.

Sección Primera. De las servidumbres en general.

Sección Segunda. De las servidumbres personales.

§ I. Del usufructo en general

§ II. Derechos del usufructuario

§ III. Obligaciones del usufructuario

§ IV. Modos de extinguirse el usufructo

Jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo de Justicia

Sección tercera. Del uso

Sección cuarta. De la habitación

Título V. De las servidumbres reales.

Sección Primera. Origen de las servidumbres reales.

Sección Segunda. Naturaleza de las servidumbres reales.

Sección tercera. Caracteres de las servidumbres reales.

Sección cuarta. Caracteres esenciales de las servidumbres reales.

§ I. La servidumbre no puede subsistir sin un inmueble

§ II. las servidumbres son derechos reales

§ III. Las servidumbres no pueden establecerse más que en favor de bienes raíces

§ IV. Las servidumbres no se ejercen sino sobre predios de propiedad ajena

§ V. Las servidumbres no imponen obligación personal, ni establecen preeminencia de un predio sobre otro

§ V. Las servidumbres son indivisibles

Sección quinta. caracteres accidentales de las servidumbres reales

Sección sexta. Objetos sobre los cuales pueden imponerse las servidumbres

Sección séptima. Inmuebles que admiten servidumbres

Sección octava. Modos de establecerse las servidumbres

Sección nona. De los modos de ejercerse las servidumbres

Sección décima. Acciones que nacen de las servidumbres

Sección undécima. Modos de extinguirse las servidumbres

Sección duodécima. División de las servidumbres

Sección decimotercera. Idea general de las servidumbres rústicas y urbanas.

Título VI. De las servidumbres legales rústicas.

Sección Primera. Servidumbres públicas perpetuas.

Jurisprudencia administrativa

Sección segunda. Servidumbres públicas temporales

Título VII. Servidumbres naturales rústicas.

Sección primera. De la obligación de recibir las aguas que descienden naturalmente de las heredades superiores

Sección segunda. Derechos de un propietario a las aguas que nacen en su predio

Sección tercera. Derechos del propietario a las aguas pluviales que caen en su heredad.

Sección cuarta. Derechos que tiene un propietario sobre el agua que discurre por su heredad.

Sección quinta. Deslinde de las atribuciones de la autoridad judicial y gubernativa en las cuestiones que ocurran entre los ribereños sobre servidumbres.

Sección sexta. Reglas que rigen en las concesiones de aguas para sus diferentes aplicaciones.

Jurisprudencia administrativa

Sección séptima. Servidumbre forzosa de paso.

Sección octava. Deslinde, apeo y amojonamiento

Jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo de Justicia

Jurisprudencia administrativa

Sección nona. Acotamiento y cerramientos de terrenos y heredades.

Sección décima. Diques y plantaciones como medio de preservar los predios

Sección undécima. De los árboles

Título VIII. Servidumbres convencionales rústicas.

Sección primera. Servidumbre de senda

Sección segunda. Servidumbre de carrera

Sección tercera. Servidumbre de camino.

Sección cuarta. Servidumbre de acueducto

Sección quinta. Servidumbre de sacar agua.

Sección sexta. Servidumbre de abrevadero

Sección séptima. Servidumbre apacentar ganado.

Sección octava. Servidumbre de prensar en heredad ajena o trillar en era ajena

Sección nona. Servidumbre de tomar marga, tierra, arena, piedra o leña del predio de otro y cocer cal para el enlucido y mejora de nuestro fundo.

Título IX. Servidumbres legales urbanas.

Sección primera. Servidumbres establecidas para objetos de utilidad pública

Sección segunda. Servidumbres establecidas en favor del ornato público

Sección tercera. Servidumbres establecidas en favor de la salubridad público.

Sección cuarta. Servidumbres que nacen de la vecindad de los establecimientos peligrosos, insalubres e incómodos

Título IX. Servidumbres naturales urbanas.

Sección primera. Consideraciones generales

Sección segunda. De las paredes medianeras y no medianeras

Sección tercera. Servidumbres que nacen de la subdivisión de un predio o de su indivisión.

Título IX. Servidumbres convencionales urbanas.

Sección primera. Consideraciones generales

Sección segunda. Servidumbre de apoyar sobre la casa del vecino

Sección tercera. Servidumbre de horadar la pared del vecino para meter viga u otra cosa.

Sección cuarta. Servidumbre de avanzar obra sobre el predio del vecino.

Sección quinta. Servidumbre de luces.

Sección sexta. Servidumbre de vistas

Sección séptima. Servidumbre de no poder levantar sobre un predio o de no poder levantar más que hasta cierta altura.

Sección octava. Servidumbre de echar las aguas al predio del vecino

Jurisprudencia sobre servidumbres en general, establecida por el Tribunal Supremo de Justicia.

Ramón Domingo de Morató, en su obra titulada *El derecho civil español con las correspondencias del romano*[57], tomando la definición de Partidas y Digesto, infiere que la servidumbre es una fracción del derecho de propiedad, cargando la definición en la condición de gravamen que tiene esta institución y considerando a su vez que la servidumbre consiste esencialmente en no hacer. Para este autor el usufructo, el uso y la habitación también son servidumbres, que las distingue de las reales y prosigue su clasificación en afirmativas y negativas, continuas y discontinuas, rústicas y urbanas y nominadas e innominadas, distinción esta última que obedece al criterio de si la ley les da un nombre especial, bajo el que ha señalado la propia ley la carga del sirviente y el derecho del predio dominante; las innominadas son las que la ley no nombra individualmente y están sometidas a las reglas generales propias de la materia y a la voluntad de los interesados, planteado así, este esquema vendría a coincidir con las servidumbres forzosas y voluntarias respectivamente.

Capítulo IV. De las servidumbres

Servidumbre. Su esencia. Sus especies. Caracteres de las servidumbres reales. De las personales. Cosas capaces de servidumbre. Personas hábiles para constituir y adquirir este derecho. Facultades que comprende. Acciones para hacerlo efectivo. Modos de constituirse y de extinguirse las servidumbres.

Saliéndose de la habitual línea de libros jurídicos sobre propuestas de códigos, Manuel Ortiz de Zúñiga elaboró su *Jurisprudencia civil en España*[58] como aportación científica al ámbito del derecho civil sin codi-

[57] Era catedrático de Ampliación del Derecho Civil en la Universidad de Valladolid y la obra está publicada en esa misma ciudad en 1868 por Imprenta, Librería Nacional y Extranjera de Hijos de Rodríguez. La cita en tomo I, pp. 340 y ss.

[58] Su subtítulo es *Conforme a las doctrinas consignadas en los fallos del Tribunal Supremo de Justicia* y está editada por la imprenta de José Rodríguez de Madrid en 1869. Como es conocido, Manuel Ortiz de Zúñiga (1806-1873), además de dedicarse a la carrera judicial en los primeros años de su vida profesional, fue diputado en varias legislaturas y subsecretario de Gracia y Justicia. Formó parte de la primera Comisión de Codificación, en la que se especializó en el derecho penal y su procedimiento, aunque en el ámbito del Derecho Administrativo destacó por sus *Libro de los Alcaldes y Ayuntamientos* y *Elementos de Derecho administrativo*.

ficar[59]. Prosigue una sistemática jurídica acorde con el modelo romano-francés y así, las servidumbres las radica en el Libro II dedicado al dominio, la posesión, su adquisición y transmisión y sus diversas modificaciones. Ortiz considera las servidumbres como gravamen y limitación del dominio, junto con el usufructo, los censos, foros, la rabassa morta y la hipoteca. Respecto a las servidumbres, comienza describiendo como principios que acerca de éstas ha ido sentando la jurisprudencia la presunción de que toda propiedad es libre, por lo que al beneficiario de la servidumbre incumbe demostrarla, así como aquel a cuyo favor está constituida la servidumbre no puede alterarla respecto a la manera en que se constituyó. Respecto a los modos de constitución, tal y como señalan las Partidas que son, esto es, el contrato, el testamento y la prescripción, la jurisprudencia no establece nada sobre el testamento, pero sí sienta doctrina respecto a los otros dos, mucho más complejos. También habla de la acción confesoria y de la negatoria como la acciones dirigidas a que se reconozca la servidumbre o, por contra para que no se declare inexistente.

Por lo que se refiere al usufructo, Ortiz de Zúñiga entiende que es una especie de servidumbre, aunque confiesa que la jurisprudencia se ha pronunciado poco sobre esta institución, ya sea la de Castilla o las propias de Aragón, Cataluña o Navarra.

Libro 2º. Del dominio y la posesión, su adquisición y transmisión, y sus diversas modificaciones.

Título 1º. Del dominio en general.

Título 2º. Del dominio de los productos materiales y de los objetos científicos e industriales.

Título 3º. De la posesión, del abono de frutos y mejoras, y de la acción reivindicatoria

Título 4º. De la adquisición del dominio por medio de la prescripción.

Título 5º. De los gravámenes y restricciones que limitan el ejercicio del dominio.

Capítulo I. De las servidumbres.

Capítulo II. Del usufructo

Capítulo III. De los censos

Capítulo IV. Del los foros y subforos.

Capítulo V. Del contrato de *rabassa morta* o sea a raíz muerta o de primeras cepas.

Capítulo VI. De la hipoteca y su registro.

[59] Sobre este asunto, vid. Juan Baró Pazos, «Notas acerca de la formación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta la codificación del Derecho Civil», en *AHDE*, LXVII, II (1997), pp. 1.511-1.524.

Benito Gutiérrez[60] considera la servidumbre como algo natural y, por lo tanto, poco dependiente de las leyes porque en su conocido estudio *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*[61] afirma que va ligado, como deber, a un derecho y que proviene de manera natural del contacto entre propiedades, de modo que es la propia naturaleza, además de la voluntad y las leyes, la que determina la existencia de las servidumbres, de esta forma, Benito Gutiérrez apuesta por aligerar la parte que la servidumbre tiene de gravamen. Del análisis histórico que refleja en su libro, Gutiérrez estima que no hay un «conjunto armónico» de normas que formen una historia legal de servidumbres, aunque sí encuentra, por contra, «la idea de un gravamen cuyo influjo se sentía en la práctica», remitiéndose al Fuero Juzgo (IX, 3, 8) que reconoce la servidumbre natural de paso de un fundo y el derecho de tránsito por los caminos públicos; a algunas leyes de los títulos V y VI del libro IV del Fuero Viejo de Castilla y del Fuero Real, deteniéndose en Partidas, que es donde finalmente se regulan de manera general y completa, según el autor.

Examinando ya la institución de la servidumbre, Gutiérrez no es muy partidario de la definición que figura en el Proyecto de Código de 1851, tomada del Código francés, y defiende otras con más autoridad, como la de Cipolla: «derecho constituido en cosa ajena, inmueble, en virtud del cual el señor de ella se obliga a permitir o no hacer algo en beneficio de otro», a lo que añadiría, para despojar a la servidumbre del carácter de gravamen, que no hay preeminencia de una finca sobre otra. Admite dos grandes clasificaciones de servidumbres: reales y personales, y rústicas y urbanas e introduce un apartado sobre las servidumbres públicas, distinguiéndolas de las particulares, destacando que las públicas son o pueden ser activas y que son impuestas a pesar de modificar la propiedad y, finalmente, dedica una sección a las indicaciones acerca de la denuncia sobre obra nueva y vieja.

Sobre las servidumbres personales, es firme partidario de que el usufructo, el uso y la habitación sean consideradas servidumbres y achaca a un temor sin fundamento el excluirlas del título de servidumbres, como se hizo en el

---

[60] Discípulo de Cirilo Álvarez, nació en 1826 y murió en 1885, fue catedrático en Madrid de Ampliación de derecho civil español en 1857, sustituyendo a Juan Manuel Montalbán, el colaborador de Pedro Gómez de la Serna. Suprimida la cátedra, pasó a ocuparse del derecho civil. También ejerció como abogado. Además de la obra comentada, publicó en 1866 *Examen histórico del Derecho penal*. Fue miembro de la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Colaboró con la Comisión de Códigos, quien le encargó en 1884 examinar las observaciones de los corresponsales de provincias y revisar los tres primeros libros del Código Civil, vid. Rafael Gibert, *Gran Enciclopedia Rialp*, voz. «Gutiérrez, Benito», 1991, así como la reseña biográfica de Rafael de Ureña en *Jurisconsultos españoles*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1911, tomo I, pp. 243-251.

[61] Manejo la segunda edición, de 1868.

Proyecto de 1851, pensando que se pudiera volver a una situación de sometimiento feudal. Las servidumbres llamadas personales lo son porque, a juicio de Gutiérrez, reúnen las características de las servidumbres: se constituyen sobre bien inmueble ajeno, son derechos reales, no establecen ninguna obligación personal ni preeminencia de un fundo sobre otro.

Libro II

Capítulo IV. De las servidumbres

I. Reseña histórica

II. Definición de la servidumbres

III. División de la servidumbre

Artículo 1º. División en rústicas y urbanas

Artículo 2º. División en real y personal

IV. Caracteres de las servidumbres.

Artículo 1º. Caracteres esenciales

Artículo 2º. Caracteres accidentales de las servidumbres

V. De las servidumbres reales

Artículo 1º. Servidumbres urbanas

Artículo 2º. Servidumbres rústicas

VI. Cosas capaces de servidumbres

VII. Modos de constituirse las servidumbres

Artículo 1º. Origen de las mismas

Artículo 2º. Servidumbres que provienes de la voluntad de los particulares

Artículo 3º. Modos de adquirir las servidumbres por posesión

VIII. Modos de extinguirse las servidumbres

IX. Servidumbres legales

Artículo 1º. Naturaleza de las servidumbres públicas

Artículo 2º. Idea sucinta de algunas servidumbres públicas

X. Indicaciones acerca de la denuncia de obra nueva, etc.

XI. Servidumbres personales

Sección I. Del usufructo

Artículo 1º. Su definición

Artículo 2º. Modos de constituirse el usufructo

Artículo 3º. Obligaciones del usufructuario

Artículo 4º. Derechos del usufructuario

Artículo 5º. Extinción del usufructo

Sección II. Del uso

Artículo 1º. Naturaleza y efectos de este derecho

Sección III. De la habitación.

Artículo único. Naturaleza y efectos de la misma.

De menor altura científica, a mi juicio, es el texto de Sabino Herrero Olea[62] titulado *El código civil español, recopilación metódica de las disposiciones vigentes, anotadas con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*[63]. Para definir servidumbre y enumerar sus clases acude literalmente a Partidas y añade en nota a pie el principio de derecho asentado por la jurisprudencia en S.T.S. de 20 de diciembre de 1860 que establece que los bienes deben tenerse por libres, mientras no se justifique hallarse afectos a algún gravamen. Para el desarrollo de su obra, Herrero continúa acudiendo a Partidas salvo para las servidumbres de aguas, que acude a la ley específica vigente, la de 1866, de la que toma lo que se refiere al derecho civil. La sistemática que sigue puede calificarse de simple, pues une clases de servidumbres con maneras de instituirse, modos de extinguirse y características.

Libro IV. De la propiedad y sus modificaciones

Título V. Derechos en la propiedad ajena

Capítulo I. Servidumbre

Sección primera. Servidumbres reales

Sección segunda. Servidumbres personales

Sección tercera. De las labores

Sección cuarta. De las servidumbres en materia de aguas.

José Sánchez de Molina Blanco, abogado y gobernador civil, además de diputado, confiesa que se animó a escribir *El derecho civil español en forma de código* cuando, como diputado en la legislatura de 1867 a 1868, preguntó al Ministro porqué aún no había en España un código civil y, por la respuesta del responsable de Gracia y Justicia, dedujo que aún se tardaría en tenerlo de manera que quiso contribuir a dar a conocer el derecho civil vigente de manera cómoda y sencilla incluyéndolo en un volumen[64]. Para este autor, la servidumbre es

[62] 1831-1879, fue abogado de Valladolid, diputado en 1869, 1871 y 1873 y finalmente senador en 1872. Formó parte de la Administración ocupando los cargos de Director General de Estadística, Agricultura, Industria y Comercio, subsecretario del Ministerio de la Gobernación y ministro del Tribunal Mayor de Cuentas. Además de la obra comentada, escribió *Recopilación del derecho foral vigente en Aragón, Cataluña, Mallorca, Navarra y Vizcaya*.

[63] Valladolid, Imprenta y Librería Nacional y Extranjera de los Hijos de Rodríguez, 1872.

[64] Prólogo a la primera edición (1871), manejo la segunda, de 1873, editada en Madrid en la Imprenta de Manuel Minuesa.

el derecho establecido en heredad ajena a favor de una persona o de otra finca o heredad, así, considera el usufructo, el uso y la habitación como servidumbres personales, siguiendo el derecho vigente en el momento y la regulación de todas las clases la indica por leyes vigentes y jurisprudencia.

Libro 2º. DE LAS COSAS O BIENES.

Título II. De la división de las cosas.

Capítulo Primero. De las servidumbres en general.

Capítulo II. De las servidumbres reales

Sección primera. De las servidumbres impuestas por la Ley en materia de aguas.

§ 1º. De las servidumbres naturales

§ 2º. De las servidumbre de acueducto

§ 3º. De la servidumbre de estribo de presa y de parada o partidor

§ 4º. De la servidumbre de abrevadero y de saca de agua

§ 5º. De la servidumbre de camino de sirga y demás inherentes a los predios ribereños.

Sección II. De las servidumbres voluntarias.

Sección III. De las servidumbres rústicas.

Sección IV. De las servidumbres urbanas.

Sección V. De los modos de constituirse las servidumbres

Reglas comunes a las servidumbres reales

Capítulo III. De las servidumbres personales

Sección primera. Usufructo.

§ 1º. Inventario

§ 2º. Fianza

§ 3º. Obligaciones del usufructuario respecto de las cosas

§ 4º. Restitución de bienes

Sección 2ª. De la servidumbre de uso

Sección 3ª. De la servidumbre de habitación.

Título III. de las labores u obras nuevas.

El catedrático de Madrid y Sevilla Clemente Fernández y Fernández Elías (1828-1897)[65] define la servidumbre como «efecto del pleno derecho que

[65] Obra con evidente carácter pedagógico, lleva por título *Novísimo tratado histórico filosófico del derecho civil español*, manejo la segunda edición de 1880 publicada en Madrid por Libre-

sobre las cosas nos asiste, o de que el dominio está a veces regulado por la ley positiva, es que las cosas sufran un gravamen impuesto por la voluntad del propietario o por la ley; la servidumbre, pues, será una limitación al dominio, que podrá arrancar tras sí alguna o algunas de sus condiciones esenciales, pero no una especie distinta de dominio». Distingue los derechos reales limitativos de dominio (servidumbres, prenda o hipoteca, censos y arrendamiento), que desmiembran el dominio, dando a su titular un poder similar al dueño y los similares —el derecho hereditario y la posesión—, que «vendrán a convertirse más tarde en verdadero dominio para aquel que los disfruta». A la hora de abordar sistemáticamente las servidumbres, ofrece la definición que las considera en su máxima extensión de modo que incluya también las servidumbres personales, así, servidumbre es un *derecho real constituido en heredad ajena, por el que su señor está obligado a sufrir o no hacer alguna cosa*, porque aunque las servidumbres vienen siendo definidas como relación entre dos predios, acepta el usufructo, el uso y la habitación como servidumbres, no por seguir la tradición romana, sino «sino porque consideramos aquí las servidumbres como un derecho limitativo del dominio, y porque creemos que es indiferente que la limitación esté concedida de cosa a cosa, o de cosa a persona, siempre que obre sobre la cosa en cuestión». Se sustenta en la sentencia del Supremo de 15 de marzo de 1860 que «pudiera, a primera vista, creerse que sancionaba la doctrina contraria a la que sustentamos, toda vez que se dice que no puede existir servidumbre en un solo predio propio de una persona sola; pero si bien se examina esta sentencia, corrobora nuestro aserto en tanto en cuanto en las servidumbres personales, si bien hay un sólo predio, éste tiene dividido el derecho de propiedad entre dos o más personas, o lo que es lo mismo, no es la propiedad plena de un solo dueño», de manera que en la servidumbre hay que considerar un doble derecho: el de propiedad absoluta y el limitativo del mismo y así, según este autor, que no tiene en cuenta los requisitos de la institución sino sus efectos, «traducido, pues, el hecho de la *servidumbre* al *Derecho,* poco importa que haya uno o dos predios, con tal que exista una disgregación en el Derecho absoluto de propiedad o en la plena *in re potestas,* es decir, que no se necesita la existencia de dos predios, que lo que es necesario es la existencia de dos derechos cuyo ejercicio puede recaer sobre uno ó sobre dos predios. Y tanto es esto así, que ni aun aceptaríamos la división romana de servidumbres personales y reales, si no fuera teniendo pre-

---

ría Leocadio López. La primera data de 1873-1874. Vid. José CALVO GONZÁLEZ, «Clemente Fernández y Fernández Elías: pensamiento jurídico y aportación a la enseñanza del Derecho», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, extra nº 5 (1982), pp. 213-225.

sente que el hacerlo evitará confusiones graves a los que a la ciencia del Derecho se dedican, toda vez que esta clasificación viene haciéndose por la generalidad de los autores». Partiendo de estas premisas, divide las servidumbres en reales y personales, en éstas, «el beneficio es meramente personal y adherido por completo a la personalidad dominante, o lo que es lo mismo, a la que goza y disfruta del derecho; en aquéllas, puede decirse que el beneficio es de finca a finca, sin consideración a una persona determinada, por lo cual seguirá a las fincas y no a las personas». Ubica sistemáticamente las servidumbres dentro de una lección dedicada a las instituciones de derecho civil, concretamente *De las cosas. Derechos reales* y se incluye lo siguiente:

> Manifestaciones de la propiedad como derecho real. Dominio. Su definición, teoría romana, elementos que la componen. Examen de ella y de las opiniones de los tratadistas modernos. Limitación al dominio. Divisiones de éste que surgen de ella. Dominio directo. Útil. Otras divisiones del dominio: son más bien que limitaciones, derechos similares. Derecho hereditario. Servidumbre. Prenda e hipoteca. Censo. Arrendamiento. Posesión.

Curiosamente, años antes de escribir esta obra, en 1866, vio la luz su *Programa y manual de las lecciones de Derecho Natural*[66], que consta de dos tomos y en el segundo, subtitulado *Aplicación del derecho absoluto al derecho positivo*, nada dice de esta identificación del usufructo, uso y habitación con las servidumbres, antes al contrario, por su tratamiento, parece querer dar a entender que una cosa es el usufructo y otra son las servidumbres. Al hablar de la propiedad, afirma que las limitaciones a la misma son necesarias y que unas veces provienen de la voluntad y otras de la ley y así, se dispone a enumerar algunas limitaciones impuestas por la voluntad, que se convierten en derechos reales: usufructo, uso, servidumbre y enfiteusis.

Distinta consideración tiene José Antonio Elías en su *Derecho civil general y foral de España*[67], pues cuenta que las servidumbres no son más que las reales y las define como carga u obligación impuesta sobre un predio para el uso y utilidad de otro, aunque admite la doble condición de derecho y obligación inherentes al fundo dominante y al sirviente respectivamente. No explicita mucho más sobre el porqué de sus sistemática.

---

[66] También editado en Madrid por Librería Leocadio López.

[67] Su primera edición es del año 1873 y la segunda, la que manejo, corresponde al año 1884 y está editada por Victoriano Suárez y Gaspar, Editor, en Madrid y por Juan Llordachs en Barcelona.

Libro 2º. De los derechos que las personas pueden tener sobre las cosas. Parte segunda.

Título cuarto. Del usufructo

Capítulo I. Disposiciones preliminares.

Capítulo II. Del usufructuario

Capítulo III. Obligaciones del usufructuario

Capítulo IV. De los modos cómo se extingue el usufructo

Título quinto. Del uso y habitación

Título sexto. De las servidumbres

Capítulo I. Naturaleza y diferentes especies de servidumbres

Sección 1ª. De las servidumbres urbanas

Sección 1ª. De las servidumbres rústicas

Capítulo II. De los modos cómo se constituyen las servidumbres

Capítulo III. Derechos del dueño del predio dominante

Capítulo IV. De las causas por las cuales se extinguen las servidumbres

Capítulo IV. Disposiciones especiales con respecto a Aragón, Cataluña y Navarra

En la misma línea, y con argumentos más explícitos, se sitúa en la obra del profesor de Salamanca, Modesto Falcón, *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral*[68], para quien el usufructo, el uso y la habitación no son servidumbres sino, en el caso del usufructo, el derecho más importante que se desprende de la propiedad, arrebatándole una de sus facultades más importantes, la de gozar de la cosa. La definición de servidumbre hace necesaria la intervención de dos predios, que no es el caso de los tres derechos aludidos, y por ello, a pesar de que las leyes romanas y las propias Partidas, en su tradición romanista, consideren el usufructo, el uso y la habitación como servidumbres personales, estima contradictorias las leyes de Justiniano y las Partidas, pues incluyen la definición de servidumbre como relación entre predios. Para Falcón, el usufructo lleva consigo facultades dominicales, por lo que el usufructo es un derecho real distinto a la servidumbre y de esta manera lo asumen los códigos modernos, empezando por el francés, así como los proyectos de código españoles.

Por lo que se refiere a la definición de servidumbre, entiende que debe ser considerada más como gravamen que como derecho, a pesar de que su existen-

[68] Editada en Salamanca en el establecimiento tipográfico de Vicente Oliva en 1878 y la segunda edición en la imprenta de Francisco Núñez Izquierdo en 1882.

cia hace, en ocasiones, viable la misma propiedad, porque es, en definitiva, una limitación al derecho de propiedad que «arranca al dominio facultades propias del mismo o impide su ejercicio». Vuelve a abordar la clasificación entre servidumbres personales y reales, cuando habla de las distintas clases de servidumbres y afirma que distinguir entre una clase y otra «es contraproducente», volviendo a afirmarse en que o hay más que servidumbres reales y que las leyes romanas trataron separadamente unas y otras: el libro séptimo del Digesto está dedicado al usufructo, uso y habitación y el octavo completamente a las llamadas servidumbres prediales. Posteriormente, explica nuestro autor, las Partidas, siguiendo las doctrinas escolásticas, incluyó en un solo título las servidumbres reales y las llamadas prediales. Posteriormente, los códigos decimonónicos volverán a tratar el usufructo, el uso y la habitación como derechos reales no considerados como servidumbres, y aquí, en la segunda edición del libro, Falcón introduce una nota para señalar que precisamente, el Proyecto de código de 1882 admite las servidumbres personales aunque no incluye entre ellas los ya citados derechos reales. Aparte de la cuestión metodológica, Falcón vuelve a insistir en la distinción trayendo argumentos que se refieren a la naturaleza misma de la servidumbre, que supone la existencia de dos predios de los cuales uno sirve a otro, y en la naturaleza, por contra, del usufructo, del uso y de la habitación no existe tal exigencia pues la cosa ajena en la que se ejercen los derechos no tiene porqué ser una finca, urbana o rústica, amén de que el beneficio es para la persona y no para el fundo, característica que acerca a estos tres derechos a los reales como el censo, hipoteca, el arrendamiento, o el derecho de retracto, por ejemplo.

Libro Segundo. De los bienes, de las propiedad y de los derechos reales

Capítulo IV. Del usufructo

Capítulo V. Del uso

Capítulo VI. De la habitación

Capítulo VII. De la servidumbre

Sección 1ª. De las servidumbres en general

Sección 2ª. De las servidumbres rústicas

Sección 3ª. De las servidumbres urbanas

Sección 4ª. De las servidumbres por las leyes forales

En el *Código Civil de España* de Mario Navarro Amandi[69] se siguen recogiendo las servidumbres clasificadas en personales y reales y a todas las

[69] Que lleva por subtítulo *Compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras leyes civiles vigentes con exposición de sus orígenes. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid,

define como «el derecho que el hombre tiene en heredad o edificio ajenos, para servirse de ellos en beneficio propio o en el de su propiedad» y, aunque se cuestiona la existencia de las personales, se responde con el argumento de que a pesar de que el Código francés no admite el nombre de servidumbres personales, el autor las admite por ser recogidas por las Partidas, porque además, entiende que las servidumbres no han sufrido cambios desde que nacieron y los principios en que se fundan son los asentados por el derecho romano aunque advierte que no se puede trasladar una institución desde aquellos tiempos a éstos. Hasta las Partidas poco dijeron las leyes castellanas acerca de las servidumbres, y la definición que hace Partidas no satisface a los autores, que prefieren la del Código francés, pero a Navarro le basta con la que ya apuntó para dar a conocer el verdadero carácter de las servidumbres.

LIBRO SEGUNDO. DE LA DIVISIÓN DE LOS BIENES Y DE LA PROPIEDAD

Título V. De las servidumbres

Disposición preliminar. *De* las servidumbres en general

Capítulo 1. De las servidumbres personales

Sección primera. Del usufructo en general

Sección segunda. De los derechos del usufructuario

Sección tercera. De las obligaciones del usufructuario.

Sección cuarta. De los modos de extinguirse el usufructo

Sección quinta. Del uso *y* de la habitación

Capítulo II. De las servidumbres reales.

Sección primera. De las servidumbres reales en general

Capítulo III. De las servidumbres voluntarias

Sección primera. Cómo se adquieren las servidumbres

Sección segunda. De las servidumbres urbanas

Sección tercera. De las servidumbres rústicas

Sección cuarta. Cómo se extinguen las servidumbres

1880. Este jurista falleció en 1895 relativamente joven. Fue profesor de la Universidad Central y académico de la Matritense de Jurisprudencia y Legislación, además de abogado. Escribió también *Cuestionario del Código civil reformado en virtud de la Ley de 26 de Mayo de 1889*, 1889, *Repertorio de jurisprudencia hipotecaria española, Estudios sobre procedimiento electoral*, 1885, *Ley de enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881 ampliada, anotada, concordada y precedida de una breve reseña de las principales acciones civiles,* 1881, *Reglamento general para la ejecución de las Leyes Civiles españolas :compilación metódica de reglamentos, leyes adjetivas, reales decretos, circulares, instrucciones y demás disposiciones de carácter civil, y las administrativas,* 1881.

Capítulo IV. De las servidumbres legales.

Sección primera. De las servidumbres en materia de aguas

§ I. Servidumbres naturales

§ II. De la servidumbre de acueducto

§ III. De la servidumbre de estribo, de presa, y de parada ó partidor

§ IV. De la servidumbre de abrevadero *y* de saca de agua

§ V. De la servidumbre de camino de sirga *y* demás inherentes a los predios ribereños

Sección segunda. De otras limitaciones de dominio

Tampoco cuestiona su existencia Emilio Bravo[70], a pesar de seguir, según indica en la Introducción, la obra de Alonso Martínez *El código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, escrita en 1884, donde sólo se contemplan como servidumbres las llamadas reales. Bravo entiende la servidumbre como una modificación de la propiedad que consiste en la prestación de algún servicio y pueden ser reales y personales. Las primeras las define como «el derecho que uno tiene en los edificios o heredades ajenas para servirse de ellas en beneficio de las suyas» y las personales las entiende como «el derecho que uno tiene constituido en cosa ajena para aprovecharse en todo o en parte de ella, o de sus frutos». Su clasificación más importante estriba en la distinción entre legales y voluntarias.

LIBRO SEGUNDO. De la división de los bienes y de la propiedad

De la propiedad

De la comunión de bienes

De la comunidad en general

Del dominio de las aguas y de su aprovechamiento

De los aprovechamientos especiales de las aguas públicas

De los minerales

De la propiedad intelectual

De la propiedad industrial

De la posesión y sus especies

De la adquisición de la posesión

De las modificaciones el derecho de propiedad

[70] Emilio Bravo (1827-1893) fue presidente de la Sala segunda del Tribunal Supremo. *Compilación del derecho civil vigente en España*, Madrid, Establecimiento Tipográfico de P. Núñez, 1885.

De las servidumbres personales en general

Del usufructo

Del uso

De la servidumbre de habitación

De las servidumbres reales

De los modos de adquirir las servidumbres

Derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente

De los modos de extinción de las servidumbres

De las servidumbres legales. Disposiciones generales

De la servidumbre en materia de aguas

De las servidumbres de salvamento y de vigilancia litoral

De las servidumbres rústicas

De las servidumbres urbanas

Llegamos a este punto habiendo hecho un recorrido por las obras anteriores al Código, pues avanzar en el tiempo no es ya objeto de este trabajo, aunque cupiera hablar aquí de tres grandes comentaristas estrictamente contemporáneos al Código, como Sánchez Román[71], Manresa y Mucius Scaevola, si bien el primero de ellos escribió sus *Estudios de ampliación del derecho civil y códigos españoles* en 1879, publicando una segunda edición *Estudios de derecho civil*, 1899, en la que ya incluye el comentario al Código. Este autor no es partidario de que el usufructo no sea considerado una servidumbre, porque reúne las dos notas que requiere la esencia de la servidumbre: que el gravamen recaiga sobre la cosa, siendo la cosa la que sirve, y, en segundo lugar, que el beneficiario sea un tercero. No comparte, por otro lado, la definición y clasificación de servidumbres que hace el Código, como sí lo hacen, o son menos combativos al menos, Manresa y Mucius Scaevola[72].

[71] Felipe Sánchez Román (1850-1916) fue discípulo de Domingo Morató en Valladolid y posteriormente ocupó la cátedra de Derecho civil en Granada y en la Universidad Central. Fue senador electo y vitalicio y Consejero de Instrucción Pública, subsecretario de Gracia y Justicia, fiscal del Tribunal Supremo y Ministro de Estado en 1905.

[72] José Mª MANRESA NAVARRO, *Comentarios al Código civil*, Madrid, Imprenta de la Revisa de Legislación, 1896, tomo IV, pp. 531 y ss. Quintus MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial*, Madrid, Imprenta de Ricardo Rojas, tomo X, pp. 73 y ss.

II. 4. Las servidumbres y el Estado

Se ha señalado al principio de estas páginas que una de las circunstancias que acompañan a las servidumbres en el siglo XIX es la construcción del Estado liberal, de un Estado administrativo y que éste, adquiriendo la condición de propietario individual, conforme al esquema basado en la propiedad con el que se construyó el Estado liberal, se consagra en un papel de persona jurídica capaz de detentar derechos y obligaciones oponibles frente a terceros[73]. El nacimiento del derecho administrativo, consecuencia de esta nueva organización política, trajo consigo nuevas categorías jurídicas en algunos casos o la importación de otras pertenecientes a otras ramas del derecho. Así, se comienza a hablar de las servidumbres públicas o administrativas cuyo contenido se va modelando desde una y otra perspectiva[74], surgiendo unas instituciones propias del derecho administrativo que parecen asentarse con más rapidez y más vigor que las categorías del derecho privado considerando así mismo que la legislación liberal que va avanzando sobre propiedades especiales, por ejemplo, hace que lo que ha de regular el Código civil quede también en una situación de quietud.

Como en este volumen hay voces más autorizadas que la mía para explicar el significado y contenido de las servidumbres públicas, sólo me limitaré a dar cuenta de su existencia a través de meros ejemplos doctrinales, pues entiendo que no puedo dejar de hablar de servidumbres públicas cuando afronto el tema de las servidumbres en el siglo XIX, esto es, en el siglo en que se está fraguando el sistema jurídico liberal. Por ello me limitaré a Manuel Colmeiro y al afamado *Diccionario* de Marcelino Martínez Alcubilla para dar cuenta de la existencia de este tipo de servidumbres.

Quizá sea Colmeiro el que comienza a asentar estas categorías en su *Derecho administrativo español* y a las servidumbres, denominadas como públicas, las incluye sistemáticamente como derecho de la Administración. Define las servidumbres públicas como las privadas, siendo para él un límite al dominio, pero con la diferencia de que en vez de entre dos fundos privados, la relación se establece entre un fundo particular y «una propiedad del estado, provincia o pueblo con un fin de utilidad común» y, añade, «Las ser-

---

[73] Clara ÁLVAREZ ALONSO, «La legitimación del sistema. Legisladores, jueces y juristas en España (1810-1870 c.a.) (I)», *Historia Constitucional*, 4 (2003) http://hc.rediris.es; «La legitimación del sistema. legisladores, jueces y juristas en España (1810-1870 c.a.) (II)», *Historia Constitucional*, 5 (2004) http://hc.rediris.es.

[74] Vid. la denuncia a la carga histórica que «sufren» las servidumbres administrativas en Juan Antonio CARRILLO DONAIRE, *Las servidumbres administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 27 y ss.

vidumbres de utilidad pública son una modificación positiva de la propiedad, y así existen con absoluta independencia de la voluntad de los dueños, no necesitan su consentimiento, porque es la ley quien las impone, tienen una existencia indefinida y recaen siempre sobre bienes inmuebles. Unas veces consisten en abstenerse, otras en permitir y también pudieran consistir en hacer, como plantar árboles á la orilla de un río de corriente impetuosa ó en terreno pendiente sobre un camino».

Una vez definidas, establece su clasificación, pues las servidumbres públicas pueden ser temporales o perpetuas y estas últimas equivalen a una expropiación parcial, pudiéndose imponer sólo con los trámites señalados por la ley de expropiación. Sin embargo, las temporales, son servidumbres que pueden establecer por la pública utilidad y no cabe, por consiguiente, indemnización. Enumera los motivos por los que pueden establecerse las servidumbres perpetuas, como son la prohibición de edificar cerca de puntos fortificados, la construcción de aceras, limitaciones a las propiedades contiguas a los caminos y a los montes, en defensa de la ganadería[75], para el fomento de las minas y las que afectan al uso y aprovechamiento de las aguas, que dan origen a las servidumbres naturales y a las legales, que se imponen por voluntad de la ley en beneficio público, definido en este caso por Colmeiro como «el beneficio público o la utilidad común significa la seguridad de las personas y de la propiedad, o un interés colectivo, como el abastecimiento de los caseríos y poblaciones, el abrevadero, el riego o la navegación».

Por otro lado, las servidumbres temporales son la ocupación pasajera de terrenos, las excavaciones, extracción, acarreo y depósito de materiales y otras cargas análogas a que están sujetas las heredades contiguas a las obras públicas. Estas servidumbres, sólo acarrean una indemnización anterior o posterior, a diferencia de lo que ocurre con la servidumbre perpetua y con la expropiación, que siempre es previa, cuando ha habido daños. Aunque no siempre cabe la indemnización:

> «Sin embargo no siempre hay lugar al resarcimiento de daños y perjuicios, porque si la servidumbre estriba en una necesidad física derivada de la situación natural de los lugares, no existe semejante derecho: existe una obligación legal. Los fundos inferiores, por ejemplo, están obligados a recibir las aguas pluviales y corrientes de los superiores, de modo que el gravamen de dar libre curso a las aguas sobrantes de los caminos, cuando éstos son el predio superior, no es motivo para indemnizar al propietario. Mas si la cons-

[75] Me remito a las páginas anteriores en las que la pugna entre ganadería y agricultura, una vez, desaparecida la Mesta, hizo establecer una serie de condicionantes para la subsistencia del ganado.

trucción de un camino u otra obra pública fuere causa de interceptar el paso de las aguas, o si para conservar aquéllas conviniese variar su curso espontáneo o introducir cualquiera modificación en el fundo, el resarcimiento sería de justicia. A los tribunales ordinarios compete resolver entre partes si el cambio verificado por la administración perjudica a tercero, y decidir cuánto disminuye el valor de su propiedad, pues como estas son cuestiones del orden civil, se dirimen conforme al derecho común.

Tampoco tiene cabida la indemnización al constituir una servidumbre legal, como la prohibición de edificar fuera de tal línea en los pueblos o en las márgenes de los caminos o a las inmediaciones de los montes del estado, la de establecer ciertas fábricas y talleres dentro de igual radio *y* otras. Son justos limites que la ley señala a la propiedad y condiciones de su goce que el interés público impone al derecho particular»

A diferencia del derecho civil, que cuenta con una sistemática de larga tradición, como es sabido, el derecho administrativo se forma con pensamiento y legislación casi al unísono, por lo que encontramos en el texto de Colmeiro numerosas citas normativas, que aquí sería gravoso enumerar.

LIBRO CUARTO

DE LA MATERIA ADMINISTRATIVA

TÍTULO III. *De los deberes de la administración en cuanto* a *las cosas*.

Capítulo I. De las cosas en general

Sección primera. Del dominio de la Corona.

Capítulo II. Del Patrimonio Real.

Sección segunda. Del dominio público.

Capítulo III. De los bienes públicos

Capítulo IV. Del mar y sus playas.

Capítulo V. De las aguas terrestres

Capítulo VI. De los caminos ordinarios.

Capítulo VII. De las obras públicas.

Capítulo VIII. De los caminos de hierro.

Capítulo IX. De los puertos

Capítulo X. De los contratos de servicios y obras públicas

Sección tercera. Del dominio del Estado.

Capítulo XI. De los bienes del estado

Capítulo XII. De los baldíos

Capítulo XIII. De los montes

Capítulo XIV. De las minas

Capítulo XV. De los bienes nacionales
Capítulo XVI. De los bienes mostrencos
Sección cuarta. Del dominio colectivo.
Capítulo XVII. De los bienes de corporación
Sección quinta. Del dominio privado.
Capítulo XVIII. De los bienes particulares
Capítulo XIX. De la caza y pesca
Capítulo XX. De la propiedad literaria
Capítulo XXI. De la agricultura
Capítulo XXII. De la ganadería
Capítulo XXIII. De la policía rural
Capítulo XXIV. De la industria
Capítulo XXV. De la propiedad industrial
Capítulo XXVI. Del comercio
Capítulo XXVII. De la asociación industrial y mercantil
Capítulo XXVIII. De las bolsas, de comercio
Capítulo XXIX. De las ferias y mercados
Capítulo XXX. De los pesos y medidas
Capítulo XXXI. De la moneda
TÍTULO IV. *De los derechos de la administración con* respecto de *las cosas*.
Capítulo I. De las contribuciones
Capítulo II. De la administración de la Hacienda pública
Capítulo III. De la contabilidad
Capítulo IV. De las servidumbres públicas
Capítulo V. De la expropiación

Lo mismo sucede con Alcubilla, por ejemplo, quien en su *Diccionario de la Administración española*, incluye la voz «servidumbres públicas», donde las define como las servidumbres que consisten en limitar el dominio privado en beneficio del interés público y a continuación enumera cuáles son éstas: las que tienen las fincas contiguas a caminos y carreteras, las situadas a 1.500 varas de demarcaciones militares, las contiguas a obras públicas, las que, según las ordenanzas de montes tienen las fincas lindantes con las públicas para no poder construir chozas, barracas, etc., o, finalmente, las que contempla la ley de aguas. También aborda el asunto nada fácil de competencias, tanto de orden como jurisdiccionales y así, afirma que «las facultades de la Administración en materia de servidumbres públicas no se extienden mas allá de la conservación del estado posesorio, pudiendo reivindicar por sí las

usurpaciones recientes fáciles de comprobar, pero sin que en ningún caso alcancen a imponer nuevas servidumbres ni a alterar a su arbitrio la dirección y curso de ellas».

Termino aquí mi exposición sobre el tratamiento que recibieron las servidumbres en estos tiempos en que no tenían código donde ubicarse y en unos tiempos en que la evolución jurídica —o revolución jurídica, mejor dicho— impuso situaciones nuevas, sobre todo en el ámbito público, que requerían rápida respuesta por parte del legislador y la doctrina debiendo recurrir a las figuras del derecho privado que, insisto y recuerdo, no estaban contenidos en el código, esto es, en la forma de ley propia del estado liberal.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MEDIANERÍA EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LOS DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS[1]

Andrés Domínguez Luelmo
Universidad de Valladolid

[1] El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación «El nuevo Derecho Inmobiliario Registral: Hipoteca, Mercado Hipotecario y Derecho civil», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2009-12093/JURI).

Los gráficos que se incluyen en este trabajo son obra de Cruz García Velasco, Abogada especialista, entre otras cuestiones, en materia de servidumbres. En ellos se reflejan las enseñanzas prácticas que sobre la medianería recibí en Corrales del Vino (Zamora) de mi padre, Augusto Domínguez Aguado, Magistrado, y de un Maestro entrañable en el arte de la Albañilería, Manolo Giralde. En la parte dedicada al Derecho Romano aprendí de las inestimables indicaciones de Francisco Javier Andrés Santos, Catedrático de Derecho Romano. A todos ellos mi agradecimiento.

A la memoria de mi padre, que se nos fue inesperadamente al día siguiente de terminar este VI Encuentro Interdisciplinar

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL: EL CÓDIGO CIVIL Y LOS DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS. 1. El Derecho Romano y el Código civil. 2. Los Derechos civiles de las Comunidades Autónomas. 2.1. Derecho civil de Aragón. 2.2. Derecho civil de Navarra. 2.3. Derecho civil de Galicia. 2.4. Derecho civil de Cataluña.—II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIANERÍA.—III. PROBLEMÁTICA DE LA MEDIANERÍA COMO SERVIDUMBRE FORZOSA.—IV. FUENTES POR LAS QUE SE RIGE LA MEDIANERÍA.—V. FORMAS DE CONSTITUCIÓN DE LA MEDIANERÍA. 1. Título o negocio jurídico. 2. Adquisición por usucapión. 3. Adquisición por signo aparente.—VI. PRESUNCIONES FAVORABLES A LA MEDIANERÍA.—VII. SIGNOS EXTERIORES CONTRARIOS A LA MEDIANERÍA. 1. Régimen del Código civil. 2. Signos contrarios a la medianería en el Derecho Civil catalán. 3. Signos contrarios a la medianería en el Derecho Civil de Galicia.—VIII. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MEDIANERÍA. 1. Características y requisitos de la pared y del suelo medianero. 2. Indivisibilidad. 3. Reparaciones y mantenimiento. 4. Uso de la medianería. 5. Modificaciones en la medianería. 6. Renuncia a la medianería y derribo de pared medianera. 6.1. La renuncia liberatoria. 6.2. La renuncia extintiva. 6.3. Derribo de pared medianera sin renuncia.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL: EL CÓDIGO CIVIL Y LOS DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS

1. El Derecho Romano y el Código civil

Suele afirmarse que la medianería apenas fue conocida por el Derecho Romano, lo cual no es del todo correcto. No hay apena referencias a lo que en la actualidad son las vallas o setos medianeros que separan fincas rústicas,

pero sí que existen textos en los que de una u otra manera se contemplan y resuelven los problemas que planteaban las paredes que separaban las construcciones y predios urbanos, tratándose siempre dentro de las servidumbres[2]. Resulta difícil imaginar que no se plantearan abundantes problemas en barrios tan poblados en la antigua Roma como el *Subura*, el *Argilentum* y el *Velabrum*.

Es habitual la cita de las Doce Tablas, donde se establecía que entre casa y casa había de mediar una distancia de dos pies y medio, que recibía el nombre de *ambitus*[3], lo que obligaba a dejar un espacio entre construcciones, que rodeaba el muro y que seguramente obedecía a razones higiénicas y la prevención de una temida propagación de incendios[4]. La situación del *ambitus* fue objeto de modificación por disposiciones posteriores, especialmente en lo que se refiere a la distancia que debía dejarse entre las edificaciones. La principal de estas modificaciones es la Constitución de Zenón *De aedificiis privatis*, que fija el *ambitus* de las casas en doce pies, medidos desde los cimientos hasta el remate en altura del edificio[5]. Si se guardaban estas distancias se permitía libremente abrir luces y vistas[6]. El régimen contenido en esta Constitución, promulgada para la ciudad de Constantinopla, fue refren-

---

[2] Cfr. BIONDI, B, *Le servitù prediali nel Diritto Romano*, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 200 y ss.; LONGO, G., *Corso di Diritto Romano*, *I Diritti Reali*, Cedam, Padova, 1962, pp. 267 y ss. y 287 y ss.; GROSSO, G., *Le servitù prediali nel Diritto Romano*, Giappichelli, Torino, 1969, pp. pp. 132 y ss., 167 y ss. y 182 y ss.; BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano, III, Diritti Reali*, Giuffrè Milano, 1972, pp. 19 y 22., 45 y ss., y 59 y ss.; PLESCIA, J., «The development of the exercise of the ownership right in Roman Law», en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, LXXXVIII, 1985, pp. 181 y ss.

[3] Cfr. Doce Tablas 7,1: «(Varro, *de ling. lat.* 5.22): (...) XII Tabularum interpretes ambitum parietis circuitum esse describunt. Fest. (P. 5): Ambitus... dicitur circuitus aedificiorum patens... pedes duos et semissem...».

[4] Cfr. PLESCIA, «The development...», cit., pp. 187 y ss; PALMA, A., *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in Diritto Romano dell'età classica*, Giappichelli, Torino, 1988, pp. 199 y ss.

[5] Cfr. C. 8, 10, 12. En § 2 se establece: «Quum vero nostra constitutio dicat, eum, qui aedificaturus est, inter suam et vicini domum duodecim pedum spatium relinquere debere, et "plus minusve" addat, quod quidem maximam securitatem praestat (ambiguum enim non est idoneum ad tollendam dubietatem), *perspicue iubemus, inter utramque domum intermedios esse duodecim pedes, qui incipiant ab aedificio fundamentis imposito et ad culmen altitudinis conserventur*».

[6] Cfr. ampliamente, CAPOCCI, V., «Nota per la storia del testo della costituzione περί καινοτομιων dell'imperatore Zenone», *SDHI* núm. 7/1 (1941), pp. 155 y ss.; VAN DER WAL, N., «La constitution de Zénon περί καινοτομιων et sa place dans le Code de Justinien», en VON CAEMMERER, E., KAISER, J. H., Kegel, G., MÜLLER-FREIENFELS, M., WOLFF, H. J. (Eds.), Xenion: Festschrift für Pan. J. Zepos, 1, Athens-Freiburg-Köln, 1973, pp. 725 y ss. Entre nosotros, un estudio exhaustivo sobre esta fuente ha sido realizado por MALAVÉ OSUNA, B., *Legislación urbanística en la Roma imperial. A propósito de una Constitución de Zenón*, Universidad de Málaga, Servicio de Publicaciones, Málaga, 2000, pássim; y ROGEL VIDE, C., *Limitaciones de luces y vistas en el Código civil español*, Reus, Madrid, 2006, pp. 20 y ss.

dado por Justiniano en otra Constitución en que se declara aplicable a todas las ciudades del Imperio[7].

Sin embargo, el desarrollo urbano de las ciudades y las necesidades de aprovechar al máximo los espacios hicieron que comenzara a prescindirse del *ambitus* y a difundirse el *paries communis*, lo que se manifiesta a partir del siglo II a C. de una manera especial. Aunque el *ambitus* fue en un principio la regla general, paulatinamente la excepción del *paries communis* se fue haciendo cada vez más frecuente, hasta hacer desaparecer en muchos casos el *ambitus*[8]. En este contexto se regulan las servidumbres *oneris ferendi*, destinada a apoyar el propio edificio sobre un muro o columna del fundo vecino, y *tigni immitendi*, consistente en el derecho de apoyar vigas y materiales en el muro del fundo sirviente[9].

En el Digesto aparecen varios pasajes que de una u otra manera se refieren a la medianería. Así en D. 8, 2, 8 se recoge un texto de Gayo, conforme al cual ningún vecino tiene derecho a demoler y reedificar la pared que, por razón natural es común, porque no es su único dueño[10]. Aparte de las referencias que aparecen a las servidumbres *oneris ferendi* y *tigni immitendi*[11], resulta particularmente relevante el texto de Javoleno recogido en D. 33, 3, 4, conforme al cual si quien tiene dos casas, existiendo pared medianera que separa ambas casas, lega una a un titular y la otra a otro, dicha pared se considera común, de manera que ninguno de los dos puede actuar contra el otro en el sentido de que no tenga derecho a apoyar las vigas[12].

---

[7] Se contiene, a continuación de la del Emperador Zenón, en C. 8,10,13.

[8] Cfr. PALMA, *Iura vicinitatis*..., cit. pp. 200 y ss., y ampliamente BRUGI, B., «L'ambitus e il paries communis nella storia e nel sistema del Diritto romano», *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 3, 1887, pp. 161 y ss, y 363 y ss.; PERSEGANI, P., *Tratado de la medianería urbana*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pp. 3 y ss.; GAUDEMET, J. *Etúde sur le régime juridique de l'indivision en Droit Romain*, Paris, 1934, pássim; y ampliamente, RAINER, J. M., «Der Paries communis im klassischen römischen Recht», en *ZSS (Rom Abt) , Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgechichte (Romanistische Abteilung)*, 105, 1988, pp. 488 y ss.

[9] Cfr. BIONDI, , *Le servitù*..., cit., pp. 116 y ss.; BONFANTE, *Corso*..., cit., III, pp. 57 y ss.; BASILE, R., «In tema di *servitus oneris ferendi*», *Labeo: Rassegna di Diritto Romano*, núm. 1, 2001, pp. 63 y ss.

[10] Cfr. *Gaius D. 8, 2, 8*: «Parietem, qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi eum et reficiendi ius non est, quia non solus dominus est». Aspectos particulares sobre el *paries communis* se recogen igualmente en *Proculus D, 8, 2, 13* y en *Paulus D. 8, 2, 19*.

[11] Especialmente las contenidas en *Paulus D. 8, 2, 33* y *Paulus D. 8, 2, 20*.

[12] Cfr. *Iavolenus D. 33, 3, 4:* «Si is qui duas aedeshabeat unas mihi, alteras tibi legavit et medius paries, qui utrasque aedes distinguat, intervenit, eo iure eum communem nobis esse existimo, quo, si paries tantum duobus nobis communiter esset legatus, ideoque neque me neque te agere posse ius non esse alteri ita immissas habere:nsm quod communiter socius habet, et in iure eum habere constitit...». Cfr. las consideraciones de PALMA, *Iura vicinitatis*..., cit. pp. 204 y ss.; GROSSO, *Le servitù prediali*..., cit., pp. 220 y ss.; y BRUGI, «L'ambitus...» cit., pp. 389 y ss.

La influencia del Derecho Romano se deja notar en Las Partidas, aunque se puede decir que éstas sólo recogen las servidumbres *oneris ferendi* y *tigni immitendi*. Así, en la Partida III, Título XXXI, Ley II, referida a las *servidumbres de los edificios*, se puede leer*: «Urbana servidumbre deximos en la ley ante desta que ha nombre aquella que ha un edeficio en otro, asi como quando la una casa ha de sofrir la carga de la otra poniendo en ella pilar ó coluna sobre que posiese su vecino viga para fazer terminado, ó camara, o otra labor semejante della; ó de haber derecho de foradar la pared de su vecino para meter hi vigas...»*. Aparte de otras disposiciones referidas a la manera de ganar y perder estas servidumbres contenidas en las Leyes XV y XVI, del Título XXXI, de la Partida III[13], existe también una breve alusión a lo que se ha considerado una especie de *ambitus* de carácter consuetudinario en la Partida III, Título XXXII, Ley XXV: *«Otrosi decimos que torre o casa queriendo algun home facer de nuevo en lo suyo, puédelo facer dexando tanto espacio de tierra fasta la carrera quanto constumbraron los otros sus vecinos de aquel logar»*[14].

En cualquier caso, y sin entrar en la efectiva vigencia de las Partidas, aunque en el Derecho Romano la medianería no tuviera un tratamiento pormenorizado, en el Derecho histórico español sí que aparece regulada en varias ordenanzas municipales, pero de una manera desigual. Es sintomático que ni siquiera aparezca como tal medianería en las Partidas, de manera que hasta el CC fueron tales ordenanzas municipales y la jurisprudencia la principal fuente de regulación. Afirma Benito GUTIÉRREZ: *«poco será lo que podamos decir acerca de este derecho, del cual lo único que se sabe es que no habiendo una ley general, y no pudiendo ser aplicables las disposiciones del Proyecto de 1851, ha de seguir rigiéndose por las ordenanzas y usos locales, y en cuanto ellas no lo impidan, por los convenios de los particulares»*[15].

En el Proyecto de Código civil de 1836 se contienen algunas referencias a la materia dentro de Capítulo dedicado a las *servidumbres urbanas*. En concreto, el art. 813 se refiere a las servidumbres que tienen por objeto la construcción, incluyendo *«el derecho de apoyar un edificio sobre la pared del vecino»*, y *«el de meter vigas en la pared del vecino con el fin de que apoyen o descansen en ella»*. Pero es en efecto en el Proyecto de GARCÍA GOYENA donde aparece una regulación bastante completa en los arts. 511-521, que es

---

[13] He manejado la Edición de Las Siete Partidas de la Real Academia de la Historia, Madrid, 1807, Tomo II, en las pp. 755 y ss.

[14] Cfr. ROGEL VIDE, *Limitaciones*..., cit., pp. 26 y ss.

[15] Cfr. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil Español*, II, Madrid, 1863, p. 543.

la que con algunos retoques pasa al CC a los arts. 571 a 579[16]. Salvo leves modificaciones de estilo, se puede decir que la única diferencia entre la regulación de la medianería en el Proyecto de 1851 y en el Código civil aparece en el art. 517 de aquél, que no pasó al CC. Dicho precepto, tomado del art. 661 del *Code civil* francés, plasmaba la constitución forzosa de la medianería, a la que la Academia de Nobles Artes añadió la necesidad de obtener el previo consentimiento del medianero[17]. El hecho de que no pasara al texto del Código civil no fue un olvido del legislador sino una omisión deliberada, apartándose en este punto del modelo francés.

2. Los Derechos civiles de las Comunidades Autónomas

Aparte de lo anterior, conviene destacar que algunas Comunidades Autónomas con competencia para legislar en materia civil, disponen de una normativa propia sobre la materia. El presente trabajo se va a ocupar del régimen jurídico de la medianería, tanto en el Derecho general del Estado (Código civil), como en los Derechos Civiles de las Comunidades Autónomas con competencia sobre legislación civil al amparo del art. 149.1.8ª de la Constitución, que disponen de un Derecho propio relativo a la medianería. La situación en los Derechos Civiles autonómicos es la siguiente:

No existe un tratamiento específico sobre la materia en el Derecho civil del País Vasco ni en el de las Islas Baleares.

2.1. Derecho civil de Aragón

En la Compilación de Derecho Civil de Aragón no hay una regulación de la medianería, pero sí se la cita en el art. 144.1, dentro de las relaciones de vecindad al disponer: *«Tanto en pared propia (...) como en pared medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas»*. Y además, dentro del Título dedicado a las Servidumbres, el art. 145 establece: *«Los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno*

[16] Cfr. García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentario del Código civil español*, I, Madrid, 1852, pp. 441 y ss.

[17] Según el art. 517 del Proyecto de 1851: *«El propietario de una finca contigua á una pared divisoria podrá adquirir la medianeria en toda la estension ó en parte de la que tenga la finca de su propiedad , obteniendo préviamente el consentimiento, del medianero ó medianeros, y pagando á, estos la mitad valor de la porcion que adquiera de la medianeria, y la mitad del valor del terreno sobre que la pared medianera está construida»*.

son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas». Se establece con ello un régimen diferente al de los arts. 580 y 581 CC.

2.2. Derecho civil de Navarra

La Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra regula en la Ley 376 la denominada comunidad sobre elementos al servicio de varias fincas, dentro del capítulo dedicado a las «Comunidades especiales»: «*Salvo acuerdo unánime, la comunidad sobre elementos al servicio de varias fincas, como paredes, muros, cercas o vallados medianeros así como molinos, hornos, eras, pozos, norias, acequias u otros semejantes, será indivisible y ningún comunero podrá disponer de su parte separadamente de las fincas a que aquellos elementos sirvan»*. De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 371, estas comunidades de bienes o derechos se rigen por el título de constitución y, en su defecto, por los usos y costumbres y por las disposiciones del Título II, aplicándose como norma especial la Ley 376.

A ello se añade que *«Se presumen comunes a las edificaciones los vanos entre las fincas urbanas conocidos con el nombre de «belenas» o «etxekoartes», que se regirán por lo dispuesto en esta ley y en el párrafo segundo de la Ley 404»*. Con tales expresiones se identifican los callejones, huecos o pasadizos entre casas, u otras edificaciones o construcciones. Como se ha destacado, no estamos ante simples callejas reservadas al paso entre edificios, sino que estamos ante un lugar o espacio apto para otras utilidades comunes, tales como la apertura al mismo de ventanas o huecos de cualquier dimensión sin saledizos, la vertiente de las aguas de los tejados, o la instalación de tendales y conducciones de evacuaciones de aguas, gases y hunos[18]. La presunción legal de tener carácter común debe considerarse *iuris tantum*, pues según la Ley 24: «Las presunciones establecidas en esta Compilación se considerarán «iuris tantum», salvo que la Ley excluya expresamente toda prueba en contrario». Según el ap. 2º de la Ley 404, «en las *belenas* o *etxekoartes* comunes a varios propietarios, cualquiera de éstos podrá abrir en pared propia huecos sin saledizos, con la limitación de no causar molestia a los demás propietarios».

[18] Cfr. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Las servidumbres en el Derecho navarro», en REBOLLEDO VARELA, A. L. (Coord.), *Tratado de Servidumbres*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 1463. Sobre el la configuración jurídica de belenas y etxekoartes, vid. la SAP de Navarra (Secc. 3ª) de 2 de junio de 2001 (*JUR* 2001\230191), Ponente: Excmo. Sr. D. Juan José García Pérez; y SAP de Navarra (Secc. 3ª) de 22 de julio de 2005 (*JUR* 2005\269309), Ponente: Ilmo. Sr. D. Aurelio Vila Duplá. Vid. además BARBER CÁRCAMO, R., «Comentario a la Ley 404», en RUBIO TORRANO, E. (Dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra*, Gobierno de Navarra, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 1311 y ss.

Sistemáticamente, esta regulación de los elementos medianeros como una comunidad especial se ubica en el capítulo III, del Título II, del Libro III, incluyéndolos dentro de las denominadas «comunidades de bienes y derechos». Se regula por tanto de una manera separada a las servidumbres.

2.3. Derecho civil de Galicia

El caso del Derecho Civil de Galicia contenido en la Ley 2/2006, de 14 de junio, es un tanto peculiar. Dentro de la regulación de las *relaciones de vecindad*, el art. 75 recoge una serie de situaciones de colindancia entre predios cuya finalidad es más bien evidenciar una propiedad individual y asegurar su mantenimiento[19]. La STSJ de Galicia de 12 de mayo de 2000 trata estas situaciones como formas tradicionales de separación de las propiedades en Galicia, y las enmarca igualmente dentro de las relaciones de vecindad[20].

En el caso del denominado *cómaro*, *ribazo* o *arró* estamos ante superficies de terreno de poca extensión, inclinadas y sin cultivar, que se sitúan de manera intermedia entre fincas que se encuentran en distinto plano[21]. La actualmente derogada Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, en su art. 33 ya consideraba que estábamos al margen de toda idea de comunidad o medianería. La regulación relativa a la *gavia*, el *resío* y la *venela* aparece en la Ley 2/2006. Las *gavias* son zanjas paralelas al lado exterior de los muros construidos para cerrar fincas, que sirven de desagüe de la propiedad, o tienen sólo finalidad identificativa[22]. Es un sistema de cierre típico de muchas zonas del mundo rural. El *resío* es otra forma tradicional de separar propiedades, referido a las casas y edificios, consistente en una porción de terreno propio que se deja por fuera de los muros con el objeto de tener paso

---

[19] Cfr. Martínez Hens, H., «Comentario al art. 75», en Rebolledo Varela, A. L. (Dir), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 381.

[20] STSJ de Galicia (Sala de lo civil y penal) de 12 de mayo de 2000 (*RJ* 2001\4314), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Saavedra Rodríguez.

[21] STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal), de 23 de octubre de 1998 (*RJ* 1998\1246), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Sande García.

[22] STSJ de Galicia (Sala de lo civil y penal) de 12 de mayo de 2000 (*RJ* 2001\4314), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Saavedra Rodríguez; STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal) de 19 de abril de 2004 (*RJ* 2004\5513), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso; STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal) de 28 de febrero de 2005 (*RJ* 2006\843), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Sande García; STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal) de 24 de enero de 2007 (*RJ* 2007\3631), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José Reigosa González.

y fácil acceso para reparar y construir[23]. La *venela* es la suma de dos *resíos* que los respectivos propietarios de edificaciones contiguas suelen dejar entre ellas para su uso común con fines secundarios[24]. Todas estas instituciones serán estudiadas en el epígrafe VII dentro de los signos contrarios a la medianería.

Finalmente, debe destacarse que en el art. 71 se recoge una institución (que ya figuraba en la Compilación de 1963, y de allí pasó a la anterior Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995), que no es propiamente medianería, pero de alguna manera participa de las características de esta figura: *«1. La propiedad sobre las fincas integrantes del agra o vilar llevará inherente un derecho de copropiedad sobre sus muros o cercados. 2. Las partes en copropiedad no podrán ser enajenadas o gravadas con independencia de las fincas de las que se reputan elementos ajenos e inseparables, y en la transmisión, por cualquier título, del dominio de alguna de ellas se entenderá comprendida la cuota de participación en tales elementos»*. La Ley 2/2006 no da un concepto de *agra* o *vilar* sino que asume el que se desprende de los usos y costumbres del Derecho gallego. En este sentido, se ha puesto de relieve que se trata de un conjunto de fincas, originariamente encerradas o cercadas por un muro u otro elemento artificial que las circunda y delimita, que pertenece a varios propietarios individualmente, sin que entre ellos exista una situación de comunidad, aunque su situación física genere la existencia de una especial forma de comunidad sobre elementos comunes[25]. La especialidad que tomaremos en consideración en nuestro caso es la comunidad sobre los muros o cercados.

2.4. Derecho civil de Cataluña

En el Derecho civil catalán sí existe una regulación muy completa de la medianería, que tiene sus orígenes en las Ordenanzas de Sanctacilia, cuyo contenido pasó a formar parte de los arts. 285 a 290 de la Compilación. Posteriormente, estos preceptos fueron derogados y la cuestión pasó a formar parte de la Ley 13/1990, de 9 julio, reguladora de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, que a su vez fue derogada por la Ley 5/2006,

---

[23] STSJ de Galicia (Sala de lo civil y penal) de 12 de mayo de 2000 (*RJ* 2001\4314), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Saavedra Rodríguez. Vid. las consideraciones de MARTÍNEZ HENS, «Comentario al art. 75», cit., pp. 385 y ss.

[24] STSJ (Sala de lo Civil y Penal) de 12 de junio de 2001 (*RJ* 2001\6542), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Saavedra Rodríguez.

[25] Cfr. BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al art. 71» en REBOLLEDO VARELA, A. L. (Dir), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 370.

de 10 de mayo, en la que se aprueba el Libro V del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCat), sufriendo la figura algunas modificaciones.

Según el art. 555-1, «es pared medianera la que se levanta en el límite y en el suelo de dos o más fincas con el fin de servir de elemento sustentador de las edificaciones que se construyan o de servir de valla o separación». El CCCat distingue entre medianería de vallado y medianería de carga. La primera se trata dentro de las relaciones de vecindad en el art. 546-1, conforme al cual «los propietarios de patios, huertos, jardines y solares colindantes tienen derecho a construir una pared medianera para que sirva de valla o separación en el límite y suelo de ambas fincas hasta la altura máxima de dos metros o la establecida por la normativa urbanística». La medianería de vallado es forzosa hasta dicha altura, y comporta la existencia de una relación de comunidad, que se rige por las normas del título V. A la misma se dedica el art. 555-8, conforme al cual el suelo de la pared de valla divisoria es medianero, pero el vecino no tiene la obligación de contribuir a la mitad de los gastos de construcción y de mantenimiento de la pared hasta que edifique o cierre su finca. Por otro lado, la pared de valla entre dos fincas se presume siempre medianera, salvo que existan signos externos que evidencien que sólo se ha construido sobre uno de los solares[26].

La medianería de carga tiene un tratamiento más extenso, que iremos analizando a medida que vayamos desgranando el régimen jurídico de la medianería. Conforme al art. 551-2, existe medianería de carga si la pared medianera o el suelo medianero se levanta en el límite de dos o más fincas con el fin de servir de elemento sustentador de las edificaciones o de las demás obras de construcción que se realicen. A diferencia de la medianería de vallado, la de carga es de constitución voluntaria y nunca se presume[27]. Las particularidades más relevantes aparecen en el caso de la medianería de carga. Aunque siempre es de constitución voluntaria, el pacto en principio sólo permite ocupar el suelo ajeno para construir, pero no faculta para exigir los gastos de construcción y conservación hasta que el vecino cargue sobre la

[26] Cfr. LLÁCER MATACÁS, M. R., «Relaciones de vecindad y derecho de servidumbre en el Libro quinto del Código civil catalán», en REBOLLEDO VARELA, A. L. (Coord.), *Tratado de Servidumbres*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 832 y ss.; SEUBA TORREBLANCA, J. C., «Comentario a los arts. 546-1 a 546-12», en Decanato autonómico de los Registradores de Cataluña, *Derechos Reales, 1, Comentarios al Libro V del Código civil de Cataluña (arts. 511 a 552-12)*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 607 y ss.; POZO CARRASCOSA, P. del, VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 257 y ss.

[27] Cfr. SOLÉ RESINA, J., «Comentario a los arts. 555-1 a 555-8», en Decanato autonómico de los Registradores de Cataluña, *Derechos Reales, 2, Comentarios al Libro V del Código civil de Cataluña (arts. 553-1 a 563-4)*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 1091 y ss.

pared medianera. El art. 555-5.1 CCCat es muy claro en este punto al establecer que «los gastos de construcción y conservación de la pared medianera, hasta que el vecino o vecina haga la carga, corren a cargo del propietario o propietaria que la ha levantado». La obligación de quien no ha construido la pared de pagar la parte correspondiente de gastos de construcción nace cuando aquél pretenda construir sobre su parcela. El art. 555-4.1 CCCat dispone que no puede cargarse sobre la pared medianera «sin haber pagado la parte del coste que fija el pacto constitutivo de la medianería».

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIANERÍA

Por medianería, como afirma MUCIUS SCAEVOLA, se puede entender el conjunto de *«derechos y obligaciones que dimanan de la existencia y disfrute en común de una pared, cerca, vallado, seto, etc., por parte de los dueños de edificios o predios contiguos, separados por dichas divisiones»*[28]. Pero además de designar esta particular relación jurídica, el término se refiere también al elemento común que de facto da lugar a la separación y delimitación de las fincas. En este segundo sentido se recoge en el art. 555-1 CCCat, al que acabo de referirme.

En la jurisprudencia se utiliza la expresión en uno y otro sentido. Así, según la STS de 5 de octubre de 1989, *«en un sentido usual se entiende por medianería a la pared común a dos casas, así como medianeros las paredes, muros, cercas, etc. que estando en el límite de dos heredades pertenecientes a distintos propietarios la separa o delimita, correspondiendo a una condición o situación de hecho, pero que con cuya base puede convertirse en una relación de derecho en la que son términos o elementos reales dichas paredes, muros, cercas, etc. que median entre las fincas, y términos o elementos personales los propietarios de dichas fincas limítrofes o colindantes, de tal modo separados, generándose ya la situación jurídica de "medianería", que crea el derecho de los propietarios de aquellas fincas, sobre las susodichas paredes, muros, cercas, etc. constituyéndose en copropietarios de las mismas, lo que ha de comportar una serie de derechos y obligaciones correspondientes a tal situación que se viene configurando como de copropiedad»*[29]. Se considera también como medianería la denominada *medianería horizontal* en los casos

[28] Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, X, Madrid, 1895, p. 422.

[29] STS de 5 de octubre de 1989 (*RJ* 1989\6887), Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel González Alegre y Bernardo.

Vid. igualmente, en la jurisprudencia menor, la SAP Ourense (Secc. 2ª) de 30 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003\251532), Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Alañón Olmedo: «La servidumbre

de construcciones superpuestas (casas empotradas o engalabernos y casas a caballo)[30]. En el Derecho civil catalán, el art. 555-1 CCCat dispone que es suelo medianero la estructura horizontal que tiene la finalidad de servir de elemento sustentador y de división de construcciones a diferentes niveles en altura o en el subsuelo[31]. A ello se añade en el núm. 3 del mismo precepto: «La existencia de una pared medianera *o de un suelo medianero* comporta una situación de comunidad entre los propietarios de las dos fincas colindantes que se regula por pacto y, supletoriamente, por las normas del presente capítulo».

En los Derechos civiles autonómicos la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la medianería resulta mucho más clara que en el régimen del CC. La Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra trata los elementos medianeros como una comunidad especial en el capítulo III, del Título II, del Libro III, incluyéndolos dentro de las denominadas «comunidades de bienes y derechos». Se regula por tanto de una manera separada a las servidumbres. Por su parte, los arts. 555-1 y ss. del CCCat se ubican en el Capítulo IV («Comunidad especial por razón de medianería»), dentro del Título V, dedicado a las *situaciones de comunidad*.

El CC, en cambio, regula en los arts. 571 a 579 lo que denomina *«servidumbre de medianería»*. Estos preceptos figuran como Sección 4ª del capítulo

---

de medianería puede ser definida como aquel conjunto de derechos y obligaciones que dimanan de la existencia y disfrute en común de la pared, cerca, valla etc. por parte de los dueños de los edificios o predios contiguos, separados por dichas divisiones. El Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de octubre de 1989 define la pared medianera en los siguientes términos: "En sentido usual se entiende por medianería a la pared común a dos casas, así como medianeros las paredes, muros... que estando en el límite de dos heredades pertenecientes a distintos propietarios las separa o delimita, correspondiendo a una condición o situación de hecho, pero con cuya base puede convertirse en una relación de derecho...". Ante las dificultades que genera acreditar su existencia, el legislador parte de una presunción general favorable a la misma recogida en los arts. 572 y 574 CC según los cuales se presume tal servidumbre mientras no haya título o signo exterior o prueba en contrario. Dicha presunción "iuris tantum" dispensa a quien favorece de probar aquélla, e invierte la carga de la prueba que corresponderá a quien la niega». La cita se refiere a la STS de 5 de octubre de 1989 (*RJ* 1989\6887), Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel González Alegre y Bernardo.

[30] Vid. ampliamente López Frías, M. J., «La superposición de inmuebles: estudio jurídico de las casas empotradas o engalabernos y de las casas a caballo», *RCDI*, núm. 650, 1999, pp. 87 y ss.; Pons González, M., Del Arco Torres, M. A., *Régimen jurídico de las servidumbres*, 5ª ed., Comares, Granada, 2008, pp. 333 y ss.; Pérez Pérez, E., «La comunidad de intereses de estructura consorcial en el Derecho español», *La Ley*, núm. 6971, de 19 de junio de 2008, pp. 5 y ss. El TS admite esta modalidad en varias sentencias. Vid. entre las más recientes la STS de 20 de mayo de 2008 (*RJ* 2008\3156), Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

[31] Cfr. González Bou, E., «La comunitat especial per raó de mitgería», *La Notaría,* núm. 41, 2007, pp. 165 y ss.; de Lama Aymá, A., «La medianería horizontal en el Código civil de Cataluña», en Garrido Melero, M. (Coord.), *La regulación de la propiedad horizontal y las situaciones de comunidad en Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 237 y ss.

dedicado a las *servidumbres legales*. Pero doctrinalmente se ha considerado inadecuada la ubicación de la medianería dentro de las servidumbres, por entender que tiene una naturaleza jurídica diferente. Y ello fundamentalmente por tres motivos[32]:

1. No existe predio dominante ni predio sirviente (elementos consustanciales a toda servidumbre), sin que tenga sentido hablar de servidumbre recíproca, que supondría dividir lo que es un elemento común en dos medios elementos actuando uno de predio dominante y otro de predio sirviente.

2. El propio CC parece alejarse de la consideración de medianería como servidumbre al calificar a los medianeros como propietarios o dueños (arts. 574, 576, 577 y 578), e incluso al considerarla como una mancomunidad en el art. 579.

3. La medianería no se constituye con carácter forzoso (luego analizaré lo que significa el art. 578 CC, que nada tiene que ver con el carácter forzoso de la medianería) como sí ocurre en los derechos francés e italiano, y ocurría en Derecho catalán desde las Ordenanzas de Sanctacilia y en el art. 285 de la Compilación. La Ley 13/1990 suprimió la medianería forzosa, excepto en el caso de las paredes de cerramiento de huertos, patios y jardines, lo que se mantiene en el art. 546-1 CCCat. En el CC siempre es de constitución voluntaria, aunque algunas ordenanzas municipales prevén normas para la adquisición forzosa de la medianería[33].

También en la jurisprudencia se niega que estemos técnicamente ante una servidumbre. Así, en la SAP de Soria de 22 de junio de 2002 se afirma: *«la calificación de la medianería como servidumbre parte de un dato de hecho*

---

[32] La postura mayoritaria en doctrina es que la medianería del CC no es una servidumbre, aunque se ubique sistemáticamente dentro de las servidumbres. Por todos, MELÓN INFANTE, C., «En torno a la situación de medianería en el Código civil español», en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, XXXII, núm. 3, 1963, pp. 258 y ss.; ROCA JUAN, J., «Comentario a los arts. 571 a 579», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., VII-2º, *Arts. 530 a 608 del Código civil*, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1990, pp. 199 y ss.; ALONSO PÉREZ, M., «Comentario a los arts. 571 a 579», en VV.AA., Comentario del Código civil, I, 2ª ed., Ministerios de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1458 y ss.; SEOANE SPIEGELBERG, J. L., «La servidumbre de medianería», en BAENA RUIZ, E. (Dir.), *Las servidumbres*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 199 y ss.; MOSQUERA ORDÓÑEZ, C., *Medianería, edificaciones y propiedad horizontal*, Reus, Madrid, 2004, pp. 77 y ss; REBOLLEDO VARELA, A. L., «La medianería», en REBOLLEDO VARELA, A. L. (Coord.), *Tratado de Servidumbres*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 529 y ss.

[33] V.gr. en los casos de quien pretende construir arrimando a pared contigua, que tiene derecho a adquirir la medianería en todo o en parte, pagando la mitad del valor del muro y la mitad del terreno en que descanse.

inviable: la división fáctica del elemento común en dos medios elementos, uno de los cuales actuaría como dominante y el otro como sirviente; y a ello cabe añadir la circunstancia de que el art. 579 CC califique expresamente la medianería como "mancomunidad"»[34].

La cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la medianería no es meramente dogmática, sino que tiene importantes repercusiones prácticas, tanto en cuanto a los preceptos de aplicación supletoria, como en materia de interpretación de las normas específicas del CC sobre medianería. En la doctrina podemos encontrar dos posiciones: considerarla como una manifestación de las relaciones de vecindad, o un condominio con especiales caracteres[35]. Este debate se ha plasmado igualmente en algunos pronunciamientos legislativos. Así, en los arts. 34 y ss. de la Ley catalana 13/1990, se incluye la regulación de la medianería dentro del Capítulo dedicado a las relaciones de vecindad. En cambio en el Libro V del CCCat se incluye dentro del Título V dedicado a las *Situaciones de comunidad*, dentro del Capítulo V: *Comunidad especial por razón de medianería*.

BELTRAN DE HEREDIA y ALBALADEJO consideran la medianería como una manifestación de las relaciones de vecindad, entendiendo que ni hay servidumbre ni comunidad, sino que a cada dueño le corresponde la parte exclusiva de parte determinada del elemento medianero. A su juicio lo que ocurre es que la propiedad de la parte de cada uno está sometida a determinadas restricciones en interés del otro, o sea, que existen ciertas reglas especiales para utilizar cada uno la parte propia y la ajena, situación que origina una especie de comunidad de utilización que cabe dentro del marco de las relaciones de vecindad[36]. Aunque alguna aislada decisión jurisprudencial ha acogido este planteamiento[37], lo cierto es que la mayor parte de las sentencias recaídas

---

[34] SAP de Soria de 22 de junio de 2002 (*JUR* 2002\212746), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Miguel García Moreno.

[35] No obstante, insiste con matizaciones en configurarla como servidumbre GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., «Las servidumbres», Tema 7 en DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, II, *Reales*, vol. 2º, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 646.

[36] Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Edersa, Madrid, 1954, pp. 15 y 344; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, III, Derecho de Bienes*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 258. Este planteamiento es asumido por LÓPEZ Y LÓPEZ, A., MONTÉS PENADÉS, V. (Coord), *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 263 y ss.; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil, III, Derechos reales e hipotecario*, 4ª ed., Edersa, Madrid, 2002, p. 303; RIVERA SERRANO, M., *Servidumbre de medianería*, Comares, Granada, 1999, p. 4; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Propiedad y derechos reales de goce*, *Principios de Derecho Civil, IV*, 8ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 70; MOSQUERA ORDÓÑEZ, *Medianería...*, cit., p. 59.

[37] STS de 29 de junio de 1988 (*RJ* 1988\5137), Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

sobre la materia lo rechazan. Es paradigmática la STS de 5 de junio de 1982, en la que expresamente se afirma que debe *«especialmente rechazarse su conceptuación como propiedad privativa de los dueños de los predios colindantes sobre la pared dividida por una línea constituida por el eje de su grueso de tal suerte que el límite de las propiedades privativas lo constituyera ese eje»*[38]. En sentido parecido se expresa la RDGRN de 23 de noviembre de 1932: *«Siendo la medianería en nuestro Derecho positivo una servidumbre real de carácter legal y de interés privado, consecuencia en su manifestación más importante de la unión de los edificios en la vida urbana, en lo que la pared o muro que los divide sirve en su integridad física a las dos casas colindantes, la comunidad jurídica del muro medianero no puede entenderse en el sentido de que pertenezca por mitad a cada uno de los propietarios contiguos, porque la característica de tal servidumbre es la proindivisión en toda su extensión y espesor»*[39].

La mayoría de la doctrina considera que estamos ante una comunidad especial o *sui generis*[40]. De hecho, esta manera de enfocar las cosas es planteada ya por Benito GUTIÉRREZ: «La medianería constituye una especie de comunidad, y decimos sólo una especie; pues una especie es común cuando pertenece en totalidad a cada uno de los condueños sin que se pueda determinar la parte de uno u otro, por ejemplo una heredad o casa comprada en

---

[38] STS de 5 de junio de 1982 (*RJ* 1982\4212), Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso.

[39] RDGRN de 23 de noviembre de 1932 (ROCA SASTRE, R. M., MOLINA JUYOL, J., *Jurisprudencia Registral*, VII, Bosch, Barcelona, 1970, pp. 301 y ss.).

[40] Cfr. SANTAMARÍA, J., *Comentarios al Código civil*, I Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 583; MELÓN INFANTE, «En torno...», cit., pp. 303 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L. (et al.), *Elementos de Derecho Civil, III-2º, Derechos reales. Derechos reales limitados, situaciones de cotitularidad*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1991; ROCA JUAN, «Comentario...», cit., p. 200; ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1460; DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, III, Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 460; SEOANE SPIEGELBERG, «La servidumbre...», cit., pp. 206 y ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, I y II, 4ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pp. 623 y ss.; PASTOR ÁLVAREZ, M. C., «Comentario a los arts. 571 a 574», en RAMS ALBESA, J. (Coord.), *Comentarios al Código civil, III, Libro Segundo (Títulos I a VIII)*, J. M. Bosch, Editor, Barcelona, 2001, p. 1050; CORBAL FERNÁNDEZ, J., «De la servidumbre de medianería (Comentario a los arts. 571 a 579 CC)», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Comentario del Código civil*, 3, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2006, p. 892; PONS, DEL ARCO, *Régimen jurídico...*, cit., p. 329; DÍEZ GARCÍA, H., «De la servidumbre de medianería (arts. 571 a 579 CC), en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (Coord.), *Comentarios al Código civil*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 721 y ss.; REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit., pp. 531 y ss., y «Contenido y extinción de la medianería en el Código civil», en *El Consultor Inmobiliario*, abril, 2002, p. 4.

Se acude igualmente a la figura, de ascendencia italiana, del consorcio real. Vid. PÉREZ PÉREZ, «La comunidad...», cit., p. 4; y *Régimen jurídico estatal y autonómico de la propiedad inmobiliaria*, I, *La propiedad inmobiliaria y sus formas*, Bosch, Barcelona, 2009, pp.555 y ss., 625 y ss, y II, *Formas consorciales e inscripción registral de la propiedad inmobiliaria*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 705 y ss.

común: la pared medianera sólo es común, en cuanto sus partes o mitades son inseparables pero se puede señalar la parte o mitad correspondiente a cada uno, que es la que se encuentra sobre su propiedad»[41]. El mismo planteamiento aparece en los primeros comentaristas del Código civil. Así, PEDREGAL Y CAÑEDO, aunque se refiere a la figura como servidumbre de medianería, afirma que «desde el momento en que se constituye se establece entre ambos dueños una comunidad que les liga para lo sucesivo, de tal modo, que generalmente nada puede hacerse por uno de ellos sin el consentimiento del otro en cuanto diga relación con la medianería»[42]. Para MANRESA, «la medianería es una comunidad de bienes, una copropiedad, pero de carácter especial»[43]. Y MUCIUS SCAEVOLA considera que «el derecho de medianería tiene más apariencias legales de un caso de comunidad de bienes que de servidumbre, aunque reconozcamos en él ciertas anormalidades que no convienen con determinados caracteres de aquella institución»[44].

La peculiaridad de esta especial forma de comunidad estriba en que cada uno de los comuneros contiguos no tiene un derecho de propiedad absoluto sino que se da una suerte de indivisión sobre la totalidad e integridad del elemento divisorio. Es decir, no hay partes determinadas de titularidad exclusiva, a pesar de lo que parece desprenderse de la lectura del art. 579 CC. No hay servidumbre, pero tampoco una simple comunidad de bienes, sino una comunidad especial por razón de su objeto, un condominio *sui generis* en el disfrute y utilización del elemento medianero, que se caracteriza por ser anejo a la propiedad de cada finca, y por tener una regulación propia en los arts. 571 a 579 distinta a las de los arts. 392 y ss.

Esta es igualmente la postura mayoritaria en la jurisprudencia. Así en la STS de 5 de junio de 1982 se afirma: *«aun cuando existan opiniones diversas acerca de la naturaleza jurídica de la medianería (la que nuestro CC encuadra dentro de las servidumbres), parece prevalecer la de que, sin podérsele negar absolutamente esa condición, prevalece la de "mancomunidad" que le atribuye el art. 579 o sea copropiedad regida, aparte su carácter necesario, por normas específicas y, respecto de las genéricas, de preferente aplicación»*[45]. En la STS de 6 de diciembre de 1985 se insiste en

---

[41] Cfr. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos*..., cit., II, p. 543, que sigue en este punto el parecer de GARCÍA GOYENA, *Concordancias*..., I, cit., p. 442.

[42] Cfr. PEDREGAL Y CAÑEDO, M., *Texto y comentarios al Código civil español*, I, Madrid, 1889, pp. 720 y ss.

[43] Cfr. MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, IV, Madrid, 1895, p. 700.

[44] Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, X, cit., p. 425.

[45] STS de 5 de junio de 1982 (*RJ* 1982\4212), Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso.

que la facultad de los medianeros *«se encuentra limitada por la exigencia de no impedir el uso común y respectivo de los demás interesados en la comunidad de utilización»*[46]. En general, se suele acudir con las matizaciones que requiera cada caso a la idea de *copropiedad*[47], posición que es también la dominante en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. Así, en la SAP de Cantabria de 24 de mayo de 2000, se destaca: *«Recuerda la doctrina científica y la Jurisprudencia moderna que el CC califica impropiamente a la medianería como «servidumbre», cuando en realidad es una comunidad especial que tiene una regulación propia, distinta en muchos puntos de la propia y característica de la comunidad de bienes»*[48]. En parecido sentido se pronuncia la SAP de Cantabria de 27 de junio de 2005: «La mal llamada servidumbre de medianería, *representa una situación de comunidad o copropiedad de una pared divisoria que genera derechos comunes y otros singulares para los copropietarios de la pared*, estos últimas figuran, fundamentalmente, en el artículo 579 del Código Civil que autoriza a cada propietario a usar de la pared en proporción del derecho que tenga en la mancomunidad "pero sin impedir el uso común y respectivo de los demás medianeros"»[49].

Mayores argumentos se ofrecen en la SAP de Soria de 7 de octubre de 2002, en la que se afirma: «tradicionalmente ha sido muy controvertida la naturaleza jurídica de la figura de la medianería, dado que la misma se consideraba o bien una servidumbre, o bien un condominio especial o bien, simplemente, una manifestación de las relaciones de vecindad. Hoy en día la primera de las posturas, como ya manifestó esta Sala en una reciente sentencia de 22 de junio del presente año, se encuentra totalmente superada dado que *difícilmente en la configuración jurídica de la misma puede hablarse de predio dominante y sirviente, ni el contenido de derechos y obligaciones dimanante de la medianería se concilia con el contenido de una servidumbre. La naturaleza de la medianería se adecua más a la de una comunidad de bienes* aunque existan también diferencias evidentes con la comunidad ordinaria, lo que la configura más bien como una comunidad especial, una comunidad de

---

[46] STS de 6 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985\6324), Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime De Castro García. Habla también de *comunidad de utilización* la STS de 21 de noviembre de 1985 (*RJ* 1985\5622, Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García.

[47] STS de 10 de diciembre de 1984 (*RJ* 1984\6055), Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; STS de 5 de octubre de 1989 (*RJ* 1989\6887), Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel González Alegre y Bernardo.

[48] SAP de Cantabria (Secc. 3ª) de 24 de mayo de 2000 (*AC* 2000\1958) Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Alonso Roca.

[49] SAP de Cantabria (Secc. 1ª) de 27 de junio de 2005 (*JUR* 2005\175735), Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Vázquez de Castro.

utilización tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo (...), ya que se reconoce una titularidad jurídica común sobre los elementos de separación de carácter pro indiviso en toda su extensión y espesor, y se rechaza su conceptuación como propiedad privativa de los dueños de los predios colindantes sobre la mitad de aquéllos»[50].

Cuestión diferente es la posibilidad de mantener que la medianería se puede constituir con el carácter de servidumbre voluntaria. Considera MUCIUS SCAEVOLA que este supuesto «podría denominarse todo menos servidumbre de medianería, mereciendo más bien la calificación tradicional en nuestro Derecho de servidumbre *oneris ferendi, projiciendi* o *tigni inmitendi*»[51]. Mantiene igualmente a este respecto el Prof. ALONSO PÉREZ que la medianería «no puede establecerse con tal carácter, a menos que desvirtuemos esencialmente la institución»[52]. Estas afirmaciones no dejan de ser discutibles. Como seguidamente voy a defender al tratar las fuentes por la que se rige la medianería, el título constitutivo tiene carácter preferente a las normas del CC, que quedarán como supletorias o subsidiarias para lo no previsto expresamente por los contratantes. Desde esta perspectiva comparto el planteamiento de REBOLLEDO, en el sentido de que no parece existir ningún obstáculo legal para admitir la posibilidad de crear una medianería en virtud de pacto con una configuración distinta a la establecida en el CC, en el que la titularidad del muro divisorio pertenezca a uno solo de los colindantes, concediéndose al otro algunas posibilidades de utilización del elemento divisorio (apoyo, introducción de vigas, etc.)[53].

Este es el planteamiento que se hace en la SAP de Córdoba de 18 de abril de 2002: «como indica algún autor (CASTÁN) la consideración de la medianería como una mancomunidad *no obsta a que por virtud de pacto pueda crear-*

---

[50] SAP de Soria de 7 de octubre de 2002 (*JUR* 2003\20636), Ponente: Ilma. Sra. Dª María del Carmen Martínez Sánchez. En concreto la cita de sentencias del Tribunal Supremo se refiere a las STS de 21 de noviembre de 1985 (*RJ* 1985\5622, Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García; STS de 5 de octubre de 1989 (*RJ* 1989\6887), Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel González Alegre y Bernardo;y STS de 132 de junio de 1995 (*RJ* 1995\4738), Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa. La sentencia de la misma sala a la que se alude es la SAP de Soria de 22 de junio de 2002 (*JUR* 2002\212746), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Miguel García Moreno.

En este mismo sentido, se pueden destacar por su claridad la SAP de Pontevedra (Secc. 4ª) de 30 de junio de 2000 (*AC* 2000\2470), Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Berengua Mosquera; SAP de Zamora (Secc. 1ª) de 10 de mayo de 2005 (*JUR* 2005\134123), Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Manuel Encinas Bernardo; SAP de Ciudad Real (Secc 1ª) de 13 de septiembre de 2005 (*JUR* 2005\219911), Ponente: Ilma. Sra. Dª Mª Pilar Astray Chacón; SAP de Las Palmas (Secc. 5ª) de 15 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006\65006), Ponente: Ilma. Sra. Dª Mónica García de Yzaguirre.

[51] Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, X, cit., p. 427.

[52] Cfr. ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1459.

[53] Cfr. REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit., pp. 534 y ss.

se una medianería con configuración distinta a la de los arts 571 y siguientes CC, en la que se esté en presencia de una sola titularidad dominical, concediéndole al otro interesado unas facultades de utilización del elemento divisorio que encaje en el concepto de servidumbre, o bien, añadimos, y también por pacto, acordar o establecer el uso y disfrute por los copropietarios del muro, que es de cotitularidad de ambos»[54]. Por otro lado, ya en la STS de 12 de enero de 1906 se configuró un supuesto de introducción de vigas en un muro no medianero como servidumbre de carreras o armaduras[55].

En la práctica popular y consuetudinaria se ha reconocido el pacto o derecho de «arrimo», como derecho a construir «arrimado», es decir, apoyado en otra vivienda, pacto que puede establecerse por contrato entre las partes de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1255 CC[56]. En el supuesto resuelto por la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de junio de 2001 dicho derecho fue concedido por el primitivo propietario de la vivienda a cambio de un precio y el propietario del muro sobre el que efectivamente se «arrimó» la construcción no hizo objeción alguna a este hecho. Como se afirma es esta resolución el *derecho de arrimo* «puede considerarse como una servidumbre voluntaria atípica por cuanto limita la libre disposición de la propiedad, pero no, como ya se ha dicho, el título para adquirir la medianería, y por ende la copropiedad, del muro sobre el que se ha permitido, exclusivamente, apoyar el forjado de la casa, extender la parte de fachada correspondiente o apoyar en cuarto de la azotea. De hecho el demandado no ha realizado más actividades en relación al dicho muro (no se han mencionado) de las que son consecuencia del derecho de medianería propiamente dicho (art. 578 CC)»[57].

De todas formas, aun admitiendo esta posibilidad, hay que destacar la importancia que en estas situaciones adquiere la existencia de titulo constitutivo, ya que en caso contrario se aplicarán las presunciones de medianería del art. 572 CC. Así, en la SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 28 de febrero de 2008 se vierten las siguientes consideraciones: «El apelante sostiene que

---

[54] SAP de Córdoba (Secc. 1ª) de 18 de abril de 2002 (*JUR* 2002\166564), Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

[55] STS de 12 de enero de 1906 [*Jurisprudencia Civil* (Colección de la RGLJ), vol. 103, 1906, pp. 89 y ss.], Ponente: Excmo. Sr. D. Ildefonso López Aranda.

[56] SAP de A Coruña (Secc. 2ª) de 13 de mayo de 2000 (*JUR* 2001\205568), Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Barrientos Monge; SAP de Pontevedra (Secc. 3ª) de 31 de octubre de 2001 (*CENDOJ* 36038370032007100420), Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Esain Manresa; SAP de Pontevedra (Secc. 4ª) de 8 de mayo de 2003 *(JUR* 2003\228963), Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Sobrino Blanco; SAP de Asturias (Secc. 1ª) de 16 de enero de 2008 (*CENDOJ* 33044370012008100015), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez.

[57] SAP de Santa Cruz de Tenerife (Secc. 1ª) de 18 de junio de 2001 (*JUR* 2001\266603), Ponente: Ilma. Sra. Dª Pilar Aragón Ramírez.

la incrustación de cuatro vigas de madera que soportan un techo del demandado en el muro colindante son un simple "derecho de arrimo" de carácter consuetudinario, pactado entre las partes conforme a la libertad del art. 1255 del CC , y por tanto generador de una servidumbre atípica, que no desnaturaliza el carácter privado del muro. Sin embargo, el art. 572-1º del CC establece la presunción de medianería en los muros divisorios hasta el punto común de elevación, por lo que correspondería al actor probar lo contrario, destruir dicha presunción, lo que no ha hecho. Es más, tampoco ha acreditado que la introducción de las vigas se deba a la concesión de un derecho real de servidumbre a favor del demandado, lo cual pugna contra otra presunción, la de inexistencia de gravámenes de la propiedad: no ha aportado prueba alguna de ese supuesto pacto de arrimo en propiedad ajena»[58].

Para terminar con la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la medianería, debe destacarse, según he puesto de relieve al inicio de este apartado, que en los Derechos Civiles de Navarra y Cataluña la regulación legal es muy clara en cuanto a la consideración de la medianería como comunidad especial, lo que provoca un acuerdo general en la doctrina[59]. No obstante, en el caso del Derecho civil catalán, para el caso de la medianería de carga, se ha mantenido por POZO-VAQUER-BOSCH que la medianería tiene una naturaleza jurídica distinta dependiendo de la fase en que nos encontremos, según que el vecino haya adquirido o no la medianería de la pared: sólo en el primer caso consideran que pueda hablarse de *comunidad especial de medianería*. En este sentido afirman: «mientras el vecino no haya adquirido la medianería mediante el pago de los gastos de construcción, la pared es propiedad exclusiva del constructor, ya que él es quien tiene todas las facultades inherentes al derecho de propiedad: el constructor es quien ha pagado su coste y quien hace frente a los gastos de mantenimiento, y, en justa correspondencia, es quien puede usar la cosa, modificarla e incluso destruirla. Estamos en este caso no ante una "comunidad especial de medianería" sino que la pared es del constructor, si bien el vecino tendrá sobre la pared un derecho de adqui-

[58] SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Secc. 3ª) de 28 de febrero de 2008 (*CENDOJ* 35016370032008100254) Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Moyano García.

[59] Por todos, en el Derecho navarro, FERNÁNDEZ URZAINQUI, «Las servidumbres...», cit., pp. 1476 y ss. Y en el Derecho Catalán, BOSCH CARRERA, A., «La evolución de la medianería de carga en Derecho civil de Cataluña», en GARRIDO MELERO, M. (Coord.), *La regulación de la propiedad horizontal y las situaciones de comunidad en Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 210 y ss., en cuanto a la medianería de carga; y NAVAS NAVARRO, S., «Las relaciones de vecindad: la medianería de cierre de patios, huertos, jardines o fincas (Ley 31/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad), *La Llei (Catalunya i Balears)*, 1995-11, pp. 773 y ss., por lo que se refiere a la medianería de vallado. Sobre la base del texto de la Compilación, PÉREZ GORDO, A., «La competencia en la servidumbre de medianería según la Compilación», *RJC*, enero-marzo, 1965, pp. 733 y ss.

sición de origen legal que, en caso de ejercerse, dará lugar a la formación de la comunidad especial»[60].

A mi juicio, este planteamiento no se puede compartir. La expresión que se utiliza en varios preceptos del CCCat contradice estas afirmaciones. Según el art. 555-1.1 «es pared medianera *la que se levanta en el límite y en el suelo de dos o más fincas*». A ello se añade en el art. 555-1.3: «La existencia de una pared medianera o de un suelo medianero comporta *una situación de comunidad entre los propietarios de las dos fincas* colindantes». El art. 555-2.1 es, si cabe, más claro: «Existe medianería de carga *si la pared medianera o el suelo medianero se levanta en el límite de dos o más fincas* con el fin de servir de elemento sustentador de las edificaciones o de las demás obras de construcción que se realicen». Creo que en todo caso la pared es medianera. Lo que ocurre es que en principio corre con los gastos de construcción y mantenimiento el propietario que la haya levantado (art. 555-5.1 CCCat), y se limitan las posibilidades de uso del colindante hasta que haya pagado «la parte del coste que fija el pacto constitutivo de la medianería» (art. 555-4.1 CCCat). Pero ello no puede interpretarse en el sentido de que, hasta ese momento, tenga la propiedad exclusiva de la pared medianera quien la construyó. El pago del coste no funciona como pago del precio de una compraventa forzosa de la mitad de la pared. Y tampoco puede afirmarse que quien levantó el muro puede destruirlo *libremente* antes del abono correspondiente por parte del colindante. El art. 555-7.2 dispone que el derribo de la pared medianera sólo puede llevarse a cabo si el vecino o vecina no ha pagado la parte del coste que le corresponde «y si, una vez notificada fehacientemente al vecino o vecina la intención de derribarla, *éste, en el plazo de un mes, no se opone* pagando su parte del coste o consignando su pago».

En realidad, un planteamiento como el de los autores citados obliga a hacer numerosos equilibrios para explicar que, aunque el suelo donde se levanta la pared es medianero (sigue perteneciendo a los dos propietarios por mitades o partes proporcionales), no lo es el muro construido hasta que el vecino ejerza un pretendido *derecho legal de adquisición* (que, por cierto, no aparece mencionado en el Capítulo VIII, Título VI, del Libro V del CCCat). No deja de resultar llamativo que hasta entonces no se produzca ninguna accesión, ni accesión invertida, ni ninguna forma de trasferencia de la propiedad. Dichos autores sostienen que se trata de una nueva excepción al principio *superficies solo cedit*, que parece difícil que estuviera en la mente del legislador sin decirlo expresamente. A mi entender, la medianería de carga se configura legalmente como comunidad especial desde que se construye. Ello

[60] Cfr. Pozo, Vaquer, Bosch, *Derecho Civil*, cit., pp. 261-262.

explica las limitaciones que pesan sobre el constructor, incluso cuando pretende derribar la pared, aunque el vecino no haya pagado la parte del coste que le corresponde. La especialidad radica también en que se limitan las facultades del vecino no constructor hasta que abona los gastos fijados en el pacto constitutivo de la medianería. Hasta que no se produce este abono los derechos y deberes de los propietarios de las fincas colindantes son diferentes, pero ello no significa que hasta entonces la pared sea de propiedad exclusiva del constructor.

III. PROBLEMÁTICA DE LA MEDIANERÍA COMO SERVIDUMBRE FORZOSA

Aparte de las anteriores consideraciones, un problema añadido que puede plantear la naturaleza de la servidumbre es si puede constituirse con carácter forzoso, Es decir, rechazado que en el régimen del CC estemos ante una servidumbre legal, queda por determinar si cabe incluir la figura, aunque sea de manera impropia, dentro de los servidumbres forzosas. El único precepto que puede dar pie a esta interpretación es el art. 578 CC, conforme al cual cuando no se haya contribuido a dar más elevación, profundidad o espesor a la pared, los propietarios colindantes pueden, sin embargo, adquirir en ella los derechos de medianería, pagando proporcionalmente el importe de la obra y la mitad del valor del terreno sobre el que le hubiese dado mayor espesor. Aunque la cuestión será objeto de desarrollo más adelante, debe destacarse que no son pocos los autores que hablan en este caso de constitución forzosa de la medianería[61].

En el Derecho comparado, el carácter forzoso de la constitución de la medianería aparece claramente recogido en el art. 661 del *Code civil* francés[62], así como en el art. 874 del *Codice civile* italiano[63]. En ambos se atri-

---

[61] Cfr. DÍEZ-PICAZO, GULLÓN, *Sistema*..., cit., III, p. 459; SEOANE SPIEGELBERG, «La servidumbre...», cit., p. 252; PONS, DEL ARCO, *Régimen jurídico*..., cit., p. 380.

[62] «Tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de la dépense qu'il a coûté, ou la moitié de la dépense qu'a coûté la portion du mur qu'il veut rendre mitoyenne et la moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti. La dépense que le mur a coûté est estimée à la date de l'acquisition de sa mitoyenneté, compte tenu de l'état dans lequel il se trouve».

[63] Este precepto, bajo la rúbrica genérica *Comunione forzosa del muro sul confine*, establece: «Il proprietario di un fondo continguo al muro altrui può chiederne la comunione per tutta l'altezza o per parte di essa, purché lo faccia per tutta l'estensione della sua proprietà. Per ottenere la comunione deve pagare la metà del valore del muro, o della parte di muro resa comune, e la metà del valore del suolo su cui il muro è costruito. Deve inoltre eseguire le opere che occorrono per non danneggiare il vicino».

buye a todo propietario, cuya finca limite con un muro privativo del colindante, la facultad de adquirir le medianería del muro y de la mitad del suelo en que esté construido, abonando la mitad del valor del muro y del suelo. En el Derecho español, como ya he puesto de relieve, el art. 546-1 CCCat dispone que la medianería de valla es forzosa. En la misma idea se insiste en el art. 558-1.1: «La medianería en las paredes de vallado de patios, huertos, jardines y solares es forzosa hasta la altura máxima de dos metros o la que establezca la normativa urbanística aplicable». Ello contrasta con la medianería de carga que siempre es de constitución voluntaria y nunca se presume (art. 555-2.1 CCCat)[64].

Así pues, en el caso de la medianería de vallado, el propietario que pretende elevar la pared no tiene que obtener autorización del propietario de la finca colindante, sino que puede actuar unilateralmente ocupando la finca vecina y construyendo en ella la mitad de la pared (y la otra mitad en su propia finca)[65]. Tampoco el ejercicio de esta facultad genera ninguna indemnización a favor del propietario de la finca colindante. Ello es así porque la función de separación que cumple la construcción es útil a ambos propietarios. Mientras el colindante no valle totalmente su finca la función de cierre es incompleta, pero le reporta otros beneficios como la fijación de los límites entre las mismas o la separación material entre ambas fincas. Por este motivo se regula en el art. 546-1, dentro de las denominadas relaciones de contigüidad. Se puede ocupar unilateralmente la finca del vecino pero no se le puede obligar a pagar los gastos de construcción y mantenimiento de la pared, situación que se explica porque si bien la construcción de la valla proporciona al vecino ciertos beneficios, tampoco le otorga una utilidad plena ya que, mientras el cierre no es total, no es efectivo[66]. En cambio, cuando la utilidad de la pared sea total, de manera que se pueda presumir que el colindante se está aprovechando plenamente del gasto realizado por quien la construyó, surge la obligación de contribuir a los gastos de construcción y mantenimiento. Ello se produce, según el art. 555-8.2, cuando se edifica o cierra la finca.

Como pone de relieve LLÁCER MATACÁS, esta facultad que se consagra en la medianería de vallado para penetrar lícitamente en terreno ajeno de forma inmune a acciones posesorias, negatorias o de deslinde, marca una clara diferencia entre la medianería y las servidumbres forzosas: estas últimas no

---

[64] La medianería de carga era forzosa en la Compilación de 1960 (art. 285.1). Dicho carácter forzoso se eliminó con la Ley 13/1990, de 9 de julio, reguladora de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, y se mantiene en el CCCat.

[65] Cfr. GONZÁLEZ BOU, E., «La comunitat...», cit., pp. 176 y ss.; SEUBA TORREBLANCA, «Comentario...», cit., p. 610; SOLÉ RESINA, «Comentario...», cit., p. 1106.

[66] Cfr. POZO, VAQUER, BOSCH, *Derecho Civil*, cit., p. 258; SOLÉ RESINA, «Comentario...», cit., p. 1107.

admiten la actuación unilateral y precisan siempre de un convenio o resolución judicial. Por el contrario, las restricciones en interés privado legitiman al propietario vecino a actuar sin necesidad de título y amparan su actuación, que no puede calificarse de extralimitada siempre que se respeten los derechos que el propieario vecino pueda tener constituidos a su favor[67].

¿Cómo enfocar la cuestión en el régimen del CC español? En el Proyecto de 1851, según nos narra GARCÍA GOYENA, sí se admitía la adquisición de la medianería sin previo consentimiento del titular del fundo contiguo, aunque luego se modificó y se añadió la previa exigencia del consentimiento del medianero[68]. Así, el art. 517 quedó redactado de la siguiente manera: *«El propietario de una finca contigua a una pared divisoria podrá adquirir la medianería en toda la extensión o en parte de la que tenga la finca de su propiedad, obteniendo previamente el consentimiento del medianero o medianeros, y pagando a éstos la mitad del valor de la porción que adquiera de la medianería, y la mitad del valor del terreno sobre que la pared medianera está construida»*. Este régimen no pasó al Código civil, sino sólo la peculiaridad que aparece en el art. 578 CC, tomado del art. 660 del *Code civil* francés, recogido también en el art. 519 del Proyecto de 1851; pero deliberadamente se evitó adoptar la solución que el Código francés recoge en su art. 661[69].

En el Código civil español la medianería es siempre de constitución voluntaria. Como afirma GONZÁLEZ-ALEGRE, «no obstante regular el código la servidumbre de medianería entre las legales o forzosas, dando por ello a entender que pudiera exigirse su constitución, no es así»[70]. Expresamente se afirma en la STS de 5 de octubre de 1989 que *«al no reconocérsele en nuestra legislación carácter forzoso, su constitución sólo puede obedecer a la voluntad concorde de los propietarios colindantes»*[71]. La única excepción a lo anterior, es decir, la imposición forzosa de la medianería, como señala el prof. ALONSO PÉREZ, puede aparecer en los casos en que las ordenanzas locales así lo prevean[72]. Tratándose de

---

[67] Cfr. LLÁCER MATACÁS, «Relaciones...», cit., pp. 833 y ss. Se refiere a las diferentes maneras de explicar jurídicamente la constitución forzosa de la medianería, MOSQUERA ORDÓÑEZ, *Medianería*..., cit., pp. 111 y ss.

[68] Cfr. GARCÍA GOYENA, *Concordancias*..., I, cit., p. 446. Como destaca MOSQUERA ORDÓÑEZ, *Medianería*..., cit., pp. 122 y ss., esta diferencia con lo que establecen los Códigos francés e italiano, en que no hace falta el previo consentimiento, es esencial, y bastante contradictoria con el carácter forzoso de la servidumbre que se recogían en el art. 517 del Proyecto de 1851.

[69] Así lo pone de relieve PÉREZ SERRANO, N., «Dictamen núm. 25», en *Dictámenes*, I, Madrid, 1965, p. 176.

[70] Cfr. GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., *Manual de servidumbres*, 2ª ed., Nauta, Barcelona, 1962; *Las relaciones de vecindad*, Nauta, Barcelona, 1967, p. 124.

[71] STS de 5 de octubre de 1989 (*RJ* 1989\6887), Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel González Alegre y Bernardo.

[72] Cfr. ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit. p. 1462.

normas de carácter imperativo, se impondrían incluso a la voluntad de los particulares. Ello se reconoció en la STS de 12 de enero de 1906, en aplicación de las Ordenanzas Municipales de la ciudad de Oviedo, donde se mantiene que cuando alguien pretenda edificar o cerrar junto una pared contigua del vecino, tiene derecho a adquirir la medianería, abonando la mitad del elemento divisorio y la mitad del terreno[73].

Lo único que permite el art. 578 CC, sobre el que más adelante volveré, es una *ampliación forzosa* de la medianería (en los casos en que previamente un propietario ha elevado, profundizado o aumentado el espesor de la pared medianera), pero no su *constitución inicial forzosa*. Esta es la opinión mayoritaria en nuestra doctrina[74].

IV. FUENTES POR LAS QUE SE RIGE LA MEDIANERÍA

Las fuentes de regulación de la medianería están claras en los Derechos Civiles de las Comunidades Autónomas con una normativa específica sobre la materia. En el caso del Derecho Civil de Navarra, la Ley 376 de la Compilación de Derecho Civil Foral determina el carácter común y la indivisibilidad de los elementos al servicio de varias fincas, como paredes, muros,

---

[73] STS de 12 de enero de 1906 [*Jurisprudencia Civil* (Colección de la RGLJ), vol. 103, 1906, pp. 89 y ss.], Ponente: Excmo. Sr. D. Ildefonso López Aranda. En concreto, se afirma: «Aun cuando es indudable, y además está reconocido, que la pared de que se ha tratado en el actual pleito no es medianera sino propia exclusivamente de los hermanos Rosal, esto no obsta para que sobre ella pueda establecerse la servidumbre legal de medianería, a tenor de lo preceptuado en el art. 171 de las Ordenanzas municipales (del Ayuntamiento de Oviedo) en relación con el art. 571 CC, por no existir en este Cuerpo legal ningún otro precepto que se oponga a tal servidumbre sobre la base y reconocimiento previo de la propiedad exclusiva de la pared divisoria a favor de quien por verdadera expropiación tenga que sufrir en adelante tal servidumbre (...), derecho que deberá reconocerse (al demandado) únicamente cuando llegue el momento en que éste proceda a la reconstrucción del edificio contiguo que haga necesaria dicha servidumbre».

[74] Cfr. ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1462; REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit., p. 534; GARCÍA PÉREZ, C., «Comentario a los arts. 575 a 579», en RAMS ALBESA, J. (Coord.), *Comentarios al Código civil, III, Libro Segundo (Títulos I a VIII)*, J. M. Bosch, Editor, Barcelona, 2001, pp. 1090 y ss.

En contra, MARÍN MONROY, A., «Medianería. Precedentes. Ordenación, Naturaleza. Problemas», *RCDI*, 1927, pp. 897 y ss., quien considera que la solución del art. 578 CC debe aplicarse más allá de los casos de mayor elevación, a los de construcción de pared medianera, por considerar que «hay más razones de utilidad, por la superposición y unión de la obra nueva, para conceder la medianería». Se basa para ello en el art. 661 del *Code civil* francés; pero como ya he destacado, el hecho de que en nuestro CC no exista un precepto similar, no fue un descuido del legislador, sino una omisión deliberada. No obstante, como destaca REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit., p. 534, nota 37, la postura aislada de MARÍN MONROY puede encontrar cierto apoyo en la STS de 15 de marzo de 1934 [*Jurisprudencia Civil* (Colección de la RGLJ), vol. 213, 1934, pp. 131 y ss.], Ponente: Excmo. Sr. D. José Fernández Orbeta.

cercas o vallados medianeros. Tal y como se desprende de la STSJ de Navarra de 17 de enero de 2003[75], de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 371, estas comunidades de bienes o derechos se rigen por el título de constitución, con arreglo a lo que sobre el particular establezcan los comuneros. En su defecto, se aplican los usos y costumbres. A falta de acuerdo y de norma consuetudinaria, debe acudirse a lo que se establece para estas comunidades especiales en la Ley 376. Finalmente, y con carácter supletorio, habrá que acudir a las reglas recogidas en el Capítulo II del Título II para la comunidad proindiviso, en tanto en cuanto sean compatibles y no se opongan a la naturaleza indivisible e indisponible de la medianería[76].

En el Derecho Civil catalán, como sabemos, se distingue entre medianería de vallado y medianería de carga. Las vallas de cierre medianeras aparecen reguladas entre las «relaciones de contigüidad» (art. 546-1 CCCat) y las comunidades especiales por razón de medianería (arts. 555-1 y 555-8 CCCat). Para la medianería de vallado el art. 546-1.2 CCCat dispone que «se rige por las normas del título V» (dentro de éste, según el art. 551-2.4, «la medianería se rige por las disposiciones del capítulo V»), y tratándose de una medianería forzosa hay que tener en cuenta que lo es con ese carácter hasta la altura máxima de dos metros o la que establezca la normativa urbanística aplicable[77]. La medianería de carga es, por el contrario, voluntaria, por lo que se rige en primer lugar por lo que se establezca en el negocio jurídico constitutivo, y por lo que disponen los arts. 555-2 a 555-7 CCCat[78].

El régimen del CC español es un tanto confuso en este punto. Según el art. 571 CC «la servidumbre de medianería se regirá por las disposiciones de este título y por las ordenanzas y usos locales en cuanto no se opongan a él, o no esté prevenido en el mismo». Comparado este precepto con la situación existente en los Derechos navarro y catalán, el principal problema de interpretación que se plantea es el del lugar que ocupa el título constitutivo en la

---

[75] STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) de 17 de enero de 2003 (*RJ* 2003\2216), Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Abárzuza Gil.

[76] En último lugar, con arreglo a lo que disponen las Leyes 2 y 6, en cuanto fuere compatible con el Derecho navarro, se aplicarían las reglas de la comunidad de bienes y de la medianería del CC. Cfr. FERNÁNDEZ URZAINQUI, «Las servidumbres...», cit., pp. 1477 y ss.; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Comentario a las Leyes 371 y 376», en RUBIO TORRANO, E. (Dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra*, Gobierno de Navarra, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 1175 y ss., y 1202 y ss.; DORAL GARCÍA. J. A., «Comentario a la Ley 371», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., XXXVIII-1º, *Leyes 346 a 487 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 2002, pp. 71 y ss.

[77] Cfr. LLÁCER MATACÁS, «Relaciones...», cit., p. 832.

[78] Cfr. POZO, VAQUER, BOSCH, *Derecho Civil*, cit., p. 260; SOLÉ RESINA, «Comentario...», cit., pp. 1091 y ss.

jerarquía de fuentes. DE BUEN considera que las reglas del título constitutivo deben aplicarse con preferencia al CC[79]. Por el contrario el Prof. ALONSO PÉREZ considera que los pactos entre particulares sólo pueden «aclarar, completar o integrar la normativa prioritaria señalada imperativamente en el art. 571 CC», a lo que añade que «no puede admitirse la preferencia del título constitutivo sobre el propio CC»[80].

A mi juicio lo dispuesto en el título constitutivo tiene carácter preferente, quedando las normas del CC como supletorias o subsidiarias para lo no previsto expresamente por los contratantes. Esta postura creo que se acomoda mejor al tratamiento de la medianería en el CC, que no es de constitución forzosa, sino todo lo contrario: de constitución voluntaria. Aunque ello debe ser entendido en sus justos términos, es decir, teniendo en cuenta que los pactos entre los particulares no pueden afectar a los preceptos del CC que tienen naturaleza imperativa[81]. Desde esta perspectiva, a salvo las normas de carácter imperativo, las fuentes de regulación estarían constituidas en primer lugar por el título constitutivo. En segundo lugar las disposiciones del Título VII, es decir, los 571 a 579 CC, pero también otros preceptos como los arts. 580 y 581 (apertura de ventanas o huecos en pared medianera); 590 (límites a construcciones cercanas a pared medianera), 593 (árboles medianeros). También puede resultar aplicable el régimen de las servidumbres voluntarias (especialmente el art. 594 CC, con amplio margen a la autonomía de la voluntad); y, como luego veremos, también cabe acudir a los arts. 392 y ss. del CC sobre la comunidad de bienes (salvo las reglas del retracto de comuneros y lo relativo a la acción de división). Las Ordenanzas y usos locales mientras no se opongan a lo establecido en el Título VII, no son sólo fuente supletoria (en lo que no esté previsto en dicho Título), sino que son fuente complementaria por remisión expresa del precepto (en cuanto no se opongan a él).

V. FORMAS DE CONSTITUCIÓN DE LA MEDIANERÍA

Frente al régimen de los Derechos Civiles de las Comunidades Autónomas con una regulación específica sobre la materia, en el caso del CC muy poco se puede extraer en claro sobre la forma de constituirse la medianería.

---

[79] Cfr. DE BUEN, D., «Servidumbre de medianería», en *Enciclopedia Jurídica Española*, XXVII, Seix, Barcelona (sin fecha), pp. 709 y ss.; En el mismo sentido, BORREL Y SOLER, A. M., *Derecho civil español, II, Derechos Reales*, Bosch, Barcelona, 1955.

[80] Cfr. ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1459.

[81] En este sentido, SEOANE SPIEGELBERG, «La servidumbre...», cit., p. 212; PASTOR ÁLVAREZ, «Comentario...», cit., p. 1054; REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit., pp. 536 y ss.

Se regulan una serie de presunciones favorables a la medianería y signos contrarios a la misma en los arts. 572 a 574, de los se puede concluir que la existencia de un elemento divisorio entre dos fincas no implica necesariamente que deba tener carácter común, sino que puede ser privativo de uno de los propietarios colindantes. En este sentido, se puede afirmar que la medianería surge normalmente por la construcción de un elemento medianero de común acuerdo por los propietarios contiguos, o bien, porque habiéndose construido a costa y en terreno de uno, el otro adquiera después la medianería a título oneroso o gratuito. Lo que el CC no admite, como acabamos de analizar, es la imposición forzosa o coactiva de la medianería, salvo que lo prevean las ordenanzas municipales (art. 571 CC).

1. Título o negocio jurídico

Cabe indudablemente constituir la medianería mediante título o negocio jurídico entre los propietarios de las fincas colindantes. Las presunciones a favor y en contra de los arts. 572 a 574 CC (todas ellas *iuris* tantum) están plagadas de alusiones a la existencia de un *título* que pueda probar lo contrario. Así, o el muro se levanta de común acuerdo, o el propietario individual del mismo cede la mitad del mismo al vecino a título oneroso o gratuito. Esta posibilidad está establecida de manera expresa para la medianería de carga en el Derecho catalán en el art. 555-2.3 CCCat: «Los propietarios de fincas colindantes pueden acordar establecer la medianería y construir la pared medianera».

Fuera de este supuesto, y teniendo en cuenta que el CC considera la medianería como una servidumbre (*«la servidumbre de medianería se regirá por las disposiciones de este título»*, comienza diciendo el art. 571 CC) cabe plantear si es posible admitir alguna de las disposiciones relativas a la adquisición de las servidumbres, como la usucapión y el signo aparente. A mi juicio la respuesta debe ser afirmativa. Así se asume por la SAP de Cuenca de 10 de febrero de 2000 en la que se afirma: *«si bien es cierto que el Código Civil no regula la constitución de la medianería, al considerarla como servidumbre en el art. 571, es lógico que se le apliquen las normas de adquisición de las servidumbres —arts. 537 a 542—, por lo que la medianería se puede constituir por título o negocio jurídico entre los propietarios de los predios colindantes; por usucapión, si él propietario contiguo se comporta durante el tiempo requerido de 20 años como condueño del elemento divisorio, ya que se trata de una servidumbre continua y aparente; por signo aparente o destino del padre de familia, en el supuesto a que alude el artículo el art. 541 del Código o finalmente, por presunciones favorables sin título signo o prue-*

ba en contrario»[82]. La mayoría de la doctrina se muestra conforme con esta manera de plantear las cosas[83].

2. Adquisición por usucapión

Algunas dudas plantea la posibilidad de adquirir la medianería por usucapión, siempre que se hubiera poseído en concepto de medianero, es decir, de condueño del elemento divisorio. El primer problema a resolver en este caso sería el de las normas aplicables a la usucapión. Para un sector de la doctrina, tratándose de una copropiedad, aunque sea especial, deben aplicarse las normas generales sobre usucapión, de manera que podría admitirse la usucapión ordinaria con buen fe y justo título (art. 1957 CC) y la usucapión extraordinaria tras el transcurso de treinta años (art. 1959 CC)[84]. Otros autores, en cambio, entienden que, ya que el legislador considera a la medianería como una servidumbre, se deben aplicar las normas especiales de usucapión de servidumbres. De manera que tratándose de una servidumbre continua y aparente, se aplicaría el plazo de veinte años del art. 537 CC[85]. Este planteamiento me parece más convincente y es el que acoge la STS de 10 de diciembre de 1984[86]. Lo que

---

[82] SAP de Cuenca de 10 de febrero de 2000 (*JUR* 2000\108661), Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis López-Calderón Barreda. En parecido sentido se expresa la SAP de Cantabria (Secc. 1ª) de 11 de octubre de 2004 (*JUR* 2004\276880), Ponente: Ilma. Sra. Dª Patricia Bartolomé Obregón: *«La medianería se puede adquirir de muchas maneras (cesión onerosa o decisión unilateral aceptada por el contrario, por usucapión —art. 537 CC—, por signo aparente o destinación del padre de familia —art. 541 CC— o por una presunción favorable a su existencia»*. E igualmente la SAP de Ávila de 23 de septiembre de 2004 (*JUR* 2004\295480), Ponente: Ilma. Sra. Dª Carmen Molina Mansilla: *«la medianería puede constituirse por acto de voluntad (acuerdo o convenio de los colindantes, o decisión unilateral de uno de ellos, si media aceptación o conformidad del otro); también por presunción o signo aparente, por aplicación del art. 541 CC, y por las reglas generales de la usucapión»*.

[83] Cfr. ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., pp. 1461 y ss.; SEOANE SPIEGELBERG, «La servidumbre...», cit., pp. 213 y ss.; MOSQUERA ORDÓÑEZ, *Medianería*..., cit., pp. 93 y ss.; PASTOR ÁLVAREZ, «Comentario...», cit., p. 1057; REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit., pp. 541 y ss.

[84] Cfr. MELÓN INFANTE, «En torno...», cit., pp. 293 y ss.; PUIG I FERRIOL, L., ROCA TRÍAS, E., *Fundamentos de Derecho Civil de Cataluña*, III, Bosch, Barcelona, 1984, p. 103; LÓPEZ Y LÓPEZ, MONTÉS PENADÉS, *Derechos reales*...,cit., p. 265; TORRES LANA, J. A., «De las servidumbres (comentario a los arts. 530 a 604 CC)», en ALBÁCAR LÓPEZ. J. L., TORRES LANA, J. A., CAVANILLAS MÚGICA, S., *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, II, Trivium, Madrid, 1991, p. 980.

[85] Cfr. DE BUEN, «Servidumbre...», cit., p. 712; ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., pp. 1462; RIVERA SERRANO, *Servidumbre*..., cit., p. 36; SEOANE SPIEGELBERG, «La servidumbre...», cit., p. 218; MOSQUERA ORDÓÑEZ, *Medianería*..., cit., pp. 105 y ss.; REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit., p. 548.

[86] STS de 10 de diciembre de 1984 (RJ 1984\6055), Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz, en la que se afirma: «es también desestimable el motivo noveno, en el que se alega la violación en sentido negativo del art. 537 en relación con los arts. 547 y 1957 todos ellos del CC; en cuyo desarrollo se pretende el absurdo de que el recurrente ha ganado por prescripción una eleva-

ocurre es que, en materia de servidumbres, sólo se contempla un tipo de usucapión sometida al plazo de veinte años, sin necesidad de buena fe ni justo título, por lo que estaríamos ante una usucapión extraordinaria de plazo abreviado.

No obstante, la cuestión dista de ser segura en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues en la STS de 29 de octubre de 2007, sin que se cuestione nada sobre las reglas relativas a la adquisición por usucapión de la medianería, se considera aplicable el art. 1957 CC en cuanto a la usucapión ordinaria[87]. Con ello acaso se está adoptando la postura intermedia que en su día defendiera LACRUZ[88] en el sentido de considerar aplicable, por la remisión que se hace a las reglas de las servidumbres, lo dispuesto en el art. 537 CC, de manera que la medianería podría adquirirse por usucapión extraordinaria a los veinte años cuando faltan el justo título y la buena fe; pero también por usucapión ordinaria con los plazos que señala el art. 1957 CC[89].

Partiendo de estos datos, teniendo en cuenta que el art. 1957 CC no hace ninguna excepción, la usucapión ordinaria sería aplicable a cualquier servidumbre (incluidas las del art. 539 CC); mientras que la extraordinaria de 20 años sólo se aplicaría a las continuas y aparentes. Este planteamiento, es el que

---

ción de pared situada en gran parte dentro de la esfera dominical de su convecino, aplicando la normativa general de la usucapión del dominio con olvido del carácter de servidumbre que según el CC tiene la medianería y de la normativa especial sobre prescripción de estos gravámenes sobre los inmuebles, y en especial descuidando totalmente la prueba del comienzo de la supuesta prescripción, sobre lo que nada consta acreditado en la instancia». En el mismo sentido, aunque de manera bastante confusa, la STS de 25 de marzo de 2003 (RJ 2003\2927), Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

[87] STS de 29 de octubre de 2007 (*RJ* 2007\8260), Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. El problema que se plantea en esta sentencia es si un documento privado puede servir de justo título para la usucapión ordinaria de la medianería, lo que se resuelve en sentido afirmativo. Los hechos son los siguientes: la madre del actor, atribuyéndose cualidad de dueña, suscribió con el demandado un documento privado por el que se declaraba que la pared divisoria colindante entre las fincas urbanas de su propiedad, desde el frente al fondo, les pertenecía a ambas, pudiendo "mutuamente cada una de las partes, obrar cuando les sea necesario sobre la misma, sin derecho a indemnización alguna...". El demandado levantó una edificación en su propiedad ocupando parte del muro divisorio referido; pero al tiempo de suscribir el documento privado antedicho, la propiedad de la finca no la ostentaba la madre del actor sino un tercero con quien convivía, ignorando tal circunstancia el demandado. Vid. el comentario de ZUMAQUERO GIL, L., «Adquisición de muro divisorio por usucapión ordinaria. Comentario a la STS de 29 de octubre de 2007 (*RJ* 2007\8260)», en *RDPtr*., núm. 22, 2009, pp. 423 y ss.

[88] Cfr. LACRUZ BERDEJO (et al.), *Elementos*..., cit., III-2º, p. 518. En el mismo sentido, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, C., *Usucapión de servidumbres,* Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 128 y ss.

[89] En este punto, la citada sentencia de 29 de octubre de 2007 es poco clara pues se afirma que ya había transcurrido un plazo superior a los veinte años que exige el art. 1957 CC para la prescripción del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles (*sic*). Realmente este precepto recoge un plazo de diez años entre presentes y veinte entre ausentes. En este caso, tal y como se desprende de los hechos hubiera bastado el plazo de diez años, pero la sentencia en ningún caso se plantea esta posibilidad ni la de aplicar en su caso el art. 537 CC.

se acoge en los arts. 147 y 148 de la Compilación de Aragón; y en la Ley 397 de la Compilación Navarra. En cambio en Cataluña, según el art. 566-2.1: *«Las servidumbres solo se constituyen por título, otorgado de forma voluntaria o forzosa»*. Y más claramente, el art. 566-2.3: *«Ninguna servidumbre puede adquirirse por usucapión»*.

Volviendo al régimen del CC, lo cierto es que la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales se inclina mayoritariamente, con cita de la STS de 10 de diciembre de 1984, por aplicar a la medianería el régimen de usucapión de las servidumbres del art. 537 CC. Así, en la SAP de Cantabria de 24 de mayo de 2000 se afirma: *«La prescripción como forma de constitución de la medianería está expresamente admitida por la mayoría de la doctrina, catalogándose la medianería como una servidumbre continua y aparente susceptible de ser adquirida por prescripción de veinte años (STS de 10 de diciembre de 1984), reconociéndose igualmente la posibilidad de que por el recíproco juego de intereses concurrente, un mismo muro pueda albergar naturaleza mixta, medianera y privativa a la vez, en partes distintas»*[90].

No obstante, como se ha destacado, el problema que plantea aplicar el régimen de la usucapión previsto para las servidumbres, es que no está claro que estemos en todo caso ante una servidumbre aparente, en el sentido del art. 532 CC, como las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas. Aunque la mera función de apoyo en las paredes de algunas construcciones suele exteriorizarse de manera más o menos evidente, en otras ocasiones pueden no estar a la vista. Ante la ausencia de una norma de la claridad del art. 561 para la servidumbre de acueducto (*«será considerada como continua y aparente, aun cuando no sea constante el paso del agua, o su uso dependa de las necesidades del predio dominante, o de un turno establecido por días o por horas»*), habrá que concluir que si la medianería no es aparente no se puede adquirir por usucapión[91].

---

[90] SAP de Cantabria (Secc. 3ª) de 24 de mayo de 2000 (*AC* 2000\1958) Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Alonso Roca. Vid. en este mismo sentido, entre otras, la SAP de Badajoz (Secc. 3ª) de 30 de enero de 2002 (*JUR* 2002\134706), Ponente: Ilma. Sra. Dª Marina Muñoz Acero; SAP de Salamanca de 7 de mayo de 2002 (*JUR* 2002\187000) Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Marino Borrego; SAP de Ciudad Real (Secc. 2ª) de 31 de octubre de 2002 (*JUR* 2003\62866), Ponente: Ilma. Sra. Dª Carmen Pilar Catalán Martín de Bernardo; SAP de Asturias (Secc. 6ª) de 3 de mayo de 2005 (*JUR* 2005\113272), Ponente: Ilma. Sra. Dª Elena Rodríguez-Vigil Rubio; SAP de Cáceres (Secc. 1ª) de 26 de octubre de 2005 (*AC* 2005\2146), Ponente: Ilmo. Sr. D. Salvador Castañeda Bocanegra; SAP de Las Palmas (Secc. 5ª) de 15 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006\65006), Ponente: Ilma. Sra. Dª Mónica García de Yzaguirre; SAP de Las Palmas (Secc. 3ª) de 12 de junio de 2006 (*JUR* 2006\230163), Ponente: Ilmo. Sr. D. Ildefonso Quesada Padrón; SAP de Pontevedra (Secc. 1ª) de 31 de enero de 2008 (*JUR* 2008\123867), Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Menéndez Estébanez.

[91] Cfr. REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit., pp. 546 y ss. En contra, CERDEIRA, *Usucapión*..., cit., pp. 132 y ss.

Así se infiere de la jurisprudencia. En el caso resuelto por la SAP de Zaragoza de 11 de mayo de 1998 se admite la adquisición de la medianería por usucapión de veinte años al estar introducidas las vigas de la casa del demandado en una pared inicialmente de propiedad privativa exclusiva, por considerarse acreditado pericialmente que ello era visible desde la propia casa de los demandantes[92]. En cambio, en la SAP de León de 2 de marzo de 1998 se considera que no se había llegado producir la adquisición por usucapión porque la introducción de las vigas del edificio colindante en pared ajena sólo era visible desde aquél, es decir, que la pretendida servidumbre de medianería no era aparente[93]. Un supuesto similar se plantea en la SAP de Toledo de 17 de abril de 2000 donde se afirma: «el propio Juzgador aborda este problema, dando una solución al mismo razonada y razonable, concluyendo que *en ningún caso se encuentra probada la circunstancia de que el apoyo de la viga que sujeta uno de los extremos de la cubierta del pequeño porche del demandado tuviera una antigüedad superior a veinte años; todo ello sin perjuicio de la calificación de dichos derechos de medianería hipotéticamente adquiridos como servidumbre "aparente", cuya naturaleza jurídica en principio niega el propio Juzgador* debido a la dificultad de comprobar dicho apoyo, circunstancia que solo puede hacerse desde el interior del patio del demandado»[94].

3. Adquisición por signo aparente

Cabe igualmente plantear la posibilidad de constituir la medianería al amparo del art. 541 CC. Según este precepto: «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». La aplicación de este precepto queda reducida a las denominadas servidumbres aparentes, pues la norma alude únicamente a los supuestos en que hay un signo aparente de servidumbre[95]. No obstante, como

---

[92] SAP de Zaragoza (Secc. 5ª) de 11 de mayo de 1998 (*AC* 1998\5807), Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Luis Pastor Oliver. En esta sentencia se plantea la posibilidad de que la servidumbre de medianería pueda ser considerada como no aparente.

[93] SAP de León (Secc. 2ª) de 2 de marzo de 1998 (*AC* 1998\608), Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Francisco Alvarez Rodríguez.

[94] SAP Toledo (Secc. 1ª) 17 de abril de 2000 (*CENDOJ* 45168370012000100380), Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafal Cáncer Loma.

[95] Cfr. TAMAYO, A., *El derecho real de servidumbre. Estudio de una revisión del Código civil en materia de serividumbres*, Bosch, Barcelona, 1956, pp. 97 y ss.; CUADRADO IGLESIAS, C., *La*

se ha destacado, donde el art. 541 CC dice «signo aparente de servidumbre», también puede leerse «declaración de servidumbre inscrita en el Registro de la Propiedad», dada la mayor fuerza legitimadora del asiento registral. De esta manera, el propietario único de dos fincas puede inscribir en el Registro la constitución unilateral de una servidumbre entre ellas, y así el gravamen surgirá si enajena una de ellas, 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[96].

Ciertamente es signo contrario a la medianería que resulte construida toda la pared sobre el terreno de una de las fincas, y no por mitad entre una y otra de las dos contiguas (art. 573.3 CC). Pero cuando las fincas pertenecen al mismo dueño, la enajenación de una de ellas, hace surgir la situación de medianería, cuando se cumplen el resto de los requisitos que exige la jurisprudencia para aplicar el art. 541 CC. Según la STS de 7 de julio de 1983 estos requisitos son los siguientes: a) Dos predios pertenecientes a un solo propietario; b) Un estado de hecho entre ambos del que resulte por signos visibles y evidentes que el uno presta al otro un servicio determinante de una servidumbre; c) Que estos signos demostrativos de la servidumbre fueran establecidos por el dueño común, el "padre de familia"; y d) Que uno de los predios sea enajenado por éste sin establecerse nada en contra de la pervivencia de tal servidumbre[97].

Partiendo de esta idea se afirma en la STS de 13 de mayo de 1986: «sentándose en la resolución recurrida como fundamentos fácticos la concurrencia de tales requisitos, en cuanto se da por probado la pertenencia de ambos edificios a un mismo propietario, *la existencia de un signo evidente de servidumbre como es el apoyo de uno de los edificios en el otro*, signo éste persistente en el momento de la venta de uno de los inmuebles, así como que en las correspondientes escrituras no figura cláusula ni determinación alguna expresamente contraria a la persistencia de la servidumbre, fundamentos fácticos éstos que, al no ser eficazmente combatidos en casación por haberse rechazado el anterior motivo, han quedado inmutables, *es obvia la aplicabilidad al supuesto de autos del precepto del art. 541 CC* (...)»[98]. La mayor par-

---

servidumbre de propietario, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008, pp. 163 y ss.

[96] Cfr. GARCÍA GARCÍA, J. M., «Comentario a la STS de 21 de octubre de 1976», *RCDI*, núm. 529, 1978, pp. 1254 y ss.; y JORDANO FRAGA, F., «Prehorizontalidad y servidumbre de propietario», *RDN*, núm. 113-114, 1981, p. 223.

[97] STS de 7 de julio de 1983 (*RJ* 1983\4114), Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López (se recoge en esta sentencia la jurisprudencia anterior sobre la materia).

[98] STS de 13 de mayo de 1986 (*RJ* 1986\2722), Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López. Vid. igualmente las SAP de Asturias (Secc. 1ª) de 12 de julio de 20000 (*JUR* 2000\

te de la doctrina se muestra favorable a admitir este modo de constitución de la medianería[99]. Y como afirma REBOLLEDO VARELA, admitir que la medianería ha podido quedar constituida por signo aparente con arreglo al art. 541 CC tiene su interés, pues cabría sostener que la medianería llegaría no sólo hasta el punto común de elevación (art. 572.1) sino a la pared en su totalidad. Además, cuando las presunciones del art. 572 no fueran de aplicación por ser los predios de diversa naturaleza, la medianería habría surgido por título o signo aparente, que igualmente desvirtuaría los posibles signos contrarios que pudieran existir de entre los que recoge el art. 573 CC[100].

VI. PRESUNCIONES FAVORABLES A LA MEDIANERÍA

El CC establece en los arts. 572 a 574 una serie de presunciones favorables o contrarias a la medianería, que se basan en la necesidad de regular aquellas situaciones en que no es posible aportar un título constitutivo de la medianería, o que ayudan a demostrar la propiedad exclusiva de la pared, cerca o vallado[101]. Esta parte de la regulación de la medianería es fundamental, aunque a primera vista no lo parezca, porque en la práctica el problema más importante que se plantea es el de la calificación como medianería de lo que de hecho separa a los edificios o fincas[102]. Las presunciones favorables a la existencia de medianería se recogen en los arts. 572 y 574-1. En los arts. 573 y 574-2 se enumeran una serie de medios para destruir las anteriores presunciones. Como se destaca en la SAP de Ourense de 30 de septiembre de 2003, en los arts. 572 y 574 CC «se presume la existencia de medianería mientras no haya título o signo exterior o prueba en contrario. Dicha presunción, que es *iuris tantum* dispensa a quien favorece de probar aquélla, e invierte la carga de la prueba que corresponderá a quien la niega[103].

272003), Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa; y SAP de Castellón (Secc. 3ª) de 25 de febrero de 2005 (*JUR* 2005\194163), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Marco Cos.

[99] Cfr. PÉREZ SERRANO, «Dictamen...», cit., p. 182; MELÓN INFANTE, «En torno...», cit., pp. 256 y ss.; ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., pp. 1462; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos Reales...*, I, cit., p. 624; REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit., pp. 547 y ss.

En contra, la STS de 21 de noviembre de 1985 (*RJ* 1985\5622), Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime De Castro García. Vid. el comentario a la misma de PUIG I FERRIOL, L., «Constitución tácita de servidumbres por signo aparente», *CCJC*, núm. 9, 1985, pp. 3112 y ss.

[100] Cfr. REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit., p. 548.

[101] Cfr. ROCA JUAN, «Comentarios...», cit., pp. 204 y ss.; ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., pp. 1462 y ss.

[102] Así lo destacan DIEZ-PICAZO, GULLÓN, *Sistema...*, III, cit., p. 458.

[103] SAP de Ourense (Secc. 2ª) de 30 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003\251532), Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernado Alañón Olmedo. En el mismo sentido la SAP de Segovia de 18 enero 2001 (*AC* 2001\709), Ponente: Ilma. Sra. Dª María José Villalain Ruiz; y la SAP de Cuenca de 14 febrero 2001 (*JUR* 2001\125158), Ponente: Ilmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

Como se afirma en el art. 385.1 LEC, las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Estas presunciones admiten prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohiba (lo que no es el caso de los arts. 572 y 574 CC). A ello se refiere el art. 385.2 LEC, al disponer que cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción. Por lo que se refiere a la carga de la prueba, se rige por lo establecido en los núm. 2 y 3 del art. 217 LEC. En este sentido, corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención. Paralelamente, incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior[104].

Paso ahora a analizar las presunciones legales favorables a la existencia de la medianería[105].

1º. *En las paredes divisorias de los edificios contiguos hasta el punto común de elevación* (art. 572.1º CC). Cuando la pared divide edificios contiguos la presunción de medianería llega hasta el punto común de elevación, sin que sean necesario que dicha pared esté construida en la línea divisoria de dos predios. Es suficiente con que no exista signo contrario y la pared separe las dos edificaciones (*Gráfico 1*), siendo habitual que la separación exista desde los cimientos (*Gráfico 2)*. Como se afirma en la SAP Castellón de 18 de febrero 2002, esta presunción, en su interpretación en contrario, significa que «en todo aquello que superara un edificio en sobreelevación al otro, no se entenderá medianero, con lo que, naturalmente, tal altura de pared sólo podrá pertenecer al dueño del edificio más elevado. La lógica de las cosas impide que la medianería, que, no se olvide, es la situación de existencia y

[104] Sobre la carga de la prueba en el caso de la medianería, haciendo aplicación del contenido del art. 217 LEC, la SAP de Badajoz (Secc. 3ª) de 16 octubre 2002 (*JUR* 2003\70668), Ponente: Ilmo. Sr. D. Isidoro Sánchez Ugena; SAP de Almería (Secc. 2º) de 13 de enero de 2003 (*JUR* 2003\75415), Ponente: Ilmo. Sr. D. Benito Gálvez Acosta; y SAP de Cuenca (Secc. 1ª) de 13 octubre 2005 (*JUR* 2005\236238), Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando de la Fuente Honrubia.

[105] Sobre cada una de estas presunciones, vid. Roca Juan, «Comentarios...», cit., pp. 206 y ss; Alonso Pérez, «Comentario...», cit., pp. 1462 y ss; Pastor Álvarez, «Comentario...», cit., pp. 1058 y ss.

disfrute de un pared común (...) pueda continuar más allá del punto donde, por acabar, no se proyecta unos de los edificios»[106].

Gráfico 1.

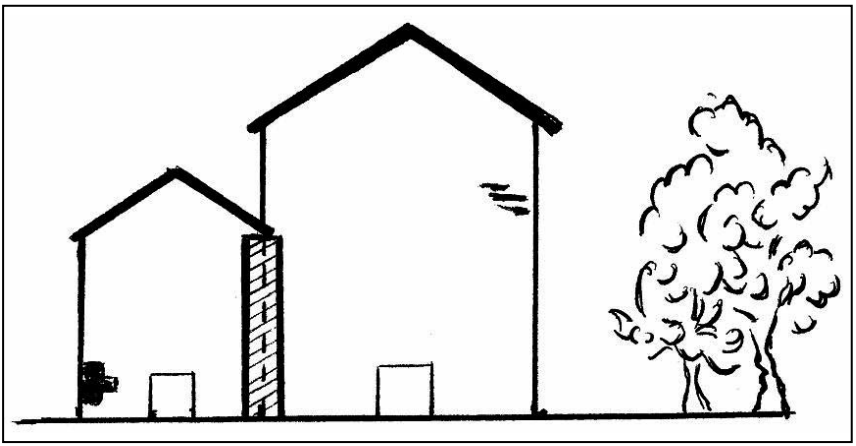
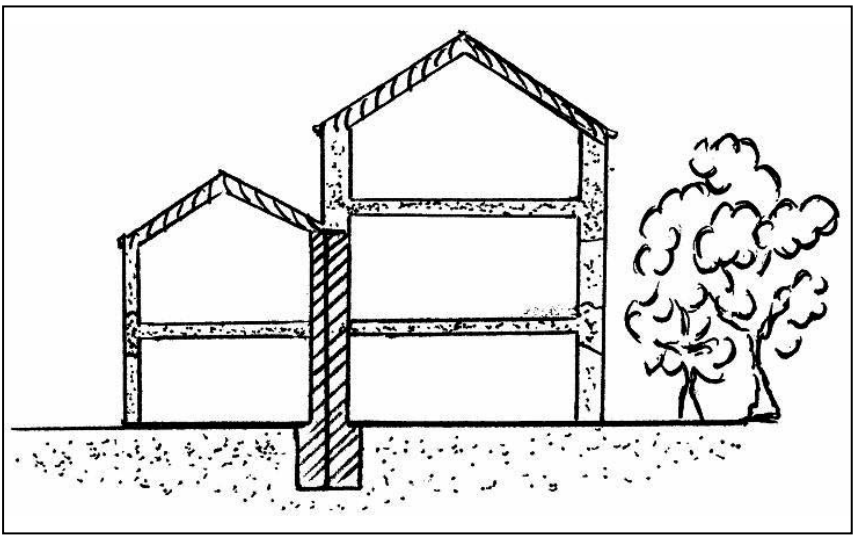


Gráfico 2.



[106] SAP Castellón (Secc. 2ª) de 18 de febrero 2002 (AC 2002\735), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Antón Blasco. En el supuesto que se analiza en la SAP de Castellón (Secc. 1ª) de 19 de febre-

No obstante, según destaqué con anterioridad, si se admite que la medianería se puede constituir por signo aparente de acuerdo con el art. 541 CC, podría mantenerse que tal medianería llegaría no sólo hasta el punto común de elevación sino a la pared en su totalidad.

2º. *En las paredes divisorias de los jardines o corrales sitos en poblado o en el campo* (art. 572.2º CC). El precepto se refiere a «jardines» o «corrales» a título de mero ejemplo, debiendo entenderse incluidos cualesquiera predios que no sean edificios, separados entre sí por pared, como huertas, patios, campos, etc.[107]. De hecho, al tratar de los signos contrarios a la medianería, el art. 573.5º se refiere a «patios, jardines y heredades». Lo que es esencial es que la pared divida dos predios, ya que en otro caso no puede funcionar la presunción. Esto es lo que ocurrió en el supuesto resuelto por la SAP de Cantabria de 24 de mayo de 2000: «describiéndose en los títulos claramente los linderos, no puede presumirse la existencia de la medianería descrita en el artículo 572-2º ó 3º CC, pues la pared o muro separa la finca del actor del camino público (...), no de la casa del demandado señor G., y deduciéndose de los títulos que la pared que constituye continuación del muro de cerramiento de la finca del actor separa ésta del camino público, no pueden entrar a jugar las presunciones descritas en el artículo precitado, que es claro cuando dice que se presume la servidumbre de medianería mientras no haya un título, o signo exterior, o prueba en contrario»[108].

3º. *En las cercas, vallados y setos vivos que dividen los predios rústicos* (art. 572.3º CC). Se recogen aquí las tres formas de cerramiento más usuales en los predios rústicos, lo que no excluye que puedan ser de otro tipo como filas de árboles, zanjas, empalizadas, o alambradas, siempre que sirvan para dividir predios rústicos[109]. Hay que entender que esta presunción sólo es ope-

---

ro de 2005 (*JUR* 2005\158681), Ponente: Ilma. Sra. Dª Aurora de Diego González, el Tribunal declara que no aprecia ningún error en la resolución impugnada al afirmar que el muro de autos era medianero y no privativo de los demandados, *«pues además de que es de aplicación la presunción legal de medianería respecto de las paredes divisorias de los edificios contiguos hasta el punto común de elevación que contiene el art. 572.1º del CC, concurre la circunstancia de que ambas propiedades tenían cargas sobre el muro que servía de apoyo a ambas propiedades, lo que claramente confirma su carácter medianero, consideración que no ha sido desvirtuada de contrario, y que basta para lograr la convicción de que es compartida la propiedad sobre la pared de ambas partes»*.

[107] Cfr. Mucius Scaevola, *Código Civil*, X, cit., p. 439.

[108] SAP de Cantabria (Secc. 3ª) de 24 de mayo de 2000 (*AC* 2000\1958) Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Alonso Roca.

[109] Por ejemplo, se refiere a una valla de alambre, malla o red metálica, la SAP de Zaragoza (Secc. 5ª) de 18 de mayo de 2005(*JUR* 2005\133944), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García. La mayor parte de las veces los problemas aparecen en el caso de setos vivos. Vid. la SAP de Baleares (Secc. 3ª) de 31 de enero de 2003(*JUR* 2003\148018), Ponente: Ilma. Sra. Dª María Rosa Rigo Rosselló.

rativa cuando ambos predios están cerrados, y no cuando uno de ellos no lo esté, pues entonces la presunción se destruye por el signo contrario a que se refiere el art. 573.7º CC (cuando las heredades contiguas a otras defendidas por vallados o setos vivos no se hallen cerradas). Debe tenerse presente que según el art. 593 CC, los árboles existentes en un seto vivo medianero se presumen también medianeros, aunque el precepto parece más bien dar a entender que no hay medianería sino copropiedad de los árboles situado en el predio medianero[110].

Un sector de la doctrina, que puede considerase mayoritario, considera que las hipótesis de presunciones favorables a las servidumbres del art. 572 CC son *numerus clausus* y no pueden extenderse a supuestos distintos de los expresamente recogidos en el mismo. Es decir, las presunciones que acabamos de ver sólo operarían cuando la contigüidad sea entre «edificios» (núm. 1), entre «jardines o corrales» (núm. 2), o entre «predios rústicos» (núm. 3). En caso contrario no es que no pueda existir la medianería, sino que tendrá que probarse por quien lo alegue sin que pueda ampararse en ninguna presunción[111]. Sin embargo, no se aprecian razones de peso para mantener esta opinión, por lo que me parece más acertada la opinión que defiende la posibilidad de admitir estas presunciones en los casos de contigüidad heterogénea, es decir, cuando el elemento divisorio se encuentra entre edificio y jardín o corral, entre jardín o corral y predio rústico, o entre edificio y predio rústico[112]. No obstante, como se ha destacado, esta manera de enfocar las cosas resulta difícil de aplicar cuando la contigüidad se da entre edificio y terreno no construido como jardín o corral, porque no es fácil apreciar la existencia de un interés común, que es lo que fundamenta las presunciones de medianería. En cambio, entre jardín, corral o predio rústico no existen problemas para aplicar las presunciones de manera heterogénea, teniendo en cuenta la aparente confluencia de intereses que pueden tener en tales supuestos lo propietarios colindantes[113].

---

[110] En el caso resuelto por la SAP de Cáceres (Secc. 1ª) de 24 de diciembre de 2001 (*CENDOJ* 10037370012001100512), Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio María González Floriano, se declara el carácter medianero de siete árboles, que se encontraban sobre la línea divisoria de las fincas. Al no existir hitos, se considera que «dichos árboles suponen signos externos que identifican la división entre las fincas y coadyuvan, en su consecuencia, a su exacta y concreta delimitación, debiendo considerarse como hitos que sirven de complemento necesario de los otros dos a través de los cuales se trazó la línea divisoria y que no pueden arrancarse si no media el común acuerdo entre los colindantes (art. 593-2 CC)».

[111] Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, X, cit., p. 436; ROCA JUAN, «Comentarios...», cit., p. 207; DÍAZ FUENTES, A., *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 592; PASTOR ÁLVAREZ, «Comentario...», cit., p. 1058.

[112] Cfr. MELÓN INFANTE, «En torno...», cit., p. 272; ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1463; DÍEZ GARCÍA, «De la servidumbre...», cit., p. 724.

[113] Cfr. REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit. p. 557.

Sin embargo, la jurisprudencia es contraria a la posibilidad de aplicar las presunciones de medianería en los supuestos de contigüidad heterogénea. Así, en la STS de 5 de octubre de 1989 se razona de la siguiente manera: «cuando se hace un edificio colindante a terreno no edificado cabe presumirse pertenencia exclusiva del edificio, es decir, no medianero, el muro de separación, y nada más lógico y natural pues si conforme a dicho número, cuando una pared sirve de división y apoyo a dos edificios lo razonable es presumir que los dueños de uno y otro edificio se han puesto de acuerdo para constituirla a costa de ambos en terreno de uno y otro o si uno edificó primero el otro haya procurado hacerse copropietario del muro o pared antes construida para servirse del mismo, cuando se colinda con terreno no edificado es igualmente razonable y lógico presumir que la pared o muro se construyó en terreno propio y a costa del que edificó como único propietario, de no existir prueba o signo alguno de lo contrario»[114]. Siguiendo este mismo criterio, la SAP de Lugo de 2 de junio de 2005 es, si cabe, más categórica: «El art. 572 CC presume la existencia de la servidumbre de medianera mientras no haya un título o signo exterior o prueba en contrario en las paredes divisorias de edificios contiguos y en las paredes divisorias de jardines o corrales. Ahora bien, aquí no estamos ante esos casos sino que la colindancia se da entre un patio y un edificio, es decir, no hay como señala acertadamente la parte recurrente una contigüidad homogénea, sino heterogénea, por tanto es difícil considerar la existencia de la presunción de medianería (...)»[115].

No obstante lo anterior, como vimos, si se admite que la medianería se puede constituir por signo aparente con arreglo al art. 541 CC, aunque se considerara que las presunciones del art. 572 no son de aplicación por ser los predios de diversa naturaleza, la medianería habría surgido por título o signo aparente, que desvirtuaría los posibles signos contrarios del art. 573 que pudieran existir.

4º. *Las zanjas o acequias abiertas entre las heredades* (art. 574 CC). Esta presunción favorable a la medianería puede ser frecuente en suelo rústico, y más en el caso de terrenos dedicados a regadío. Según el diccionario de la RAE, una *zanja* es excavación larga y estrecha que se hace en la tierra para echar los cimientos, conducir las aguas, defender los sembrados o cosas semejantes. Es necesario que la zanja o acequia se encuentre en la línea divisoria de hereda-

---

[114] STS de 5 de octubre de 1989 (*RJ* 1989\6887), Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel González Alegre y Bernardo. En la jurisprudencia menor se sigue este mismo criterio. Vid., entre las más recientes, la SAP de Pontevedra (Secc. 1ª) de 31 de enero de 2008 (*JUR* 2008\123867), Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Menéndez Estébanez.

[115] SAP de Lugo (Secc. 1ª) de 2 de junio de 2005 (*JUR* 2005\182125), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Rafael Pedrosa López.

des que sean contiguas. Si se adentra hacia uno de los predios no puede presumirse la medianería, sino que la zanja o acequia pertenecerá al dueño del terreno en que se encuentre[116]. Debe tratase de una «zanja» (excavación larga y estrecha que se hace en la tierra para echar los cimientos, conducir las aguas, defender los sembrados o cosas semejantes) o una «acequia» (canal por donde se conducen las aguas para regar y para otros fines), y no de otras excavaciones como pozos, charcas o lagunas a los que no sería aplicable el precepto[117].

VII. SIGNOS EXTERIORES CONTRARIOS A LA MEDIANERÍA

1. Régimen del Código civil

Los arts. 573 y 574-2 recogen una serie de supuestos en que, no obstante las presunciones de medianería estudiadas, se entiende que hay signo exterior contrario a la medianería. Todos estos signos exteriores a los que voy a referirme conducen a interpretar que la propiedad del elemento divisorio pertenece en exclusiva a uno de los propietarios, mientras no se pruebe lo contrario. Es decir, estamos también ante presunciones *iuris tantum*, que dispensan de prueba al propietario de la finca a quien favorezcan. Como reza el último apartado del art. 573 CC, en todos estos casos «la propiedad de las paredes, vallados o setos se entenderá que pertenece exclusivamente al dueño de la finca o heredad que tenga a su favor la presunción fundada en cualquiera de los signos indicados».

1º. *Cuando en las paredes divisorias de los edificios haya ventanas o huecos abiertos* (art. 573.1º CC). Debe partirse de lo dispuesto en el art. 580 CC: «ningún medianero puede sin consentimiento del otro abrir en pared medianera ventana ni hueco alguno». Desde esta perspectiva cualquier ventana o hueco abierto en una pared divisoria se considera signo contrario a la medianería ya que, o la pared es propia, o se ha constituido mediante acuerdo una verdadera servidumbre de luces y vistas[118].

La situación es la inversa en el Derecho aragonés. En la Compilación de Derecho Civil de Aragón no hay un tratamiento de la medianería, pero sí que

---

[116] Cfr. MANRESA, *Comentarios*..., IV, cit., pp. 714 y ss.

[117] Cfr. ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1466.

[118] Así se expresa la SAP de Soria de 28 noviembre 2000 (*JUR* 2001\53240), Ponente: Ilma. Sra. Dª María del Carmen Martínez Sánchez. Vid. igualmente la STS de 10 de octubre de 1988 (*RJ* 1988\7406), Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López. Vid. REBOLLEDO VARELA, «Incidencia de las servidumbres y accesión en el proceso edificatorio», *Aranzadi Civil*, 1/1997 (*BIB* 1997\159), pp. 2 y ss.

se la cita en el art. 144.1, dentro de las relaciones de vecindad al disponer: *«Tanto en pared propia (...) como en pared medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas»*. Este régimen peculiar procede de la Observancia 6ª, *De aqua pluviali arcenda*, incluida en el Libro VII de las Observancias del Reino e Aragón[119], y permite una libertad sin parangón para abrir huecos y ventanas[120]. El Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón de 1925 mencionaba este derecho en su art. 15, refiriéndose exclusivamente a la pared medianera[121]. En el vigente Derecho civil aragonés no cabe aplicar supletoriamente en esta materia el CC porque se parte de principios diferentes[122].

2º. *Cuando la pared divisoria esté por un lado recta y a plomo en todo su paramento, y por el otro presente lo mismo en su parte superior, teniendo en la inferior relex o retallos* (art. 573.2º CC). Desde el punto de vista arquitectónico, el paramento es cada una de las dos caras de una pared. El relex o retallo, según el diccionario de la RAE es el resalto que queda en el paramento de un muro por la diferencia de espesor de dos de sus partes sobrepuestas. En principio, cuando una pared es medianera está construida de modo que su grueso ocupa tanto una heredad como otra. Es posible también que tenga los mismos retallos en un lado y en otro. En cambio, cuando los retallos aparecen sólo en uno de los lados se considera que la pared pertenece al propietario en cuya parte se hallen. A estos efectos es indiferente que en esta parte el ensanche consista en un suave declive o en un resalte que sobresalga bruscamente[123]

---

[119] SAP de Huesca de 26 de junio de 1992 (*AC* 1992\884), Ponente: Ilmo. Sr. D. Gonzalo Gutiérrez Celma

[120] Cfr. BANDRÉS Y SÁNCHEZ CRUZAT, J. M., «Comentario al art. 144», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., XXXIV-2º, *Artículo 119 al final de la Compilación de Aragón*, Edersa, Madrid, 1988, pp. 210 y ss.; ARGUDO PÉRIZ, J. L., «Las servidumbres en el Derecho aragonés», en REBOLLEDO VARELA, A. L. (Coord.), *Tratado de Servidumbres*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 1294 y ss.

[121] «El condueño de pared medianera está facultado para abrir a toda la altura de ella, cuando los demás interesados no tienen a su lado edificaciones, o bien por encima de la común elevación, cuando las tienen, cuantos huecos le convengan con destino a luces o vistas, sin sujeción a dimensiones determinadas; pero habrá de colocar rejas de hierro remetidas y redes de alambre, cuyas mallas no excedan de dos centímetros de lado. En cualquier momento, sin embargo, podrán los comuneros obstruir con nuevas construcciones los huecos antedichos».

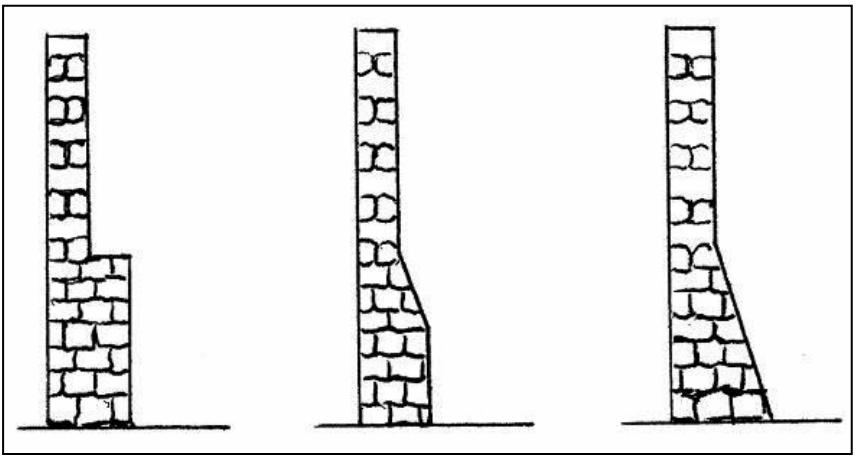
[122] Cfr. NAVARRO AZPEITA, F., «Huecos para luces y vistas en pared propia, sobre suelo ajeno, en Aragón, *Anuario de Derecho Aragonés*, X, 1959-1960, pp. 179 y ss.

[123] Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, X, cit., p. 444; GONZÁLEZ-ALEGRE, *Manual*..., cit., p. 120; y *Las relaciones*..., cit., p. 450.

La cuestión parece clara en la jurisprudencia. Vid. la SAP de Pontevedra (Secc. 5ª) de 13 noviembre 2000 (JUR 2001\61478), Ponente: Ilma. Sra. Dª Victoria Eugenia Fariña Conde; SAP de Castellón (Secc. 2ª) de 3 abril 2001 (*JUR* 2001\158016), Ponente: Ilma. Sra. Dª Eloísa Gómez Santana; y la SAP de Navarra (Secc. 2ª) de 2 de mayo de 2000 (*JUR* 2000\201236), Ponente: Ilmo. Sr. D. Alvaro Latorre López (aunque en este caso la pared estaba construida totalmente sobre finca de propiedad privativa).

(*Gráfico 3*). No obstante, este signo contrario a la medianería tiene poco sentido si se considera que es perfectamente posible que los propietarios de la fincas puedan haber construido la pared con retallos voluntariamente por razones arquitectónicas, prácticas o simplemente estéticas[124].

Gráfico 3.



3º. *Cuando resulte construida toda la pared sobre el terreno de una de las fincas, y no por mitad entre una y otra de las dos contiguas* (art. 573.4º CC). El tenor literal del precepto parece claro y no precisa de muchos comentarios. Cuando un propietario levanta una pared dentro de su propia finca, la totalidad del muro o pared será de su exclusiva propiedad[125]. La aplicación del principio de accesión que se recoge en los arts. 358 y 359 CC conduce a este mismo resultado. Como se afirma en la STS de 21 de noviembre de 1985: «La presunción legal de existencia de medianería (...) obviamente dejará de operar cuando se entienda que el elemento de separación pertenece en dominio privativo a uno de los titulares de las fincas colindantes por

[124] Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, X, cit., p. 445; ROCA JUAN, «Comentarios...», cit., p. 208; ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1464; DÍEZ GARCÍA, «De la servidumbre...», cit., p. 725; PASTOR ÁLVAREZ, «Comentario...», cit., pp. 1065.

[125] Así se deduce también del art. 555-2 CCCat. Como destaca SOLÉ RESINA, «Comentario...», cit., pp. 1091 y ss., es preceptivo el elemento medianero se sitúe en el límite de dos o más fincas, porque en otro caso no habrá comunidad especial sobre el mismo, sino que será propiedad exclusiva del dueño de la finca en que se halle. No obstante podrá llegar a convertirse en medianero por un acuerdo posterior de los vecinos, conforme al cual el titular individual cede a la otra parte la mitad del terreno que ocupa la pared.

haber sido levantado íntegramente dentro de su terreno, con lo cual será de toda evidencia que la línea de su fundo alcanza el paramento exterior de la pared o muro con exclusión de toda idea de la Comunidad de utilización en que se traduce (...) la institución de que se trata»[126].

En realidad lo que viene a decir el precepto es que la prueba de que la pared se levantó en terreno propio excluye la posibilidad de medianería[127]. Desde esta perspectiva, sería perfectamente posible que cada propietario construyera en su terreno su propia pared, y aunque ambas llegaran a juntarse sin ningún espacio entre ellas, no habría una pared medianera de doble grosor sino dos paredes privativas, Así se defiende en la sentencia de instancia que luego revoca en apelación la SAP de Cáceres de 1996. En la instancia se considera que ello obedece a una técnica que es tradicional, y es de entender que las paredes colindantes de los inmuebles son propiedad exclusiva de cada uno de los fundos por la mitad de esta pared, es decir, es como si existiera una línea imaginaria sobre el muro divisorio, que determina la propiedad de cada mitad del mismo. La sentencia de la audiencia argumenta lo contrario sobre la base del art. 579 CC[128].

Plantea dudas el supuesto en que la pared se construye sobre terreno de ambas fincas, pero no por mitad, sino invadiendo mayor porción de terreno en un lado que en otro (por ejemplo dos terceras partes de uno y la restante del otro). Doctrinalmente se han defendido varias posibilidades: a) Considerar que estamos ante un supuesto de adquisición forzosa, de manera que la pared no será medianera hasta que el propietario de la porción menor no satisfaga la diferencia al otro colindante[129]. b) Entender que no hay signo exterior contrario a la medianería, aunque tampoco jugaría la presunción favorable a la misma, por lo que no cabe excluir que el aprovechamiento del muro corresponda a los partícipes en la misma proporción que el suelo[130]. Esta segunda postura me parece más acertada, aunque resulta difícil de apli-

---

[126] STS de 21 de noviembre de 1985 (*RJ* 1985\5622, Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García. Así se desprende también de las SSTS de 15 de junio de 1961 (*RJ* 1961\2723), Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramón, 2 de febrero de 1962 (*RJ* 1962\919), Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Gimeno Fernández (referida al Derecho civil aragonés), y 5 de junio de 1982 (*RJ* 1982\4212), Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso. El mismo criterio se recoge en la SAP de Navarra (Secc. 2ª) de 2 de mayo de 2000 (*JUR* 2000\201236), Ponente: Ilmo. Sr. D. Alvaro Latorre López.

[127] Cfr. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 6ª ed., Dilex, Madrid, 2008, p. 145.

[128] SAP de Cáceres (Secc. 2ª) de 10 de diciembre de 1996 (*AC* 1996\2330), Ponente: Ilma. Sra. Dª María Félix Tena Aragón.

[129] Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, X, cit., p. 446.

[130] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. (et al.), *Elementos..., III-2º,* cit., p. 516; SEOANE, «La servidumbre...», cit., p. 235.

car por la necesidad de valorar las circunstancias de cada caso[131]. Desde luego la jurisprudencia se muestra contraria a estos planeamientos considerando que basta que la pared esté construida en terreno de dos fincas, aunque no sea exactamente por mitad, para que se apliquen las presunciones de medianería del art. 572[132].

4º. *Cuando sufra las cargas de carreras, pisos y armaduras de una de las fincas, y no de la contigua* (art. 573.4º CC). Las «carreras», según el diccionario de la RAE son las vigas horizontales que se utilizan para sostener otras, o para enlace de las construcciones. Para aplicar este signo contrario a la medianería debe ser objeto de comprobación si la pared intermedia sufre las cargas de carreras, pisos y armaduras exclusivamente de una de las fincas. En caso contrario, si sufre las cargas de carreras, pisos y armaduras de ambas fincas, la pared se considera medianera[133] (en el *Gráfico 4* se puede apreciar que la pared es medianera, pues sufre las cargas de las dos fincas. En cambio, en el *Gráfico 5*, como la pared sufre las cargas exclusivamente de la finca situada a la izquierda, hay signo contrario a la medianería, presumiéndose que es de propiedad exclusiva de los titulares de dicha finca). Aunque el precepto parece estar pensando en edificios, en la jurisprudencia se recogen también casos de aplicación del art. 573.4º CC en casos de fincas rústicas[134].

Los problemas pueden aparecer cuando se haya derruido una de las fincas, quedando en pie la otra. Aunque aparentemente sólo ésta sufra las cargas, si hay huellas reveladoras de haberse cargado también sobre la parte de pared correspondiente al edificio demolido, no se podrá considerar signo contrario el hecho de que ahora cargue con todas las carreras, pisos y armaduras el edificio subsistente[135]. Esto es lo que sucedía en el caso resuelto por la SAP de Guadalajara de 8 de mayo de 1997, en la que se razona: «Es un dato incuestionable que la vivienda principal es una construcción nueva y

---

[131] Como se ha destacado, parece más sencillo acudir a la figura de la medianería, sin que el propietario de la porción menor tenga que satisfacer nada a cambio, ya que la medianería sólo puedo haberse constituido por acuerdo (al que, en su caso, habrá que estar), o por destino del art. 541 CC, o por usucapión, por lo que tampoco habrá nada que abonar. Cfr. CARRASCO, CORDERO, GONZÁLEZ, *Derecho de la construcción*..., cit., p. 146.

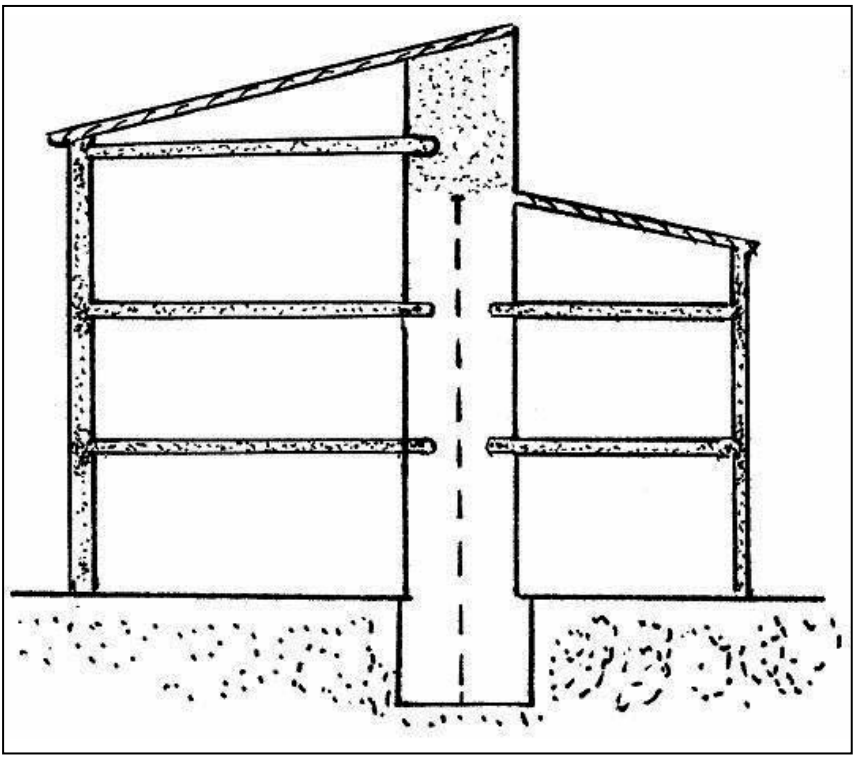
[132] Así se pone de relieve desde la STS de 22 de mayo de 1865 [*Jurisprudencia Civil* (Colección de la RGLJ), vol. 11, 1865, pp. 661 y ss.], Ponente: Excmo. Sr. D. José Portilla. Esta es también la postura mayoritaria en la doctrina. Vid. ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1465; PASTOR ÁLVAREZ, «Comentario...», p. 1066; REBOLLEDO, «La medianería...», cit., p. 567.

[133] Vid. la SAP de Burgos (Secc. 3ª) de 8 marzo 2001 (*JUR* 2001\139969), Ponente: Ilma. Sra. Dª María Esther Villimar San Salvador.

[134] Así, en la SAP de Zaragoza (Secc. 5ª) de 2 de febrero de 2000 (*AC* 2000\165), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García.

[135] Cfr. ROCA JUAN, «Comentarios...», cit., pp. 208 y ss.; ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1465.

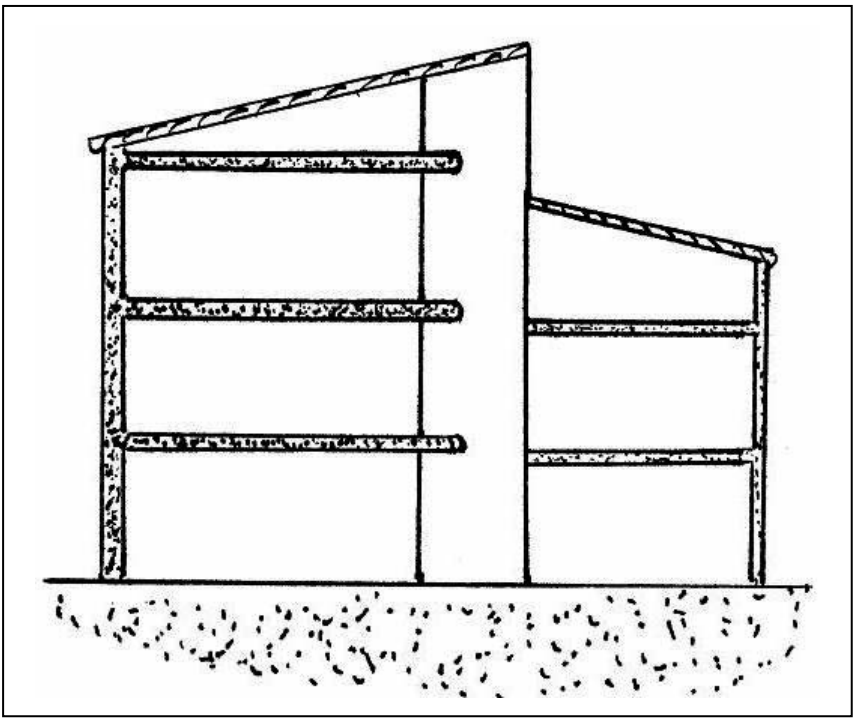
Gráfico 4.



que previamente existió una casa antigua, que fue derribada, que bien pudo cargar en la pared cuya medianería se discute, toda vez que contamos con el resto de una viga de madera que se aprecia en el interior de la caseta (...); sin que pueda concluirse la existencia de signo exterior contrario a la medianería de la circunstancia de que la pared debatida sufra las cargas de las carreras, pisos y armaduras de la finca del actor, hoy apelado, que continúa siendo una construcción antigua, y no las de la finca de la apelante, dado que ésta al derribar la edificación antigua pudo decidir renunciar a la medianería; que al tratarse de una renuncia de derechos hemos de interpretar de forma restrictiva y entenderla referida a la superficie de la pared que ocupó la vivienda principal, sin que dicha renuncia afecte al resto de la pared discutida»[136].

[136] SAP de Guadalajara de 8 de mayo de 1997 (AC 1997\1099), Ponente: Ilma. Sra. Dª Araceli Torres García.

Gráfico 5.



En alguna sentencia se ha llegado a plantear si el art. 573.4º CC es aplicable a los muros que soportan exclusivamente vegetación. Así, en la SAP de Ourense de 31 de julio de 1998 se afirma: «el citado muro, soporta en su cima, exclusivamente las enredaderas y plantas que nacen en la finca del demandado, como se evidenció en la diligencia de reconocimiento judicial. Situación que existe ya desde años atrás según se deriva de las fotografías expedidas por el Servicio de Gestión Catastral incorporadas a los autos. Pero si pudiese ser discutible que tal vegetación pudiese entenderse como «carga» en el sentido del ap. 4.º del art. 573 CC también se da la situación contraria la medianería definida en el ap. 7.º del mismo precepto, pues la propiedad del demandado resulta cerrada por muro en sus restantes vientos, mientras que el espacio o era que la demandante se atribuye, se encuentra abierta hacia terreno común y al camino público»[137].

[137] SAP de Ourense (Secc. Única) de 31 de julio de 1998 (*AC* 1998\5961), Ponente: Ilma. Sra. Dª Angela Domínguez-Viguera Fernández.

5º. *Cuando la pared divisoria entre patios, jardines y heredades esté construida de modo que la albardilla vierta hacia una de las propiedades* (art. 573.5º CC). La albardilla viene definida en el diccionario de la RAE como el caballete o tejadillo que se pone en los muros para que el agua de la lluvia no los penetre ni resbale por los paramentos. Su misión es despedir el agua de lluvia hacia uno de los lados, por lo que generalmente vierten hacia la finca del dueño de la pared, lo que el legislador considera como signo contrario a la medianería (como se puede ver en los *Gráficos 6* y 7, al verter la albardilla hacia la finca situada a la izquierda, la pared se presume de exclusiva propiedad del titular de dicha finca).

Gráfico 6.

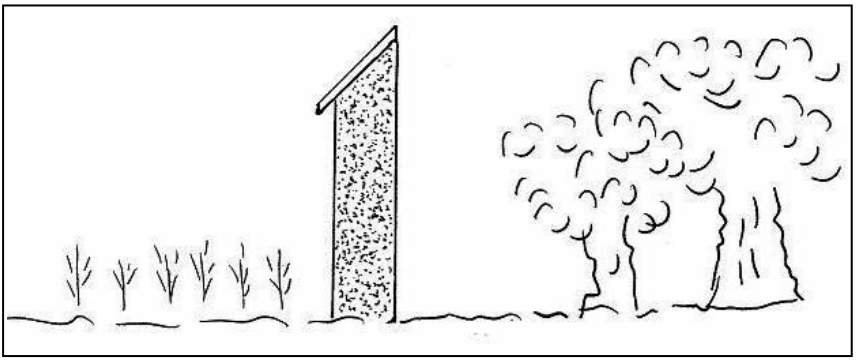
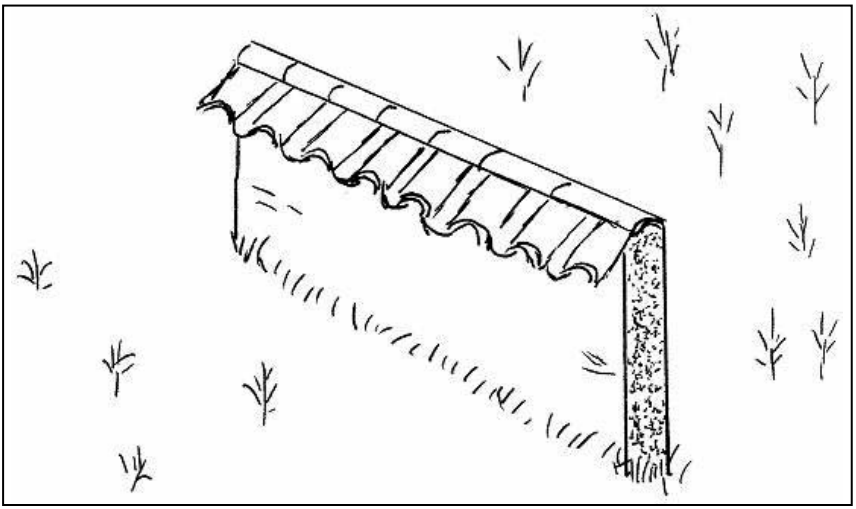
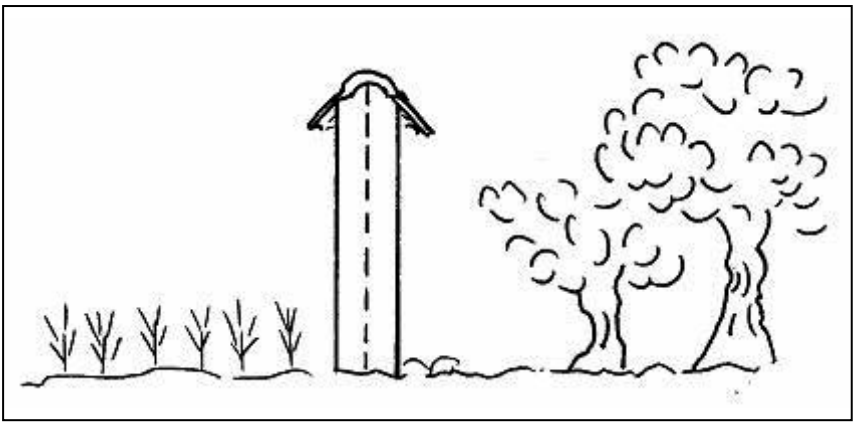


Gráfico 7.



En cambio, en la SAP Zaragoza de 15 mayo 1992 se considera que hay un signo exterior favorable a la medianería cuando la pared estaba rematada por una albardilla que vierte sobre ambas propiedades[138]. En igual sentido se pronuncia la SAP de Jaén de 29 de octubre de 1998 respecto a la albardilla de teja a dos aguas con cumbrera en el centro de la misma[139] (en el *Gráfico 8* se puede apreciar que la pared se presume medianera por verter hacia ambas propiedades). El precepto se refiere a muros abiertos o aislados, y no a los de las edificaciones, que se someten al régimen del art. 586 CC[140].

Gráfico 8.



6º. *Cuando la pared divisoria, construida de mampostería, presente piedras llamadas pasaderas, que de distancia en distancia salgan fuera de la superficie sólo por un lado y no por el otro* (art. 573.6º CC). Según el diccionario de la RAE, la mampostería es la obra hecha con mampuestos colocados y ajustados unos con otros sin sujeción a determinado orden de hiladas o tamaños. Los mampuestos son precisamente esas piedras sin labrar que se pueden colocar en una obra con la mano. En cuanto a la expresión «pasaderas», referido a las piedras, alude en tales paredes de mampostería a las que atraviesan toda la pared y sobresalen por el paramento exterior. El precepto

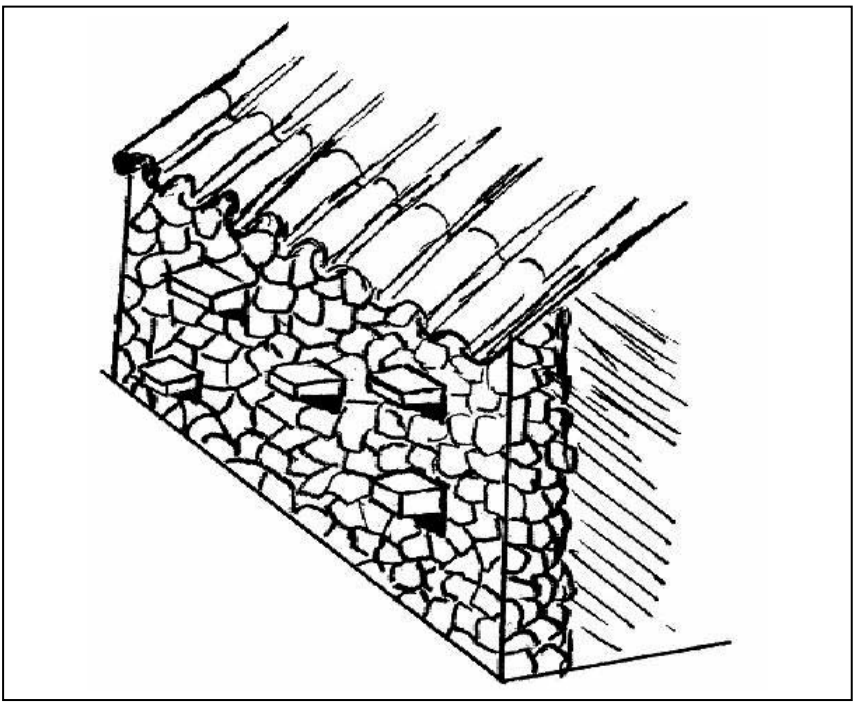
[138] SAP Zaragoza de 15 mayo 1992 (*AC* 1992\786), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Javier Solchaga Loitegui.

[139] SAP de Jaén (Secc. 1º) de 29 de octubre de 1998 (*AC* 1998\8102), Ponente: Ilma. Sra. Dª María Jesús Jurado Cabrera.

[140] En este sentido, ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1465; REBOLLEDO, «La medianería...», cit., p. 570; PASTOR ÁLVAREZ, «Comentario...», cit., p. 1067.

se refiere a la técnica de edificación que existía en la época en que se redactó el CC[141]. Como destaca MUCIUS SCAEVOLA, las referidas piedras son las que acostumbran a quedar salientes al construir una pared, ya sea por haber apoyado antes en ella andamios, o para otros usos posteriores. La parte de pared que no los tenga da a entender que el dueño de la heredad o edificio con quien confine no hace uso de tal pared, ni la ha construido con las piedras pasaderas del lado opuesto[142] (*Gráfico 9*).

Gráfico 9.



Como se destaca en la SAP de León de 11 de febrero de 2000: «La existencia de piedras pasaderas en las paredes de mampostería constituye efectivamente un signo contrario a la medianería cuando "salgan fuera de la superficie por un lado y no por el otro" (art. 573.7º CC); mas por disposición del último párrafo de este precepto, la propiedad de la pared se entiende per-

[141] Cfr. LACRUZ BERDEJO, *Elementos*..., *III-2*, cit., p. 516.
[142] Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, X, cit., pp. 449 y ss.

tenece al dueño de la finca que "tenga a su favor la presunción fundada en cualquiera de los signos indicados", es decir, en el caso de las piedras pasaderas, propias de las técnicas constructivas de la época de la codificación y que servían para apoyar andamios, para facilitar acceso a los tejados, etc., al dueño del predio hacia el que las mismas se orientan. Por ello, su mera existencia en ningún caso puede servir para considerar que los rastreles que se pretenden quitar vuelan sobre la finca de quien los colocó»[143].

No parecen asimilables a las piedras pasaderas como signo contrario a la medianería los huecos que a veces se dejan en los muros para introducir vigas con la finalidad de sujetar andamios, o acceder a la parte superior[144]. En contra se mantiene que, aunque no cabe incluir el supuesto en la hipótesis legal, puede constituir una presunción, o aplicarse por analogía[145]. A mi juicio este planteamiento no es correcto. Tal presunción tendría el funcionamiento de las presunciones judiciales a que se refiere el art. 386 LEC, en las que a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal puede presumir la certeza de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. El art. 386.1 LEC aclara que la sentencia «deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción». Como estas presunciones, a diferencia de las legales, no están establecidas en la ley, la actividad procesal de las partes es diferente. A quien pretenda hacerla valer le corresponde acreditar en el proceso la existencia del hecho base y la del enlace con el hecho presunto que fundamenta su pretensión, aparte de demostrar cumplidamente la imposibilidad de realizar prueba directa sobre el hecho presunto[146].

Estos problemas no existirían aplicando el art. 573.6º CC por analogía, pues el funcionamiento sería el de las presunciones legales, en las que el hecho presunto se deduce inexorablemente a partir del hecho base, porque el nexo lógico ya se ha establecido legalmente. Procesalmente, la actividad de las partes sería la siguiente: el que pretende hacer valer una presunción legal, sólo debe probar el hecho base, correspondiendo a quien se oponga a ella probar que no existe nexo lógico ni hecho presunto. Lo que me parece muy discutible es la analogía entre las piedras pasaderas y los huecos dejados en los muros. A mi entender se trata de situaciones muy diferentes que no per-

---

[143] SAP de León (Secc. 2ª) de 11 de febrero de 2000 (*AC* 2000\3784), Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Francisco Alvarez Rodríguez.

[144] Cfr. REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit. p. 571.

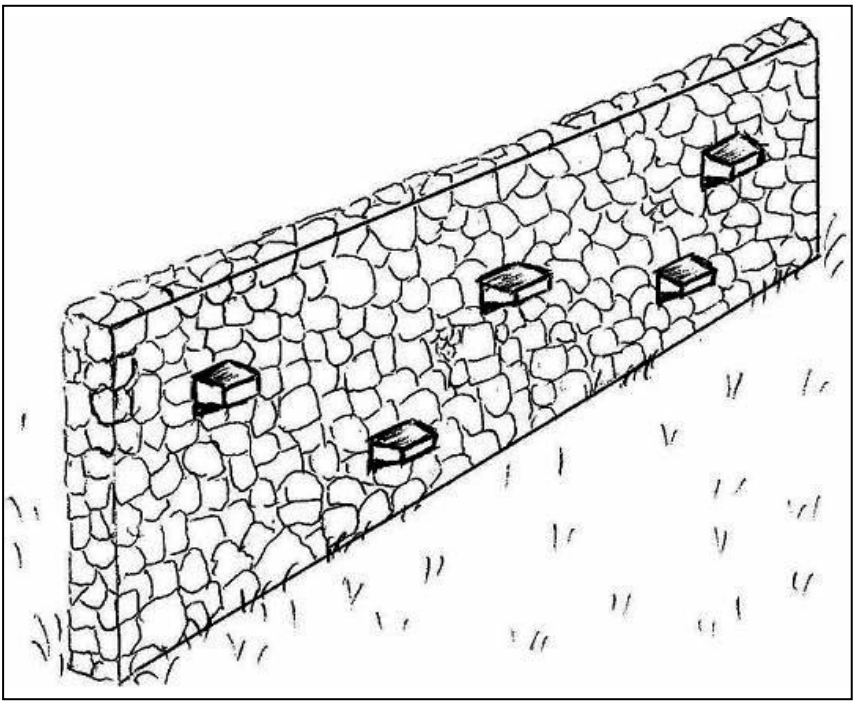
[145] Cfr. CORBAL FERNÁNDEZ, «De la servidumbre...», cit., pp. 898 y ss.

[146] Cfr. RIFÁ SOLER, J. M., «Comentario al art. 386», en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLAS GOMBAU, J. F. (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, Iurgium, Barcelona, 2000, pp. 1782 y ss.

miten mantener la existencia de signo contrario a la medianería. El art. 579 CC, *a sensu contrario*, no favorece ningún tipo de analogía en este caso.

Finalmente, debe destacarse que el art. 573.6º CC exige que las piedras pasaderas salgan fuera de la superficie de la pared divisoria construida de mampostería *«de distancia en distancia»*. Ello exige que aparezcan a todo lo largo de la pared, por lo que no basta que aparezcan y sobresalgan sólo en los extremos (*Gráfico 10*).

Gráfico 10.



Así se deduce de la SAP de Cantabria de 12 de mayo de 1993, en un caso en que se aprecia en los extremos del muro algunas piedras que sobresalen hacia el lado propiedad del actor. Según esta sentencia «no existe signo aparente contrario a la servidumbre contemplado en el art. 573.6.º CC al hablar de piedras pasaderas colocadas "de distancia en distancia", esto es, que sea una pluralidad repartida en toda la superficie del muro o pared. El signo contrario a la medianería, como evidencia física de un derecho, debe ser claro, ostensible, e inequívoco, lo que no ocurre cuando, como en el caso de autos,

las piedras que sobresalen de la pared están situadas en uno sólo de sus extremos y no a todo lo largo de la misma "de distancia en distancia", como de manera harto expresiva reza el Código Civil»[147].

7º *Cuando las heredades contiguas a otras defendidas por vallados o setos vivos no se hallen cerradas* (art. 573.7º CC). En este punto el legislador parece referirse a los casos en que una finca esté totalmente cercada por vallados o setos vivos, y la colindante no. Lo lógico es pensar que la pared pertenece al dueño que tiene por completo cerrada su finca, y no al colindante que no tiene hecho el cerramiento en todas las partes de la suya. Se evita así la aplicación de la presunción contenida en el art. 572.3º CC[148]. Y ello porque si el propietario quiere aislar su heredad de las demás contiguas, lo debe hacer en todo su perímetro, ya que si lo hace sólo en parte no conseguiría el propósito de individualizar su propiedad[149].

Teniendo en cuenta lo anterior, y por los mismos motivos, parece que el art. 573.7º debe ser igualmente aplicado cuando una de las fincas, y no la colindante, se encuentre cerrada en su totalidad por muros o paredes, evitando la aplicación de la presunción del art. 572.2º CC. La conclusión necesaria de lo anterior, como destaca REBOLLEDO VARELA, es que si ambas fincas están totalmente valladas o cercadas no se da el signo contrario a la medianería, y habrá que estar a las presunciones de su existencia derivadas de los núm. 2º y 3º del art. 572, dado que existe el interés compartido que da lugar a la mancomunidad de que habla el art. 579 CC. Lo mismo ocurrirá si ambos predios están parcialmente cerrados, es decir por alguno se sus lados, pero no en su totalidad[150] (en el *Gráfico 11*, el propietario de la finca C no ha cerrado su finca, por lo que no se presume medianero el muro que la separa de las fincas A y B. En cambio, la parte del muro que separa las fincas A y B, en principio se presume medianera por aplicación del art. 572.2º CC).

---

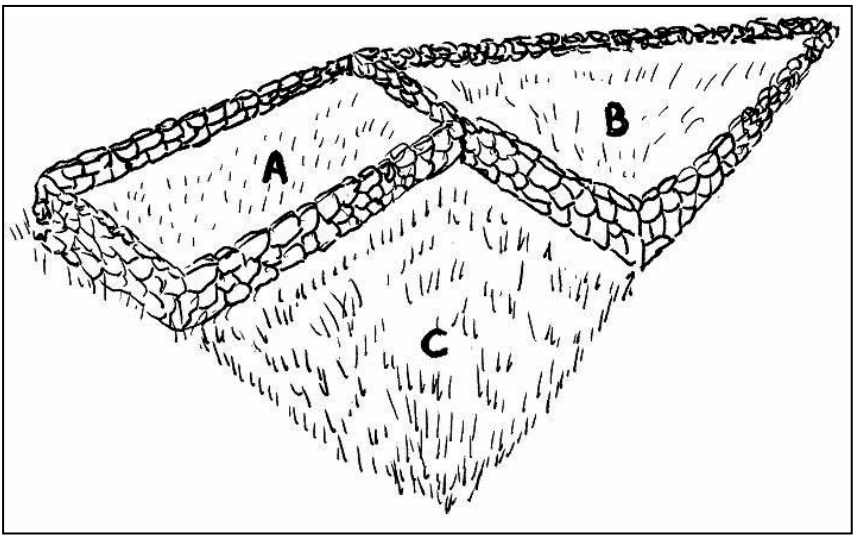
[147] SAP de Cantabria de 12 de mayo de 1993 (*AC* 1993\982), Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier de la Hoz de la Escalera. En la doctrina acogen este planeamiento REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit. p. 571; y PASTOR ÁLVAREZ, «Comentario...», cit., pp. 1067 y ss.

[148] Así lo destaca la SAP de Burgos (Secc. 2ª) de 7 de abril de 2005 (*JUR* 2005\114879), Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente. Vid. igualmente la SAP de Ourense (Secc. Única) de 31 de julio de 1998 (*AC* 1998\5961), Ponente: Ilma. Sra. Dª Angela Domínguez-Viguera Fernández; SAP de Ourense (Secc. única) de 18 de enero de 1999 (*AC* 1999\2720), Ponente: Ilmo. Sr. D. Abel Carvajales Santa Eufemia.; y la SAP de León (Secc. 2ª) de 11 de febrero de 2000 (*AC* 2000\3784), Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Francisco Alvarez Rodríguez. Se refiere igualmente a la cuestión, aunque referida de modo particular al Derecho civil gallego, la STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal) de 23 de marzo de 2004 (*RJ* 2004\5512), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José Reigosa González.

[149] Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, X, cit., p. 450.

[150] Cfr. REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit. p. 572. En el mismo sentido, aunque sólo referido al caso de que ambas fincas estén parcialmente cerradas, SEOANE, «La servidumbre...», cit., p. 239.

Gráfico 11.

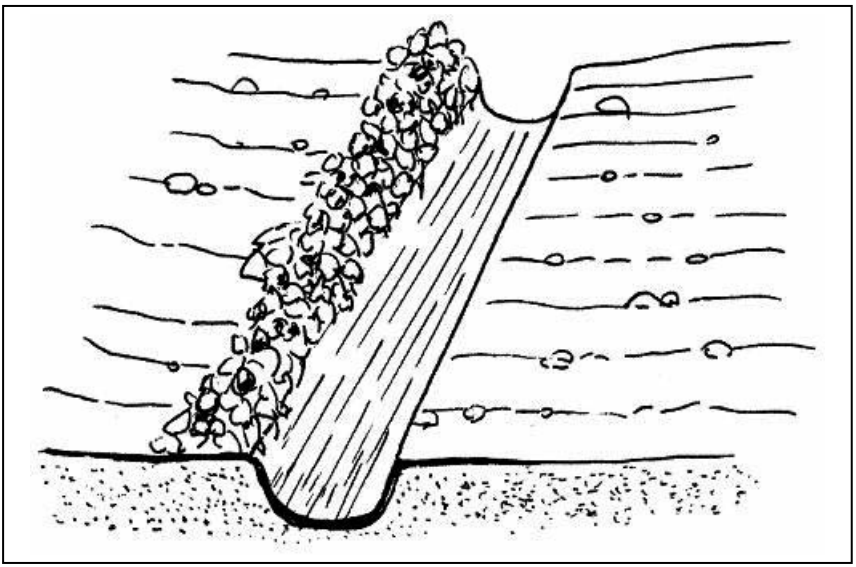


8º. *Cuando la tierra o broza sacada para abrir la zanja o para su limpieza se halla de un solo lado* (art. 574-2 CC). Como ya he destacado, el art. 574 CC comienza diciendo que las zanjas o acequias abiertas entre las heredades se presumen medianeras, si no hay título o signo que demuestre lo contrario. Lo que seguidamente se plantea es una excepción: hay signo contrario a la medianería cuando la tierra o broza sacada para abrir la zanja o para su limpieza se halla de un solo lado, en cuyo caso la propiedad de la zanja pertenecerá exclusivamente al dueño de la heredad que tenga a su favor este signo exterior (*Gráfico 12*).

Del propio concepto de *zanja* de infiere que estamos ante excavación larga y estrecha realizada en la tierra para echar los cimientos, conducir las aguas, defender los sembrados o cosas semejantes. Me parece acertada la posición del prof. ALONSO PÉREZ cuando destaca que los términos «zanja» y «acequia» que utiliza el precepto tienen un significado preciso, por lo que no procede su aplicación analógica a otro tipo de excavaciones diferentes, como pozos, charcas o lagunas[151]. En este sentido, en la SAP de Granada de 23 de marzo de 1993 se afirma: «el término acequia debe ser entendido en su significado preciso, es decir, como canal para conducir agua, que obviamente,

[151] Cfr. ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1466.

Gráfico 12.



no comprende toda la anchura —dos metros entre las fincas de los actores y la finca del demandado—, sino exclusivamente la conducción de las aguas mediante un tubo de agua (...), debiéndose estar a los signos exteriores actualmente existentes, con independencia del trazado anterior, que ni siquiera se ha discutido»[152].

2. Signos contrarios a la medianería en el Derecho Civil catalán

El Derecho civil catalán no es tan prolijo como el CC en cuanto al tratamiento de los signos contrarios a la medianería. No obstante, contiene peculiaridades propias. Por lo que se refiere a la medianería de vallado, que como ya he destacado es forzosa, el art. 555-8.3 dispone que la pared de valla entre dos fincas se presume siempre medianera. Pero esta presunción es *iuris tantum*, pues seguidamente se añade: «salvo que existan signos externos que evidencien que sólo se ha construido sobre uno de los solares». LLÁCER MATACÁS recomienda preservar las evidencias de que la construcción se rea-

[152] SAP de Granada de 23 de marzo de 1993 (*AC* 1993\314), Ponente: Ilmo. Sr. D. Klaus Jochen Albiez Dorhmann.

liza en finca propia mediante signos externos o mojones, así como velar por la correcta delimitación de la misma.

Los signos externos a que se refiere el art. 555-8 se recogen en otros preceptos del CCCat. En concreto, las vallas entre fincas a que se refiere el art. 546-2 no se consideran medianeras, es decir, las que se hacen con filas de árboles o arbustos vivos, especies vegetales secas, cañas, redes o telas metálicas que se levantan sobre el terreno privativo de uno de los vecinos. Como se destaca en el ap. 3º de este precepto, estas vallas «sólo son medianeras si lo pactan los propietarios de las fincas colindantes».

Aparte está el supuesto regulado en el art. 546-8 CCCat, en el que se establece una presunción contraria a la medianería cuando los márgenes, ribazos y paredes de sustentación entre fincas vecinas se encuentren en cotas diferentes. En este caso se presume que «son propiedad de los titulares de la finca superior», y ello por considerarse que es difícil que se pueda construir una pared de este tipo parte en una finca y parte en otra[153]. La STSJ de Cataluña de 13 de junio de 1994 entendió que este signo contrario *«se refiere exclusivamente a los "márgenes o bordes" entre las fincas vecinas y a las paredes que las cubren, y no a los planos inclinados o vertientes de las montañas, que son cosas completamente diferentes»*[154]. Como seguidamente vamos a ver, este signo contrario a la medianería es similar al que se regula en el art. 75.1 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, que establece una presunción contraria a la medianería en el caso de fincas colindantes ubicadas a distinto nivel o terraza: en los casos del *cómaro*, *ribazo* o *arró* y los muros de contención la presunción es favorable al predio situado en el plano superior[155].

---

[153] Cfr. LLÁCER MATACÁS, «Relaciones...», cit., pp. 832 y ss. y 843 y ss.; SEUBA TORREBLANCA, «Comentario...», cit., pp. 610 y ss., y 634 y ss.; SOLÉ RESINA, «Comentario...», cit., pp. 1106 y ss.

[154] STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) de 13 de junio de 1994 (*RJ* 1994\10566), Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Bruguera Manté,

[155] Hay que tener en cuenta que la misma solución aplica la jurisprudencia sobre la base de lo dispuesto en el CC. Así, en la SAP de Zaragoza (Secc. 5ª) de 2 de febrero de 2000 (*AC* 2000\165), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García, se afirma: «Las fotografías traídas en fase de alegaciones acreditan que *su función principal es la de contener el terreno propio de la finca sita en plano superior, pues sin ésta caería sobre la inferior, que es lo ocurrido en el caso*, cuando al faltar la contención se ha desmoronado sobre la contigua. Cierto es que el art. 572 CC establece una presunción de medianería "en las paredes divisorias de los jardines o corrales sitos en poblado o en el campo", pero parece que *el muro de propiedad discutida no cumple esencialmente esa función*, aun cuando el perito aluda quizá con precipitación a que separa una y otra finca, que es misión desempeñada por la propia configuración de ambas heredades y su diferente altura, pero *aquélla es presunción que admite prueba en contrario*, que viene en el caso constituida por la existencia de ese otro signo exterior que es el comprendido en el núm. 4º del art. 573 del mismo Texto, en su necesaria adaptación a las singularidades rústicas de las fincas contiguas» (la cursiva es mía).

La cuestión requiere otro enfoque en el supuesto de medianería de carga. Ésta es siempre, de acuerdo con el art. 555-2 CCCat, de constitución voluntaria y nunca se presume. Como destaca SOLÉ RESINA, el carácter voluntario de la medianería de carga supone que un propietario no puede imponerla a otro, ni invadir parte del terreno de su vecino para construirla sin su consentimiento: la construcción de una pared medianera de carga siempre exige el acuerdo entre los comuneros, por lo que nunca puede presumirse, aparte de requerir la correspondiente autorización administrativa[156].

El régimen del CC, en lo que se refiere a los signos contrarios a la medianería podrá ser aplicado en Cataluña como Derecho supletorio sólo en último grado, en tanto en cuanto no se oponga a los principios que informan el Derecho Civil catalán. Como se pone de relieve en el art. 111-5 CCCat, «las disposiciones del Derecho civil de Cataluña se aplican con preferencia a cualesquiera otras. El derecho supletorio sólo rige en la medida en que no se opone a las disposiciones del Derecho civil de Cataluña o a los principios generales que lo informan». En este sentido, considero que sólo pueden afectar a la medianería de vallado, pero nunca a la de carga.

3. Signos contrarios a la medianería en el Derecho Civil de Galicia

En el Derecho Civil de Galicia el art. 75.1 de la Ley 2/2006 se limita a establecer una presunción contraria a la medianería en el caso de fincas colindantes ubicadas a distinto nivel o terraza. En los supuestos del *cómaro*, *ribazo* o *arró* y de los muros de contención la presunción es favorable al predio situado en el plano superior; mientras que tratándose de *gavias* o zanjas paralelas al lado exterior de los muros construidos para cerrar fincas, a favor del predio situado en el plano inferior. A ello se añade que «el *resío* o faja de terreno sin cultivar que rodea a los muros o construcciones con fines de mantenimiento o separación se entiende, salvo prueba en contrario, que pertenece al propietario del muro o construcción. La *venela* o suma de dos resíos dejados por los propietarios de muros o construcciones contiguas o colindantes con fines de mantenimiento o separación se entiende que está dividida, salvo prueba en contrario, por una línea que correrá equidistante de ambas construcciones».

El art. 75 tiene su antecedente en el art. 33 de la Ley de Derecho civil de Galicia de 1995, y todas las presunciones que en él se recogen son *iuris tantum*. En los casos de *cómaro*, *ribazo* o *arró*, como se recoge en la STSJ de Galicia de 23 de octubre de 1998, estamos ante «superficies de terreno de

[156] Cfr. SOLÉ RESINA, «Comentario...», cit., p. 1092.

poca extensión, inclinadas y sin cultivar, intermedia entre fincas que se encuentran en distinto plano y de la que legalmente se presume —como también del muro de contención— que pertenecen al predio más alto (que forman parte del predio situado en el plano superior)»[157]. Lo que hace la ley en este caso es establecer una presunción de propiedad. Para que pueda aplicarse esta presunción a favor del propietario del predio situado en el nivel superior hace falta que existan dos predios colindantes que pertenezcan a distintos dueño y que ambos predios estén situados a diferente nivel y separación por medio de un talud o terraza[158].

El caso de las *gavias* es diferente. Como se ha destacado, éstas aparecen cuando al cerrar fincas rústicas, con vallado y terrenos, se deja en el lado exterior del vallado construida una vía paralela a aquél con objeto de advertir que el cierre es propio de la finca y no medianero. La *gavia* siempre es artificial, a diferencia del ribazo y arró que normalmente son elementos divisorios naturales, y en este caso se presume que forma parte del predio colindante situado a nivel más bajo[159]. La STSJ de Galicia de 19 de abril de 2004 consideró que las gavias venían contempladas en el art. 574 CC, cuando establece como signo contrario a la medianería que la tierra o broza sacada para abrir la zanja o para su limpieza se halla de un solo lado. Pero a la vez viene a acomodar la figura a las particularidades del Derecho gallego. En este sentido se afirma: «El signo contrario a la presunción de medianería y el reconocimiento a la propiedad exclusiva que, en los términos expresados, prevé a nuestro juicio el artículo citado del Código Civil, responde, incuestionablemente, a la observación de una realidad del medio rural, arraigada en el campo gallego, cual es que para evitar litigios entre titulares de fincas colindantes, uno de ellos abra en sus extremos una zanja, bien con la única finalidad de que sirva de desagüe de su propiedad, bien con la sola intención identificativa, bien con ambos designios, depositando el material extraído en su propio fundo y próximo a la zanja, y formando así un *valado* o, simplemente, limitándose a extenderlo,

---

[157] STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal), de 23 de octubre de 1998 (*RJ* 1998\1246), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Sande García.

[158] Este requisito se considera fundamental, como se pone de relieve en la STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal) de 22 de octubre de 1999 (*RJ* 1999\7422), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Saavedra Rodríguez (referida al art. 33 de la Ley de Derecho civil de Galicia de 1995). Vid. MARTÍNEZ HENS, «Comentario al art. 75», cit., p. 383.

[159] Cfr. BUSTO LAGO, J. M., «Límites del derecho de propiedad en interés privado y en interés público», en REBOLLEDO VARELA, A. L. (Coord.), *Tratado de Servidumbres*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 1238. La regulación actual asume la postura adoptada por la STSJ de Galicia (Sala de lo civil y penal) de 15 de junio de 2001 (*RJ* 2001\6543), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Sande García, en la que se entiende que la existencia de gavias destruye la presunción de propiedad a favor del propietario situado en el plano superior del terreno.

dando origen a una elevación del terreno, denominado en gallego *noiro* o *támara*»[160].

La solución prevista para los *resíos* es la de presumir que éstos pertenecen al dueño de la finca de la que forman parte. Y en el caso de suma de resíos, o *venelas*, se entiende que están divididas por una línea equidistante a ambas construcciones[161]. El *resío*, como se afirma en la SAP de A Coruña de 29 de julio de 1999, «radica en lo que es usual en Galicia de dejar resto o porción de terreno propio, paralelo, por fuera de los muros o de las paredes de las casas, y edificios, con objeto de tener paso y fácil acceso para reparar, reconstruir, acumular materiales, formar andamios, entre otros usos, pero siempre dentro de terreno propio y para su servicio»[162]. La *venela*, según la STSJ de Galicia de 12 de junio de 2001, es la «suma de dos *resíos* que los respectivos propietarios de edificaciones contiguas suelen dejar entre ellas para su uso común con fines secundarios»[163]. Como destaca MARTÍNEZ HENS, partiendo de la idea de que se trata de una suma de *resíos*, la división por mitad es la consecuencia correcta de la aplicación de la norma consuetudinaria, y el efecto de la presunción existente de que las propiedades son lindantes en el punto intermedio de la *venela*[164].

VIII. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MEDIANERÍA

Los arts. 575 y ss. del CC recogen el régimen jurídico aplicable a la medianería, que es el que permite explicar la naturaleza de este derecho como

---

[160] STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal) de 19 de abril de 2004 (*RJ* 2004\5513), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso. En el mismo sentido, la STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal) de 28 de febrero de 2005 (*RJ* 2006\843), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Sande García; y la STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal) de 24 de enero de 2007 (*RJ* 2007\3631), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José Reigosa González. Vid. además, relacionando la gavia con los arts. 572 y 574 CC, la SAP de La Coruña de 22 octubre 2001 (*JUR* 2002\30899) Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Fuentes Candelas.

[161] Vid. la STSJ de Galicia (Sala de lo civil y penal) de 12 de mayo de 2000 (*RJ* 2001\4314), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Saavedra Rodríguez.

[162] SAP de A Coruña (Secc. 4ª) de 29 de julio de 1999 (*RJ* 1999\6545), Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández. En el mismo sentido en STSJ (Sala de lo Civil y Penal) de 12 de mayo de 2000 (*RJ* 2001\4314), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Saavedra Rodríguez; STSJ (Sala de lo Civil y Penal) de 12 de junio de 2001 (*RJ* 2001\6542), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Saavedra Rodríguez; SAP de Pontevedra (Secc. 1ª) de 25 de mayo de 2006 (*JUR* 2006\195509), Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Menéndez Estébanez; y SAP de Pontevedra (Secc. 1ª) de 28 de febrero de 2007 (*JUR* 2007\249529), Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Almenar Belenguer.

[163] STSJ (Sala de lo Civil y Penal) de 12 de junio de 2001 (*RJ* 2001\6542), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Saavedra Rodríguez.

[164] Cfr. MARTÍNEZ HENS, «Comentario al art. 75», cit., p. 385.

una peculiar forma de comunidad. No obstante, en esta regulación existen bastantes lagunas. A estos efectos resulta muy útil comparar este régimen con el previsto en los Derechos Civiles Autonómicos, de manera particular, con el Derecho civil catalán, que incorpora una normativa completa y moderna sobre la materia, en la medida en que enfoca la cuestión desde la perspectiva del Derecho Urbanístico, que está por completo ausente en el Código civil.

1. Características y requisitos de la pared y del suelo medianero

Nada se especifica en el CC sobre las características y requisitos de la pared y del suelo medianero, salvo lo poco que se puede extraer de las presunciones y signos contrarios a la medianería que se contienen en los arts. 572 a 574, que son más bien el reflejo de la manera de construir y edificar en la época en que se publicó el Código civil.

Frente a esta regulación, el CCCat resulta mucho más completo. En el caso de la medianería de vallado el art. 546-1 se refiere al derecho de los propietarios de patios, huertos, jardines y solares colindantes, a construir una pared medianera para que sirva de *valla o separación en el límite y suelo de ambas fincas* hasta la altura máxima de *dos metros* o la establecida por *la normativa urbanística* (este mismo límite se recoge en el art. 546-2 CCCat para los casos de vallas no medianeras entre fincas). La referencia a los dos metros de altura es más bien una norma de cierre para el caso de que no exista ninguna previsión urbanística, que puede establecer una altura superior o inferior[165].

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta la regulación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y la biodiversidad. En su art. 62 se establecen una serie de prohibiciones y limitaciones relacionadas con la actividad cinegética y acuícola en aguas continentales. Concretamente el art. 62.3.f) establece que los cercados y vallados de terrenos (cuya instalación está sujeta a autorización administrativa) deben construirse de forma tal que, en la totalidad de su perímetro, no impidan la circulación de la fauna silvestre no cinegética y eviten los riesgos de endogamia en las especies cinegéticas. Para los cercados y vallados no cinegéticos las Comunidades Autónomas pueden excluir esta obligación por causas de sanidad anima. Como destaca Cosialls Ubach, la necesidad de previa autorización administrativa hace quebrar la libertad de cerco que recogen los arts. 388 CC, 544-8 CCCat, y la Ley 348 de la Compilación navarra. Pero es que además, cuando se autorice el cercado o vallado por la Administración, el propietario debe cons-

[165] Cfr. Seuba Torreblanca, «Comentario...», cit., p. 610.

truirlo de tal manera que no impida la circulación de la fauna silvestre no cinegética «en todo su perímetro». Finalmente, el propio art. 62.3.f) de la Ley 42/2007 dispone que las Administraciones públicas competentes establecerán la superficie mínima que deben tener las unidades de gestión para permitir la instalación de los cercados y así garantizar la libre circulación de la fauna silvestre no cinegética y evitar los riesgos de endogamia en las especies cinegéticas. Lo cual quiere decir que si la finca no supera dicho umbral el propietario no podrá en ningún caso cercar su predio[165 bis].

Tratándose de medianería de carga, en el Derecho catalán la regulación es más compleja. Siendo en todo caso voluntaria, según el art. 555-2.3 CCCat, los propietarios de fincas colindantes sólo pueden acordar establecer la medianería y construir la pared medianera si tienen la autorización administrativa correspondiente para construir ambas fincas hasta el límite común. No se prevé que la pared medianera tenga un determinado grosor, o una altura determinada, o que se construya a partir de materiales concretos. El art. 555-3 dispone que la pared medianera o el suelo medianero debe ser del tipo adecuado, debe tener los fundamentos, resistencia, grosor y altura pertinentes con relación a los proyectos o finalidad de las edificaciones pactadas y debe tener la apariencia de muro exterior o fachada, de acuerdo con lo establecido por la normativa urbanística. Aparecen así descritas una serie de características atribuidas a la pared de carga, aunque la parte final del precepto más bien fija un requisito legal: que tenga apariencia de muro exterior o fachada, en función de lo que se fije en la normativa urbanística. En cualquier caso, con independencia del grosor que se fije, la mitad debe estar en el terreno propio y la otra mitad en el de los vecinos interesados.

Cuando en el título constitutivo no se haya previsto otra cosa, el art. 555-3.2 establece que las características de construcción de la pared medianera o del el suelo medianero deben ser las usuales en el lugar en que se construye y adecuadas a la obra que debe realizarse, según las reglas de la construcción aceptadas generalmente[166].

2. Indivisibilidad

Aunque la medianería se configure como una comunidad especial, no hay duda de que parte de las normas previstas para la comunidad ordinaria no son

---

[165 bis] Cfr. COSIALLS UBACH, A.M., *Régimen jurídico de la propiedad agraria sujeta a la nueva PAC,* Tesis doctoral inédita, Universitat de Lleida, 2009, pp. 260 y ss.

[166] Cfr. SOLÉ RESINA, «Comentario...», cit., pp. 1094 y ss.; POZO, VAQUER, BOSCH, *Derecho Civil*, cit., p 260.

aplicables a la medianería precisamente por su carácter de comunidad *sui generis*.

En este sentido, el art. 400 CC o el art. 552-10 CCCat no pueden aplicarse en ningún caso a la medianería pues la división implicaría la desaparición física del elemento medianero. Así se recoge expresamente en la Ley 376 de la Compilación de Navarra, al declarar: «*será indivisible y ningún comunero podrá disponer de su parte separadamente de las fincas a que aquellos elementos sirvan*». En todos los casos de comunidad sobre elementos al servicio de varias fincas que se contemplan en el Derecho navarro subyace esa idea de finalidad de servicio que el bien común presta a las fincas a las cuales aparece vinculado[167].

3. Reparaciones y mantenimiento

El art. 575 CC obliga a reparar y mantener la medianería a todos los dueños de las fincas que la tengan a su favor, en proporción al derecho de cada uno. Esta obligación es similar a la prevé el art. 395 CC para la comunidad ordinaria, pero éste se refiere sólo a la conservación de la cosa común, en el sentido de mantenimiento de la misma. El régimen del art. 575 tiene un contenido más amplio, pues obliga a los medianeros a la reparación y construcción de las paredes medianeras, y al mantenimiento de los vallados, setos vivos, zanjas y acequias, también medianeros. La cuestión relativa a la construcción es la que más atención recibe por el legislador en los preceptos dedicados a la medianería, por lo que será desarrollada con mayor amplitud más adelante. En principio, la regla general que establece el art. 575 CC es que la reparación, construcción y mantenimiento «se costeará por todos los dueños de las fincas que tengan a su favor la medianería, en proporción al derecho de cada uno». No obstante, teniendo en cuenta lo dicho anteriormente en cuanto a la constitución voluntaria de la medianería, debe acudirse en primer lugar a lo señalado en el título. Fuera de este supuesto, aunque el CC dispone que se contribuirá *en proporción al derecho de cada uno*, no existen obstáculos para admitir pactos entre los medianeros sobre la manera de contribuir a estos gastos, y sobre la cuantía en que cada uno debe contribuir[168].

---

[167] Cfr. PÉREZ DE ONTIVEROS «Comentario...», cit., p. 1202; y NAGORRE YARNOZ, J.J., «Comentario a la Ley 376», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M y DÍAZ ALABART, S., XXXVIII-1º, *Leyes 346 a 487 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 2002, pp. 145 y ss., donde recoge el Derecho histórico.

[168] Cfr. ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1468; y DÍEZ GARCÍA, «De la servidumbre...», cit., p. 728.

Si no hay acuerdo, la proporcionalidad a que se refiere el CC admite varias interpretaciones: referirla a la titularidad de cada medianero en el elemento común, o bien al uso que cada uno de los propietarios hace o potencialmente puede hacer de la medianería, o entender que se debe aplicar supletoriamente lo dispuesto en el art. 393 CC, de manera que, salvo pacto, habría que entender que las participaciones de los medianeros son iguales[169]. La segunda opción parece más justa y es la que se asume en el art. 555-5 CCCat[170], pero es mucho más sencilla la primera que es en la que, en mi opinión, está pensando el art. 575 CC. Lo cierto es que en la jurisprudencia se ha impuesto el criterio de la distribución de los gastos entre los medianeros al 50%[171].

Por otro lado, parece claro que estamos ante una obligación de las denominadas reales o *propter rem*, en las que el deudor se determina por su relación con la cosa, en este caso, la pared medianera[172]. En este sentido, los obligados a la reparación, construcción y mantenimiento serán los propietarios de las fincas que tengan a su favor la medianería, aunque no tuvieran la condición de medianeros cuando se produjo el desperfecto o se realizó la reparación[173]. No obstante, se ha defendido que, aun estando ante obligaciones que se imponen por razón de la propiedad, acaso de las asumidas con

---

[169] En el primer sentido, MANRESA, *Comentarios*..., IV, cit., pp. 718 y ss.; . LACRUZ BERDEJO, *Elementos*..., *III-2*, cit., p. 520; ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1468; REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit. p. 588. En el segundo sentido, MELÓN INFANTE, «En torno...», cit., p. 299; ROCA JUAN, «Comentarios...», cit., p. 216; GARCÍA PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1075. De la tercera opinión son TORRES LANA, «De las servidumbres...», cit., p. 975; SEOANE, «La servidumbre...», cit., p. 248; y CORBAL «De la servidumbre...», cit., p. 902.

[170] De alguna manera es el criterio que recogía, *mutatis mutandis*, el art. 91 de la Compilación gallega de 1963: «El muro, cercado a cierre que circunde el agro, agra o "vilar", pertenece en comunidad a los propietarios de las parcelas sitas en dicho agro, y todos ellos deben contribuir, *en proporción a la respectiva extensión de la finca de cada uno*, a los gastos de su limpieza y conservación y la de las cancelas» (la cursiva es mía).

[171] Así, en las SAP de Córdoba (Secc. 2ª) de 20 de julio de 1999 (*AC* 1999\1430), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre; SAP de Salamanca (Secc. única) de 13 de enero de 2000 (*AC* 2000\3009), Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Nieto Nafria; SAP de Jaén (Secc. 2ª) de 19 de junio de 2000 (*JUR* 2000\226002), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Requena Paredes; SAP de Zamora (Secc. única) de 20 de junio de 2000 (*AC* 2000\3519), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Jesús García Garzón; SAP de Jaén (Secc. 2ª) de 30 de marzo de 2001 (*JUR* 2001\155875), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Requena Paredes; SAP de Alicante (Secc. 6ª) de 10 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003\73873), Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Rives Seva.

[172] Cfr. ampliamente, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La renuncia y el abandono en la servidumbre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 465 y ss.; CASTRO VÍTORES, G., *La obligación real en el Derecho de bienes*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Merecantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2000, pássim.

[173] Cfr. LACRUZ BERDEJO, *Elementos*..., *III-2*, cit., p. 521; MELÓN INFANTE, «En torno...», cit., p. 304; ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1469; SEOANE, «La servidumbre...», cit., pp. 247 y ss.

anterioridad a la transmisión de la propiedad del inmueble (y con él de la medianería en la parte que corresponda) debe responder personalmente el medianero que en su momento lo fue[174]. No comparto este planteamiento que supone abandonar toda idea de ambulatoriedad, esencial para configurar las obligaciones *propter rem*: la persona del deudor es variable en función de quien sea en cada momento propietario[175], que es lo que hace el art. 575 CC cuando se refiere a «los dueños de las fincas que tengan a su favor la medianería».

El régimen de los gastos de construcción y conservación de la pared medianera tiene una regulación diferente en el Derecho civil catalán. En el caso de la medianería de vallado, al ser forzosa, cualquiera de los propietarios puede imponerla al vecino, sin contar con su consentimiento, construyendo la pared del vallado en la mitad en su terreno y la otra mitad en el terreno de la finca colindante. A este respecto el art. 555-8.2 CCCat dispone: «El suelo de la pared de valla divisoria es medianero, pero el vecino o vecina no tiene la obligación de contribuir a la mitad de los gastos de construcción y de mantenimiento de la pared hasta que edifique o cierre su finca». Ello significa, en principio, que quien levanta la pared corre con todos los gastos, tanto los de construcción como los de mantenimiento. Lo que marca el nacimiento de la obligación de pagar los gastos de construcción y de mantenimiento de la pared por parte del colindante no constructor es la edificación o cierre de su finca. En el caso del cierre de la finca la utilidad que obtiene de la pared es clara, pues le supone un ahorro al no tener que hacer frente al coste del vallado de todo el perímetro. En el caso de edificación la utilidad es más dudosa ya que el resto de la finca puede quedar sin vallar. Se ha señalado que la utilidad podría venir dada en este supuesto porque la valla evitaría las vistas directas entre las fincas contiguas, pero desde luego la justificación de la obligación de contribución es bastante discutible[176].

---

[174] Cfr. GARCÍA PÉREZ, C., «Comentario...», cit., p. 1076. De la misma opinión es REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit. p. 588, quien añade que ello es más conforme con los efectos que producen las obligaciones *propter rem*, es decir, la determinación del deudor en relación con la cosa en el momento en que surge la obligación, sin que la posterior transmisión del bien produzca la transmisión de la deuda.

[175] Cfr. CASTRO VÍTORES, *La obligación*..., cit., pp. 721 y ss.; y del mismo autor, «Obligaciones reales: un aspecto de la relación entre atribución y contrato», en REINA TARTIÈRE G. (Coord.), *Derechos Reales. Principios, elementos y tendencias*, Heliasta, Buenos Aires, 2008, pp. 121 y ss.

[176] Cfr. POZO, VAQUER, BOSCH, *Derecho Civil*, cit., p. 259. Lo que debe destacarse es la diferencia de este régimen con el previsto en el CC español. El art. 573.7º CC entiende que existe signo contrario a la medianería «cuando las heredades contiguas a otras defendidas por vallados o setos vivos no se hallen cerradas». Lo que ocurre es que una vez cerrada la finca que anteriormente estaba abierta funciona la presunción de medianería del art. 572.3º CC. Nada se dispone sobre los gastos a realizar, lo que hace que la solución jurídica en estos casos diste de tener la seguridad que se refleja en el Derecho catalán.

El art. 555-8 CCCat se refiere a la obligación de contribuir *a la mitad de los gastos de construcción y de mantenimiento*, sin aclarar si dicha mitad se refiere a lo que costaría la obra en el momento actual, o a la cantidad invertida en su momento por el constructor. A mi juicio, el precepto se refiere a la cantidad realmente invertida, de manera que se permite al constructor recuperar la mitad de la inversión realizada, aunque el importe debe ser actualizado al momento en que se solicita participar de la ventaja aplicando el correspondiente interés legal. Por otro lado, me parece claro que se debe pagar la mitad tanto de los gastos de construcción como de los de mantenimiento. Respecto a estos últimos se ha defendido que sólo se deben pagar «a partir del momento en que se genere la obligación de contribuir[177]. A mi juicio la letra del precepto no permite esta interpretación (habla de la obligación de pagar la mitad de los gastos «de mantenimiento de la pared *hasta que edifique o cierre su finca*»), sino que deben pagarse la mitad de todos gastos de mantenimiento producidos con anterioridad y sufragados por el constructor, entendiendo por tales tanto los de conservación como los de reparación. Lo que sí parece coherente es mantener que la obligación de pagar los gastos ocasionados por la pared debe referirse a la medida en que ésta se configura como forzosa, es decir, a la pared con una altura máxima de dos metros o la que establezca la normativa urbanística. No habrá entonces obligación de pagar gastos de construcción ni de mantenimiento por una mayor altura si no ha existido un acuerdo entre los medianeros para configurar la pared con estas características especiales[178].

Por lo que se refiere a la medianería de carga, hay que tener en cuenta que, aunque ésta siempre es de constitución voluntaria, en principio el pacto sólo permite ocupar el suelo ajeno para construir, pero no faculta para exigir los gastos de construcción y conservación hasta que el vecino cargue sobre la pared medianera. En este sentido, el art. 555-5.1 CCCat establece: «los gastos de construcción y conservación de la pared medianera, hasta que el vecino o vecina haga la carga, corren a cargo del propietario o propietaria que la ha levantado». La obligación de quien no ha construido la pared de pagar la parte correspondiente de gastos de construcción nace cuando aquél pretenda construir sobre su parcela. A estos efectos es indiferente que se cargue o no sobre la pared medianera. El art. 555-4.1 CCCat dispone que no puede cargarse sobre la pared medianera «sin haber pagado la parte del coste que fija el pacto constitutivo de la medianería». Pero la obligación de pago surge también cuando el vecino que no ha levantado la pared medianera construye en su parcela, aunque no cargue sobre aquella, porque el art. 555-6 CCCat esta-

[177] Cfr. Pozo, Vaquer, Bosch, *Derecho Civil*, cit., p. 259.
[178] Cfr. Solé Resina, «Comentario...», cit., p. 1107.

blece que «el vecino o vecina que construye sin hacer uso de la pared medianera debe pagar la parte del coste que le corresponde según lo que se ha pactado y de acuerdo con lo establecido por el artículo 555-4»[179]. Como destaca GARRIDO MELERO construir sin hacer uso de la pared puede suponer una renuncia económica a beneficiarse de ella o a no utilizarla, pero no puede interpretarse como una renuncia jurídica a la medianería[180].

A partir de este momento, según el art. 555-5-1 CCCat, «cada propietario o propietaria debe contribuir en la proporción pactada o, si no se ha pactado, en proporción al uso que hace de dicha pared medianera», criterio como hemos visto diferente al que recoge el art. 575 CC. Por lo que se refiere a las cantidades a pagar, se ha defendido que la proporcionalidad se refiere tanto a los gastos que en su momento generó la construcción de la pared, como a los gastos de conservación o mantenimiento de la misma que se generen a partir del momento en que carga sobre ella[181]. Sobre esto último cabe hacer algunas matizaciones. Es posible que, tras la construcción de la pared medianera, haya habido que desembolsar determinadas cantidades por quien la construyó en concepto de gastos de conservación y mantenimiento posterior. Por ello no está claro si, cuando el vecino carga sobre la pared o construye en su parcela, debe pagar sólo los gastos de mantenimiento desde el momento en que se comienza a participar de las ventajas de la medianería, o si se deben abonar proporcionalmente —lo mismo que los gastos de construcción— todos los gastos de conservación y mantenimiento que se hayan generado desde la construcción de la pared medianera, aunque se comience a participar posteriormente de las ventajas de la misma. Considero más correcta esta segunda postura, pero a mi juicio no se deberían abonar los gastos anteriores de simple conservación de la medianería, aunque sí los de reparación ordinaria y extraordinaria, por cuanto deben considerarse como parte integrante del coste de construcción para quien pretender participar posteriormente de las ventajas de la pared medianera.

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, de acuerdo con el art. 555-4, la cantidad a pagar se fija en el pacto constitutivo de la medianería. No obstante, tanto el deudor como el acreedor, en cuanto personas interesadas pue-

---

[179] Cfr. POZO, VAQUER, BOSCH, *Derecho Civil*, cit., p. 260.

[180] Cfr. GARRIDO MELERO, M., «Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña (Comentario a la Ley 31/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad)», *RCDI*, núm. 611, 1992, pp. 1566 y ss. En el mismo sentido, SOLÉ RESINA, J., «La medianería de carga y de cierre como comunidad especial en el Código civil de Cataluña», en GARRIDO MELERO, M. (Coord.), *La regulación de la propiedad horizontal y las situaciones de comunidad en Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2008, p 259.

[181] Cfr. SOLÉ RESINA, «Comentario...», cit., p. 1101.

den solicitar a la autoridad judicial la rectificación de las cantidades que deben pagarse teniendo en cuenta la naturaleza, antigüedad, estado de conservación y condiciones de obra de la pared medianera. La tramitación del procedimiento correspondiente al ejercicio de esta facultad no impide que, mientras tanto, los vecinos que han pagado la cantidad pactada puedan cargar sobre la pared medianera. Lógicamente, además del pago, debe admitirse la consignación[182]. En este sentido, creo que el deudor puede proceder a ingresar en la cuenta de depósitos y consignaciones las sumas especificadas en la norma. Si en el pacto no se ha establecido nada, al menos habrá que pagar o consignar los gastos de construcción que es el criterio que se fija en el art. 555-8.2 CCCat para la medianería de vallado. La forma de llevar a cabo la consignación judicial será mediante el ingreso de las citadas cantidades en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado, del modo y con los requisitos previstos en el Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, que regula los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores[183].

4. Uso de la medianería

El art. 579 CC reconoce en los elementos comunes no partes de una titularidad exclusiva o privativa, sino zonas de uso exclusivo de uno y otro medianero. Cada propietario de una pared medianera puede usar de ella en proporción al derecho que tenga en la mancomunidad (v.gr. edificar apoyando su obra en la pared medianera, o introduciendo vigas hasta la mitad de su espesor). Lo que no puede es impedir el uso común y respectivo de los demás medianeros. En principio la situación es similar a la que se contempla en el al 394 CC, pero el art. 579 exige que, para usar este derecho, se obtenga el consentimiento de los demás interesados en la medianería. Además, no tiene sentido que, tratándose de una comunidad sólo se permita utilizar la mitad del grosor. Ello, desde luego, abona la postura de ALBALADEJO, de entender que hay una propiedad exclusiva por mitad del muro medianero[184]. Pero en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales abundan los pronunciamientos en que se niega que el muro o elemento medianero pertenezca por mitad a cada uno de los propietarios contiguos. Así en la SAP de Soria de 22 de junio de 2002 se afirma: «La medianería se configura como una comunidad

[182] Cfr. POZO, VAQUER, BOSCH, *Derecho Civil*, cit., p. 261.

[183] Los modelos de formularios de ingreso, de mandamientos de pago y de órdenes de transferencia, así como los requisitos que éstas han de reunir para su correcta recepción en las cuentas de depósitos y consignaciones judiciales reguladas por este Real Decreto se contienen en la Orden JUS/1623/2007, de 4 abril, del Ministerio de Justicia.

[184] Cfr. ALBALADEJO, *Derecho Civil,* III, cit., p. 258.

de utilización que tiene cabida dentro del marco de las relaciones de vecindad entre los predios y que se caracteriza por ser aneja a la propiedad de cada finca y especial por razón del objeto sobre el que recae; pues reconoce en los elementos comunes zonas de uso exclusivo de uno y otro medianero y *no puede ser entendida en el sentido de que el muro o elemento medianero pertenezca por mitad a cada uno de los propietarios contiguos al ser su característica principal la proindivisión del elemento divisorio en toda su extensión y espesor*»[185].

Más clara es, si cabe la SAP de Ciudad Real de 13 de septiembre de 2005: «Sin ánimo de realizar una exposición detallada, a modo de manual, sobre la naturaleza y esencia de la medianería, es obvio que la posición de la parte demandada y la propia Sentencia parten de cierto confusionismo en su concepto. La medianería no es en sí una servidumbre, ni es propiamente identificable con la comunidad de bienes, ya que se diferencia de la misma en que no es divisible. *Que se designen materialmente las partes susceptibles de uso por cada uno de los comuneros, no determina que alcance a este una propiedad exclusiva de la mitad de la misma, de forma que pueda determinar su demolición o la merma en dicho espesor*. La Propia Sentencia recurrida, recoge en su fundamento de derecho tercero tal consabida naturaleza, invocando el derecho de cada parte en igual proporción a toda y cada una de las partes de la pared. *El derecho de uso de la pared medianera, conforme a lo dispuesto en el art. 579 CC, hasta la mitad de su espesor, lo es en tal sentido y por lo tanto referido a su uso, pero obviamente no implica propiedad exclusiva de la mitad ni presupone su posibilidad de demolición en todo o parte de ella*»[186]. Igualmente, conforme a la SAP de Las Palmas de 15 de diciembre de 2005: «la medianería *no significa que cada colindante sea dueño de la mitad de la pared, de tal suerte que el límite de las propiedades privativas lo constituyera ese eje* (...), ni que se haya constituido una comunidad de tipo romano al modo del art. 392 y siguientes del CC (...), *sino que sería el muro en su integridad propiedad de los dos colindantes, pudiendo estos usarlo, hacer reparaciones o mejoras, sobrepasando o no esa línea imaginaria divisoria, siempre que con ello no se produzca menoscabo a otro medianero ni daño a la pared* (...)»[187].

---

[185] SAP de Soria de 22 de junio de 2002 (*JUR* 2002\212746), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Miguel García Moreno.

[186] SAP de Ciudad Real (Secc 1ª) de 13 de septiembre de 2005 (*JUR* 2005\219911), Ponente: Ilma. Sra. Dª Mª Pilar Astray Chacón.

[187] SAP de Las Palmas (Secc. 5ª) de 15 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006\65006), Ponente: Ilma. Sra. Dª Mónica García de Yzaguirre. Seguidamente se añade: «Distinta es la consideración en el derecho histórico, donde se configuró una verdadera servidumbre consistente en el derecho de introducir las vigas en pared ajena para construir apoyada en ella, pero sin que la pared origi-

El consentimiento de los demás, a que se refiere el art. 579 CC se exige para evitar intromisiones perjudiciales en sus derechos. Pero no puede quedar sometido al capricho de éstos, de ahí que se permita acudir al dictamen de peritos. Esta idea se pone de relieve en la SAP de Ourense de 30 de septiembre de 2003, en la que se vierten las siguientes afirmaciones: «Supuesta la existencia de una servidumbre o relación de medianería sobre el muro en el que se ha levantado la pared controvertida, el art. 579 CC establece como limitación del derecho que corresponde a todo dueño de una pared medianera de usar ésta conforme dispone la propia norma, obteniendo el consentimiento de los demás interesados en la medianería. Sin embargo este requisito, en primer lugar, viene referido al concreto ejercicio de determinadas facultades de utilización de la pared medianera, cuales son los de edificar "apoyando" la obra, o "introduciendo vigas" hasta la mitad de su espesor, y, en segundo lugar, no es tan absoluto que deba entenderse como una especie de derecho de veto concedido a cada medianero capaz de hacer imposible en la práctica el uso común y compartido de la pared, que constituye la esencia de esta forma de servidumbre legal, asimilándola a una modalidad del condominio, sino que, por el contrario, dicho consentimiento unánime ha de exigirse en puridad únicamente en aquellos supuestos en que se impide el respectivo uso de los demás partícipes, se perjudica el derecho de éstos, o el interés de la comunidad, pero no cuando tan sólo se trata de utilizar la pared medianera conforme a su destino, según se desprende del citado art. 579, en relación con el 394 CC, pues en este caso, la oposición de alguno de los demás medianeros podría estimarse como el ejercicio abusivo o arbitrario de un derecho que la Ley no ampara (art. 7.2 CC)»[188].

De esta sentencia se desprende con claridad que lo que el art. 579 CC reconoce a los propietarios no son propiamente derechos, sino facultades, y que el régimen especial que se recoge en el mismo tiene sentido en función de la especial forma de comunidad que supone la medianería. En este senti-

---

naria dejara por ello de pertenecer al vecino. Así, la Partida 3ª, título XXI, habla de una servidumbre urbana (que "ha una casa en otra", Ley I), servidumbre que comprendía, entre otros casos, "cuando la una casa ha de sufrir la carga de la otra, poniendo en ella pilar o columna sobre que pusiese su vecino viga para hacer terminado u otra labor semejante de ella. O de haber derecho de horadar la pared de su vecino para meter e vigas" (Ley II). Con anterioridad al CC, la medianería estuvo sometida, en el derecho castellano, a las ordenanzas municipales y usos locales, que variaban según las zonas y técnicas constructivas. Esta diversidad justificó que, al tiempo de la codificación, se dictaran unas normas generales que pueden ser complementadas por "las ordenanzas y usos locales" en cuanto no se opongan al Código civil (art. 571 CC). En el presente caso no se ha alegado ni probado lo que puedan decir tales ordenanzas y usos locales, por lo que debe resolverse la litis con las presunciones del Código civil».

[188] SAP de Ourense (Secc. 2ª) de 30 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003\251532), Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Alañón Olmedo.

do, la jurisprudencia ha reiterado que la facultad de apoyar una obra sólo se refiere a pared medianera, por lo que debe rechazarse si se trata de una pared ajena[189]. E igualmente debe tenerse en cuenta que, en los casos de sobreelevación del art. 577, mientras lo demás propietarios no adquieran los derechos de medianería por la vía del art. 578, sobre la parte privativa sobreelevada no cabe aplicar las restricciones que impone el art. 579. Así se destaca en la SAP de Murcia de 9 de enero de 2006: «Los arts 577 y 579 regulan dos situaciones distintas. El primero contempla la facultad de elevar, profundizar y aumentar el espesor de la pared medianera por parte de cualquiera de los condueños, fijando las condiciones precisas para ello. El art. 578 regula los requisitos necesarios para que los otros condueños que no han contribuido a la ampliación adquieran derechos sobre ésta o, dicho en otras palabras, la facultad de aquéllos de convertir en medianera la pared elevada, profundizada o engrosada. De la conjunción de ambos preceptos se desprende meridianamente que la parte sobreedificada de la pared medianera se hace propiedad exclusiva de quien la construyó a su costa. Por el contrario, el art. 579 se refiere a las facultades de los medianeros sobre el muro común, estableciendo los límites de uso (que han de ser proporcionales a su participación en aquél y a las condiciones físicas de aquél), por lo que su aplicación requiere con carácter previo que quien lo ejercita haya adquirido algún derecho sobre él»[190].

Volviendo al régimen del art. 579 CC, a la hora de usar de la pared medianera se imponen dos límites a los propietarios: a) no impedir el uso común y

---

[189] Así, en las SAP de Las Palmas (Secc. 5ª) de 7 de marzo de 2006 (*JUR* 2006\168160), Ponente: Ilma. Sra. Dª Mónica García de Yzaguirre; y SAP de Cantabria (Secc. 2ª) de 20 de junio de 2006 (*AC* 2006\1417), Ponente: Ilmo. Sr. D. Bruno Arias Berrioategortua.

No obstante lo anterior, en la STS de 13 de octubre de 2006 (*RJ* 2006\8999), ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, con un criterio un tanto ambiguo, se distingue entre *apoyar* (que no se permitiría en pared ajena) y *adosar* (que sí estaría permitido). En primera instancia se afirma que las pilastras no se apoyan ni se introducen en la pared de la casa vecina, sino que están «adosadas a las propiedades del demandante y unidas a ellas por enfoscados de mortero de cemento y las mencionadas pilastras no producen perturbación constructiva alguna en la pared de la vivienda». Por el contrario la Audiencia considera que «las pilastras que sirven de apoyo a la puerta metálica están adosadas a las propiedades del demandante, es decir, se apoya su construcción en las propiedades de éste, que la Ley no permite sin su consentimiento, a menos que exista medianería (art. 579 CC), que en este caso no la hay». El TS casa la sentencia y confirma la de primera instancia sobre la base de la distinción entre adosar y apoyar: «tales pilares se apoyan en las propiedades del demandante y el perito insiste en que están adosados, pero nunca dice que se apoyen».

La STS de 10 de diciembre de 1984 (*RJ* 1984\6055), Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz es todavía más ambigua pues afirma que no se considera infringido el art. 579 CC, «en cuanto que la edificación del actor no responde a la técnica que refleja el artículo invocado, toda vez que si bien puede hablarse de «apoyo» de la edificación en el muro medianero, no puede hablarse de «introducir» vigas hasta la mitad de su espesor».

[190] SAP de Murcia (Secc. 1ª) de 9 de enero de 2006 (*JUR* 2006\168756), Ponente: Ilmo. Sr. D. Alvaro Castaño Penalva.

respectivo de los demás medianeros; b) obtener el consentimiento de los demás interesados en la medianería. El primero no plantea excesivos problemas de interpretación, aunque en la práctica la cuestión puede ser muy diferente dada la necesidad de obtener el consentimiento de los medianeros. En este sentido, en la SAP de Cuenca de 25 de mayo de 2005, en un supuesto de apoyo del porche sobre pared medianera, se considera esencial que los demandados no solicitaran autorización a los actores para realizar las obras que cargaban directamente sobre la medianera, por lo que se concluye que la construcción efectuada se realizó contraviniendo lo dispuesto en el art. 579 CC[191]. Lo cierto es que, como destaca ALONSO PÉREZ, podría aceptarse el consentimiento tácito, aunque sólo si los actos que impliquen aprobación son inequívocamente concluyentes[192]. Así se reconoce en la SAP de Asturias de 7 de diciembre de 2000, en un supuesto en el que, no existiendo perjuicio ni menoscabo, se afirma que «cincuenta años desde la elevación de los primeros postes y de la primera tela metálica, es tiempo más que suficiente para entender un asentimiento tácito del colindante medianero a la obra en estos momentos tan sólo adecentada»[193].

En cualquier caso, el consentimiento ha de ser unánime, aunque si por error excusable se ignora algún propietario, el consentimiento obtenido de los conocidos puede considerarse suficiente[194]. A la hora de obtener el consentimiento unánime, entiendo aplicable por analogía el art. 597 CC de tal manera que, tratándose de varios medianeros, la concesión hecha solamente por algunos, quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes. No obstante, la concesión hecha por uno de los medianeros separadamente de los otros obligaría al concedente y a sus sucesores, aunque lo fueran a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido.

Por otro lado es dudoso si este consentimiento se requiere para cualquier uso de la pared medianera, o sólo en los casos de edificación o introducción de

---

[191] SAP de Cuenca (Secc. 1ª) de 25 de mayo de 2005 (*JUR* 2005\133645), Ponente: Ilmo. Sr. D. Ernesto Casado Delgado.

[192] Cfr. ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1477.

[193] SAP de Asturias (Secc. 1ª) de 7 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001\64827), Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa. En sentido parecido la SAP de Zaragoza (Secc. 5ª) de 11 de mayo de 1998 (*AC* 1998\5807), Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Luis Pastor Oliver, enlaza la antigüedad de la construcción con el presumible aquietamiento del titular inicial. La presunción de conocimiento del otro medianero por actos concluyentes ya fue reconocida en la STS de 12 de diciembre de 1908 [*Jurisprudencia Civil* (Colección de la RGLJ), vol. 112, 1908, pp. 921 y ss.], Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Ruiz García.

[194] Cfr. ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1477; y REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit., p. 614, apoyándose en el criterio de la STS de 8 de noviembre de 1895 [*Jurisprudencia Civil* (Colección de la RGLJ), vol. 78, 1895, pp. 324 y ss.], Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Lavín.

vigas. A mi juicio, la redacción del precepto conduce a interpretar que sólo en este segundo caso se requiere el consentimiento[195], criterio que sigue la jurisprudencia[196]. En cualquier caso, cuando no se consigue el consentimiento de los demás interesados en la medianería, según el art. 579-2 CC «se fijarán por peritos las condiciones necesarias para que la nueva obra no perjudique a los derechos de aquéllos». El sentido de esta parte de precepto es clara. Como afirma REBOLLEDO VARELA, el consentimiento de los demás medianeros no es exactamente un consentimiento negocial (y por lo tanto, libre), sino que estamos ante un acto reglado cuya negativa injustificada podría considerarse abusiva o contraria a la buena fe sobre la base del art. 7 CC[197]. Más problemáticas son las consecuencias de la utilización de la pared medianera sin el citado consentimiento y sin la intervención de los peritos. La jurisprudencia entiende de forma mayoritaria que no procede la demolición. Así, en la SAP de Asturias de 7 de diciembre de 2000 se afirma: «en esta dirección hay que tener en cuenta el criterio jurisprudencial relativo a que no es suficiente la inexistencia del asentimiento previo por parte del titular de la medianería para disponer la destrucción de lo construido, ya que la función del mencionado precepto es la de condicionar el derecho del medianero a usar de la medianería»[198]. Y con mayor claridad, la SAP de Asturias de 3 de mayo de 2005: «en este mismo sentido de no proceder la demolición se ha pronunciado el TS en las SSTS de 6 de diciembre de 1985 y 28 de diciembre de 2001, en las que expresamente se concluye que "la inexistencia de consentimiento previo no determina la demolición de las obras ejecutadas si no se demuestra que se haya irrogado menoscabo a otro medianero ni daño a la pared", como es el caso de autos»[199].

El uso de la medianería presenta peculiaridades propias en el Derecho civil catalán respecto a la medianería de carga. Al ser ésta de constitución voluntaria, el pacto permite ocupar el suelo ajeno para construir la pared, y los gastos de construcción y mantenimiento son de cuenta exclusiva del propietario que la haya levantado. Aunque exista medianería, el colindante no puede usar la pared medianera mientras no pague, como vimos, la parte del

---

[195] En este sentido, REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit. p. 612. En contra, ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1477; y CORBAL «De la servidumbre...», cit., p. 908.

[196] SAP de Asturias (Secc. 6ª) de 3 de mayo de 2005 (*JUR* 2005\113272), Ponente: Ilma. Sra. Dª Elena Rodríguez-Vigil Rubio; SAP de Ourense (Secc. 2ª) de 30 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003\251532), Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Alañón Olmedo.

[197] Cfr. REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit. p. 614, y «Contenido...», cit., p. 17.

[198] SAP de Asturias (Secc. 1ª) de 7 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001\64827), Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa.

[199] SAP de Asturias (Secc. 6ª) de 3 de mayo de 2005 (*JUR* 2005\113272), Ponente: Ilma. Sra. Dª Elena Rodríguez-Vigil Rubio. Las sentencias que se citan son la STS de 6 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985\6324), Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime De Castro García; y la STS de 28 de diciembre de 2001 (*RJ* 2002\1649), Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo.

coste fijada en el pacto constitutivo de la medianería (art. 555-4.1 CCCat). Hasta entonces no puede cargar sobre la pared medianera ni construir sobre su parcela, aunque no cargue sobre ella, pues el art. 555-6 CCCat establece, como vimos, que el vecino que construye sin hacer uso de la pared medianera debe pagar la parte del coste que le corresponde según lo que se ha pactado y de acuerdo con lo establecido por el artículo 555-4. Como se ha destacado, el pago de la parte del coste de la pared que corresponda se configura como requisito *sine qua non* del nacimiento del derecho de carga[200].

En este sentido, mientras no se efectúe dicho pago, entiendo que quien ha levantado el muro puede utilizar la acción recogida en el art. 250.1.4º LEC, referida a la tutela sumaria de la posesión, para que cesen los actos de perturbación de su posesión, sin que se pueda utilizar la acción negatoria. La situación del colindante puede equipararse a una obligación de no hacer, pero en modo alguno permite la aplicación directa del art. 710 LEC, aunque las partes hayan acordado que dicha obligación tenga carácter directamente ejecutivo. Necesariamente se debe obtener una previa sentencia de condena. Como ya puse de relieve en otro lugar, las partes no pueden crear a su antojo títulos ejecutivos. Por mucho que se haya pactado, una cláusula de este tipo no hace ejecutivo al título que, según la ley, adolece de tal carácter. Sólo son directamente ejecutivos aquellos documentos típicos a los que la ley —y no la voluntad de las partes— asigna la eficacia de abrir, sin previa fase de cognición, el proceso de ejecución. El despacho de ejecución requiere que los actos de ejecución cuya realización se solicite en la demanda sean conformes con la naturaleza y el contenido del título ejecutivo. Ello supone que la petición que se deduzca en el suplico sea acorde con la esencia y el significado de la obligación que en él se documenta, de modo que no resultará posible, con base en un título extrajudicial, solicitar la ejecución de una obligación de no hacer[201].

5. Modificaciones en la medianería

Frente al régimen del art. 397 CC, que exige unanimidad, el art. 577 permite al medianero hacer modificaciones en la cosa común sin necesidad del consentimiento de los otros medianeros. Este precepto tiene su antecedente inmediato en el art. 518 del Proyecto de 1851 y permite elevar, profundizar y aumentar el espesor de la pared medianera. Como peculiaridad, la parte

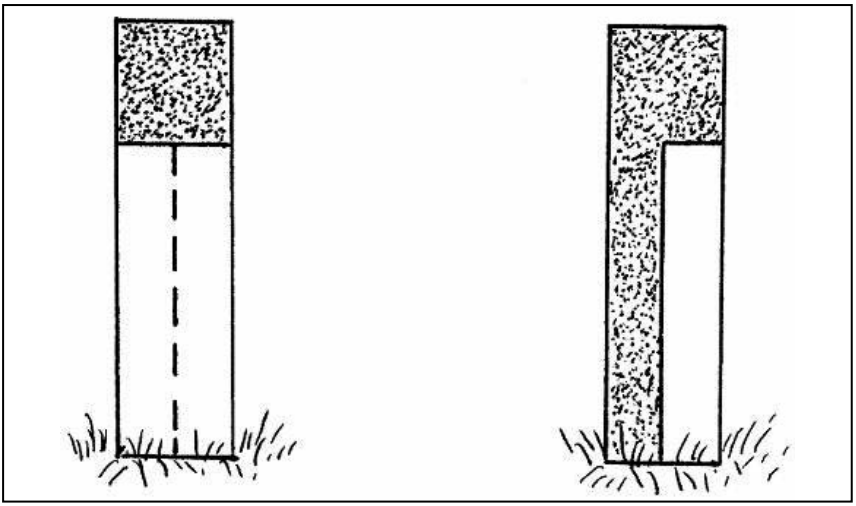
---

[200] Cfr. Solé Resina, «Comentario...», cit., p. 1098.

[201] Cfr. Domínguez Luelmo, A., «Incumplimiento y ejecución forzosa en forma específica de las obligaciones de hacer», en Llamas Pombo, E., (Coord.), *Estudios de Derecho de Obligaciones Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, I, La Ley Madrid, 2006, pp. 570 y ss.

sobreedificada de la pared, o la mayor profundidad que se le dé, se hace propiedad exclusiva de quien la construyó a su costa (*Gráfico 13*).

Gráfico 13.



El art. 577 comienza diciendo que todo propietario puede alzar unilateralmente la pared medianera, lo cual debe entenderse de conformidad con la normativa administrativa que sea de aplicación, generalmente de carácter municipal[202]. En este sentido, el art. 553-3.1 CCCat dispone: «La pared medianera o el suelo medianero debe ser del tipo adecuado, debe tener los fundamentos, resistencia, grosor y altura pertinentes con relación a los proyectos o finalidad de las edificaciones pactadas y debe tener la apariencia de muro exterior o fachada, *de acuerdo con lo establecido por la normati-*

[202] La STS de 27 de mayo de 1932 [*Jurisprudencia Civil* (Colección de la RGLJ), vol. 204, 1932, pp. 293 y ss.], Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Ballesteros, se refiere a la necesidad de respetar las ordenanzas y usos locales. La SAP de Murcia (Secc. 5ª) de 7 de mayo de 2003 (*JUR* 2004\34437), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Nicolás Manzanares, se refiere igualmente a la necesidad de respetar «las reglas técnicas de la construcción de los edificios, los planes de ordenación urbana, cualquier derecho que pueda existir en favor del edificio colindante y que sea ajeno a la medianería, como el de "altius no tollendi", o el de cualquier servidumbre de carácter negativo, como la de luces y vistas que resulte de huecos abiertos en paredes propias del predio colindante». En apoyo de esta argumentación se citan la STS de 15 de enero de 1869 [*Jurisprudencia Civil* (Colección de la RGLJ), vol. 19, 1869, pp. 46 y ss.], Ponente: Excmo. Sr. D. José María Haro; STS de 16 de marzo de 1888 [*Jurisprudencia Civil* (Colección de la RGLJ), vol. 63, 1888, pp. 428 y ss.], Ponente: Excmo. Sr. D. José María Alix y Bonache; y STS de 30 de diciembre de 1975 (*RJ* 1975\4846), Ponente: Excmo. Sr. D. Federico Rodríguez Solano y Espín.

va urbanística». Cuando un propietario alce la pared medianera, lo hará a sus expensas, pero indemnizando los perjuicios que se ocasionen con la obra, aunque sean temporales. Tales daños y perjuicios no admiten restricción, y se refieren a todos lo que se ocasionen con la obra, tanto los temporales como los que puedan surgir con posterioridad[203]. Desde la STS de 12 de diciembre de 1908, la jurisprudencia entiende que en el supuesto de hecho del art. 577 CC no se aplica el art. 1902, de manera que los perjuicios deben indemnizarse, pero no hay obligación de reparar y de realizar ningún tipo de obra por quien los causó, como ocurre en el art. 576 en el supuesto de derribo de edificio con base en pared medianera[204]. Ello conlleva importantes repercusiones prácticas pues al tratarse de una obligación legal está sometida al plazo de prescripción de quince años (art. 1964 CC), y no al de un año del art. 1968.2 CC.

El propietario que ejercita la facultad de alzar la medianería no precisa del consentimiento de los otros condóminos ni del eventual concurso de los peritos[205], pero queda obligado, por un lado, a pagar los gastos de conservación de la pared, en lo que ésta se haya levantado o profundizado sus cimientos respecto de como estaba antes; y además, a indemnizar los mayores gastos que haya que hacer para la conservación de la pared medianera por razón de la mayor altura o profundidad que se le haya dado. Por otro lado, la sobreelevación puede y debe hacerse sobre todo el espesor de la pared medianera, y no sólo sobre la mitad, sin perjuicio del derecho del propietario colindante a adquirir los derechos de medianería sobre la mayor elevación[206]. Además de ello, la sobreelevación puede realizarse cualquiera que sea el estado en que se encuentre la pared medianera. Por eso el art. 577-3 destaca que si ésta no pudiese resistir la mayor elevación, el propietario que quiera levantarla tendrá obligación de reconstruirla a su costa; y, si para ello fuere necesario darle mayor espesor, deberá darlo de su propio suelo. Llegado el caso, como destaca el Prof. ALONSO PÉREZ, se impo-

---

[203] SAP de Badajoz (Secc. 1ª) de 21 de noviembre de 1995 (*AC* 1995\2245), Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Plata García.

[204] Cfr. STS de 12 de diciembre de 1908 [*Jurisprudencia Civil* (Colección de la RGLJ), vol. 112, 1908, pp. 921 y ss.], Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Ruiz García. En la doctrina, ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1473; REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit. pp 594 y ss., y «Contenido», cit., p. 10.

[205] Así se destaca literalmente en la STS de 5 de junio de 1982 (*RJ* 1982\4212), Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso.

[206] La cuestión es no obstante debatida en la jurisprudencia. Es mayoritaria la postura que niega que el derecho de sobreelevación del art. 577 CC pueda ser ejercido únicamente sobre la mitad de la pared. Las resoluciones jurisprudenciales que mantienen la posibilidad de sobreelevar la mitad de la pared se basan en considerar que la sobreelevación íntegra de la pared supondría una vulneración del art. 579 CC. Sobre el tema, ampliamente, REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit. pp. 592 y ss., especialmente notas 39 y 40. Vid además, PONS, DEL ARCO, *Régimen jurídico*..., cit., pp. 377 y ss.

ne la necesidad de derribarla y reconstruirla por entero a costa del propietario y tomando de su terreno lo necesario para el mayor espesor[207].

En principio, la mayor altura o profundidad no es medianera, sino del propietario que la haya sufragado. Pero el art. 578 CC regula un peculiar sistema de adquisición de la medianería por parte de los demás propietarios que no hayan contribuido a dar más elevación, profundidad o espesor a la pared[208]. Éstos pueden adquirir en ella los derechos de medianería, pagando proporcionalmente el importe de la obra y la mitad del valor del terreno sobre el que le hubiese dado mayor espesor, sin que tengan que acreditar que existe interés o necesidad. El importe se calcula al día de la adquisición, y no al de la construcción, que puede haberse producido con bastante antelación[209]. Como se ha destacado, no estamos ante una obligación en sentido técnico, sino ante una condición de adquisición de los derechos de medianería, de manera que si no se pagan no se adquieren, sin que el propietario que ha sobreelevado tenga que resolver por incumplimiento una adquisición ya producida[210].

Por otro lado, el abono del importe de la obra y, en su caso, la mitad del valor del terreno sobre el que le hubiese dado mayor espesor, se debe hacer proporcionalmente. A la hora de fijar dicha proporción, creo que debe estarse en primer lugar al pacto entre las partes. En caso de no llegarse a un acuerdo, plantea ciertas dudas cuál debe ser la referencia a tomar para establecer la proporción. El Prof. ALONSO PÉREZ mantiene que cuando son más de uno los que quieren adquirir la medianería, el importe se debe repartir entre ellos «según el uso que hagan o la extensión que utilicen de la pared medianera. Se trata de una proporcionalidad matemática o cuantitativa, valorando los costos realizados, para proceder a su reparto equitativo, es decir, conforme al goce o utilidad que cada uno vaya a tener en el medianil»[211]. Tal interpretación, aunque cabe en la letra de la ley, me parece dudosa pues entiendo que no hay motivos para apartarse del criterio que marca el art. 575 CC, de manera que la proporción va referida también en este caso a la titularidad de cada medianero en el elemento común.

---

[207] Cfr. ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1473.

[208] Como se destaca en la SAP de La Coruña (Secc. 1ª) de 16 marzo 2001 (*JUR* 2001\153028), Ponente: Ilmo. Sr. D. Dámaso Manuel Brañas Santa María, el art. 578 CC «se refiere a los supuestos en que se da mayor elevación, profundidad o espesor a la pared medianera, no al de la erección de una nueva (...), pues en este caso, como se ocupa suelo de las dos fincas, no podría hacerse sin el acuerdo de ambos propietarios».

[209] En contra, REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit. p. 606, quien mantiene que se debe respetar el coste original, debidamente actualizado al día de la adquisición.

[210] Cfr. CARRASCO, CORDERO, GONZÁLEZ, *Derecho de la construcción*..., cit., p. 148.

[211] Cfr. ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1475.

Debe dejarse claro, finalmente, que el art. 578 CC lo que permite es una *ampliación forzosa* de la medianería (en los casos en que previamente un propietario ha elevado, profundizado o aumentado el espesor de la pared medianera), pero no su *constitución inicial forzosa*. Como se trata de un derecho potestativo o una facultad de modificación jurídica no prescribe ni caduca.

Una última cuestión a destacar en cuanto a la posibles modificaciones en la medianería es la posible incidencia del Real Decreto 486/2009, de 3 de abril, que establece los requisitos legales de gestión y las buenas condiciones agrarias y medioambientales que deben cumplir los agricultores que reciban pagos directos en el marco de la PAC. Su art. 2.h) define *los elementos estructurales* como «aquellas características del terreno tales como los márgenes de las parcelas con características singulares, terrazas de retención, caballones, islas y enclaves de vegetación natural o roca, setos y sotos que se encuentren en el interior de la parcela, charcas, lagunas, estanques y abrevaderos naturales y árboles de barrera en línea, en grupo o aislados. Así mismo se consideran elementos estructurales pequeñas construcciones, como muretes de piedra seca, antiguos palomares u otros elementos de arquitectura tradicional que puedan servir de cobijo para la flora y la fauna». En el caso de que tales elementos estructurales sean medianeros, el Anexo II de este Real Decreto recoge una serie de reglas en las que se contienen las denominadas «buenas condiciones agrarias y medioambientales». Dentro de las destinadas a garantizar un nivel mínimo de mantenimiento y prevenir el deterioro de los hábitats, la regla 4.c) dispone que no se podrá efectuar una alteración de los elementos estructurales definidos en el art. 2 de este Real Decreto, *sin la autorización de la autoridad competente*. Se exceptúan de esta obligación la construcción de paradas para corrección de ramblas, regueros y bancales, así como las operaciones de refinado de tierras que se realicen en aquellas parcelas que se vayan a dedicar al cultivo del arroz y otros de regadío.

6. Renuncia a la medianería y derribo de pared medianera

El CC contempla dos tipos diferentes de renuncia a la medianería. Como se destaca en la STS de 20 de julio de 1990: «la facultad de renunciar a la medianería que se contempla en nuestro Código civil da lugar a dos tipos distintos que sólo tienen en común el efecto extintivo: el art. 575-2, contempla una "renuncia liberatoria" para dispensarse de contribuir a los gastos de construcción y mantenimiento de la pared, seto, zanja o vallado; y la del alegado art. 576, que es una renuncia por dejar de convenirle a uno de los propietarios de la pared medianera, porque "quiere derribar su edificio", en cuyo caso debe cargar con todas las reparaciones y obras necesarias para evitar los

daños que el derribo pueda ocasionar a la pared medianera, sin que quepa excluir los derivados de no haber reparado a su tiempo y debidamente la pared medianera que por definición colinda y sirve de soporte a otra propiedad y cuyo derribo puede afectar, ya sea a la pared medianera en que aquél se apoya (art. 576 CC) ya al edificio colindante por extensión o consecuencia de aquella falta de previsión o cuidados (art. 1902 CC), en cuyo caso hay que conectar el supuesto de que se trata con el más genérico art. 1902 CC, el cual, con acción constreñida en el tiempo a un solo año, no impide una cierta compatibilidad sustantiva por absorción con el más específico art. 576 CC»[212].

La cuestión ha sido estudiada con profundidad entre nosotros por AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ deslindando acertadamente ambos supuestos[213]. El art. 575-1 CC obliga a reparar y mantener la medianería a todos los dueños de las fincas que la tengan a su favor, en proporción al derecho de cada uno. La peculiaridad que se añade en al párrafo 2º de este mismo precepto es que se permite al propietario deudor liberarse de tales obligaciones renunciando a su titularidad sobre la medianería (salvo cuando la pared medianera sostenga un edificio del renunciante). Esta renuncia se extiende tanto a la propiedad del elemento divisorio como a la franja de terreno en que se apoya, y permite al renunciante eludir la posible responsabilidad por ruina.

El art. 576 CC contempla una renuncia diferente. Cuando el propietario de un edificio que se apoya en pared medianera quiere derribarlo, puede renunciar a la medianería, pagando todos los gastos necesarios en función de los daños que el derribo pueda causar en la pared medianera. En el art. 575.2 la renuncia sustituye a la obligación de contribuir a los gastos. En el art. 576 estamos ante una renuncia extintiva, al no ser útil ya al medianero. Este supuesto es diferente de la acción de división del art. 400, que como ya he puesto de relieve no puede aplicarse en ningún caso a la medianería pues la división implicaría la desaparición física del elemento medianero.

Ambas renuncias pueden concebirse como un negocio de disposición unilateral, no recepticio e irrevocable que, en tanto no incida en la esfera registral, no está sujeto a forma. En cambio, si la finca está inmatriculada, para que el derecho pueda considerarse abandonado es preciso que el propietario titular registral inscriba la renuncia. El supuesto se planteó en la RDGRN de 18 de febrero de 2003 (*RJ* 2003\2275) ante la negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir una escritura de renuncia abdicativa del dominio, por considerar que ésta no aparece recogida en el art. 2.1º LH como título inscri-

[212] STS de 20 de julio de 1990 (*RJ* 1990\6119), Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas.
[213] Cfr. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La renuncia*..., cit., pp. 462 y ss.

bible, a diferencia de lo establecido en el núm. 2º del mismo precepto para los derechos reales limitativos del dominio, en los que sí se admite la inscripción de su extinción. De acuerdo con esta Resolución: *«claramente establece el art. 1 de la LH y confirma el art. 7 del RH, que el Registro de la Propiedad tiene por objeto todos los actos o contratos relativos al dominio de los inmuebles, y sin que exista argumento alguno para sostener el carácter taxativo de la enumeración de títulos inscribibles que contiene en el art. 2.1º de la LH, restringiéndose así el ámbito de la materia inscribible previamente definido; antes al contrario, la propia LH, a lo largo de su articulado recoge títulos inscribibles no incluidos en aquella enumeración (cfr. arts. 26 y 107-6 de la LH), y así ocurre precisamente, con la extinción misma de dominio (cfr. arts. 20-1 y 79 de la LH)».*

6.1. La renuncia liberatoria

En el supuesto regulado en el ap. 2º del art. 575 CC, la renuncia afecta al derecho de propiedad sobre el elemento medianero, y se extiende a la franja de terreno ocupada por el mismo[214]. La renuncia debe ser además total: no cabe renuncia parcial a una parte del elemento divisorio (la parte del muro afectada por la necesidad de reparación). No obstante, como destaca AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, cabe excepcionar aquí los casos en que puedan distinguirse dos partes absolutamente diferenciadas del muro de forma que cada uno tenga su propio destino (v.gr. una parte de cerramiento y la siguiente un muro común de un edificio), bastando con renunciar al afectado por la necesidad de obras y no a la totalidad del elemento medianero. Lo que ocurre es que si la separación entre ambos elementos es tan evidente, puede que en realidad se trate de elementos medianeros distintos, y por tanto afectado cada uno por sus propias contingencias y con destinos separados[215].

Tratándose de una renuncia liberatoria, como se ha destacado, el deudor cumple entregando una prestación diversa a la debida (*aliud pro alio*) y de este modo extingue la obligación (art. 1156.1 CC)[216]. Efectuada la renuncia, el hasta entonces medianero queda exonerado tanto de las obligaciones surgidas hasta ese momento como de las que puedan surgir en el futuro, siempre que no hayan sido motivadas por su comportamiento o a su conducta culpable o negligente pues en tal caso quedaría responsable con todo su patrimo-

---

[214] Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, X, cit., p. 459.
[215] Cfr. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La renuncia*..., cit., p. 471.
[216] Cfr. ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1469.

nio, con independencia de la renuncia[217]. Fuera de este supuesto, la renuncia liberatoria elimina la posible aplicación del art. 1911 CC, sin que pueda agredirse el patrimonio del renunciante sobre la base del principio de responsabilidad patrimonial universal.

No obstante lo anterior, el art. 575-2 CC contempla una excepción: el propietario no puede dispensarse de contribuir a esta carga renunciando a la medianería, cuando la pared medianera sostenga un edificio suyo. Esta disposición es del todo coherente pues lo contrario supondría aprovecharse del muro o pared sin contribuir a los gastos (que quedarían del exclusivo cargo del otro propietario), convirtiendo la medianería en una servidumbre de apoyo en pared ajena a favor del renunciante[218].

Fuera de este supuesto, como la renuncia se realiza con intención de liberarse de los gastos necesarios para la reparación y construcción de las paredes medianeras y el mantenimiento de los vallados, setos vivos, zanjas y acequias, también medianeros, se ha mantenido que en aquellos casos en que el otro comunero (que se ha convertido con la renuncia en propietario exclusivo) no llegue a realizar las obras en consideración a las cuales se produjo la renuncia, el renunciante podrá dejar la misma sin efecto y recuperar la titularidad abandonada[219]. Tal interpretación no me parece coherente con la naturaleza de la renuncia. Según la SAP de Córdoba de 20 de julio de 1999, «la renuncia sólo es válida si el otro u otros medianeros realizan las obras de reparación, pues si tal no fuera, quedaría sin efecto»[220]. Pero así interpretada nos encontraríamos con una renuncia condicionada a la efectiva reparación por parte del obligado que no tiene cabida en nuestro derecho: la no realización de las obras de reparación no tiene como consecuencia que la renuncia devenga ineficaz, porque se renuncia no para que los demás realicen tales obras, sino precisamente para no tener que contribuir a ellas[221].

---

[217] Cfr. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La renuncia*..., cit., pp. 469 y ss.; DÍEZ GARCÍA, «De la servidumbre...», cit., p. 729; REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit. p. 624, y «Contenido...», cit. pp. 24 y ss.

[218] Cfr. ROCA JUAN, «Comentarios...», cit., p. 217.

[219] Cfr. MELÓN INFANTE, «En torno...», cit., p. 255; ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1469; SEOANE, «La servidumbre...», cit., p. 257.

[220] SAP de Córdoba (Secc. 2ª) de 20 de julio de 1999 (*AC* 1999\1430), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

[221] Cfr. ROCA JUAN, J., «La renuncia liberatoria del comunero», *ADC*, 1957, pp. 122 y ss.; REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit. p. 626; y con algunas dudas GARCÍA PÉREZ, C., «Comentario...», cit., pp. 1080 y ss.

6.2. La renuncia extintiva

Según el art. 576 CC, si el propietario de un edificio que se apoya en una pared medianera quisiera derribarlo, puede renunciar a la medianería, pero serán de su cuenta todas las reparaciones y obras necesarias para evitar, por aquella vez solamente, los daños que el derribo pueda ocasionar a la pared medianera. Este precepto puede considerarse como excepción a lo establecido en el art. 575 que prohibe renunciar a la medianería cuando ésta soporta un edificio propio. Según se ha puesto de relieve, el art. 576 CC pretende conciliar dos derechos: a) el de todo propietario a ejercitar sus facultades dominicales derivadas del art. 348 CC y, en consecuencia, a derribar el edificio de su pertenencia; y b) el del medianero a ser resarcido de las reparaciones y obras necesarias para evitar los daños que se puedan causar en la pared común, de manera que quede indemne tras la ejecución de las obras de demolición[222].

La aplicación del art. 576 CC no conduce necesariamente a que el derribo tenga que ser de la totalidad de lo edificado, sino tan solo de la parte que se apoye en el muro medianero cuando sea posible[223]. Pero además debe tenerse presente que el derribo del edificio no conlleva necesariamente la renuncia a la medianería, ni siquiera la presume. Aunque el CC no lo reconozca expresamente (como sí lo hace el art. 555-5 CCCat, en el que seguidamente me detendré) es posible proceder al derribo manteniendo la pared medianera, aunque el propietario que procede al derribo debe correr con todos los gastos para dejar la pared en un estado satisfactorio. Desde esta perspectiva es posible que, tras el derribo, se proceda a una nueva construcción, aplicando entonces el régimen de los arts. 577 y 579 CC; o bien mantener la pared medianera sin volver a construir, de manera que quien ha procedido al derribo tendrá que pagar los gastos de conservación con arreglo al régimen del art. 575 CC.

Como el art. 576 CC tampoco presume la renuncia a la medianería por el hecho de que se proceda al derribo, es posible que se derribe una construcción que se apoya en pared medianera y que se vuelva a construir sin volver a apoyarla en dicha pared, sin que ésta pierda el carácter de medianera. Así se desaprende de la SAP de Guadalajara de 8 de mayo de 1997 en un caso en que la nueva construcción no se apoya en la antigua pared porque no hubiera aguantado el peso de la nueva vivienda[224].

---

[222] Cfr. SEOANE, «La servidumbre...», cit., p. 257.

[223] Cfr. MANRESA, *Comentarios*..., IV, cit., p. 721; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La renuncia*..., cit., p. 476, nota 979; PONS, DEL ARCO, *Régimen jurídico*..., cit., p. 372; DÍEZ GARCÍA, «De la servidumbre...», cit., p. 729; REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit. p. 630.

[224] SAP de Guadalajara de 8 de mayo de 1997 (AC 1997\1099), Ponente: Ilma. Sra. Dª Araceli Torres García: «(...) la pared en cuestión sufre las cargas de las carreras, pisos y armaduras de

Lo que no cabe es renunciar a la medianería y seguir apoyando el edificio propio en la pared común. El art. 576 CC induce a confusión cuando se refiere al propietario de un edificio que «quisiera derribarlo», como si se facultara la renuncia con la obligación de derribar en el futuro. El ap. 2º del art. 575 impide esta posibilidad, por lo que la demolición debe considerarse como un requisito de eficacia de la renuncia en este caso. Así pues, mientras el derribo no se produzca se aplicará el régimen de la medianería, persistiendo la situación de cotitularidad con todos los derechos y obligaciones inherentes a la misma, que serán aplicables al supuesto renunciante. Éste seguirá obligado al pago de los gastos comunes de reparación y construcción (art. 575 CC), y no podrá eludir su responsabilidad por los daños que pueda producir al colindante o a terceros con la excusa de que ya no es medianero[225].

Hay que destacar, finalmente, que el art. 576 CC se refiere a la necesidad de indemnizar los «daños que el derribo pueda ocasionar a la pared medianera». A pesar del tenor literal del precepto, no cabe entender que sean indemnizables únicamente los daños causados en el elemento común, sino todos lo que sufra el edificio contiguo y sean consecuencia directa del derribo[226]. Como se destaca en la SAP de Toledo de 28 de octubre de 1999, «la reclamación de los daños causados por el derribo del edificio medianero no constituye un supuesto de culpa extracontractual del art. 1902 y ss. del CC, sino que estamos en presencia de una obligación derivada de Ley (art. 1090 CC)»[227].

---

la finca del actor sin que, por el contrario, soporte las cargas de carreras, pisos y armaduras de la finca contigua. En efecto, la demandada al construir la vivienda principal no cargó en la pared discutida. Hecho que justifica la parte demandada, hoy apelante, en que si se hubiera llevado a cabo la construcción de la casa apoyando en la referida pared, ésta no hubiera aguantado el peso de la vivienda, dadas sus características constructivas. Sin embargo no podemos olvidar lo preceptuado en el art. 576 CC que dispone lo siguiente: "si el propietario de un edificio que se apoya en una pared medianera quisiera derribarlo, podrá igualmente renunciar a la medianería, pero serán de su cuenta todas las reparaciones y obras necesarias para evitar, por aquella vez solamente, los daños que el derribo pueda ocasionar a la pared medianera". Es un dato incuestionable que la vivienda principal es una construcción nueva y que previamente existió una casa antigua, que fue derribada, que bien pudo cargar en la pared cuya medianería se discute, toda vez que contamos con el resto de una viga de madera que se aprecia en el interior de la caseta (...); sin que pueda concluirse la existencia de signo exterior contrario a la medianería de la circunstancia de que la pared debatida sufra las cargas de las carreras, pisos y armaduras de la finca del actor, hoy apelado, que continúa siendo una construcción antigua, y no las de la finca de la apelante, dado que ésta al derribar la edificación antigua pudo decidir renunciar a la medianería; que al tratarse de una renuncia de derechos hemos de interpretar de forma restrictiva y entenderla referida a la superficie de la pared que ocupó la vivienda principal, sin que dicha renuncia afecte al resto de la pared discutida».

[225] Cfr. REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit., p. 631, quien llega a plantear que la renuncia a la medianería no sería eficaz hasta el momento de la completa ejecución de todas las obras y reparaciones necesarias que exijan la demolición del edificio para evitar los daños a la pared medianera y a las construcciones de los demás medianeros.

[226] Cfr. ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1471.

[227] SAP de Toledo (Secc. 1ª) de 28 de octubre de 1999 (*AC* 1999\6359), Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Cáncer Loma.

No obstante la STS de 20 julio 1990 declaró la compatibilidad sustantiva por absorción entre la acción dimanante del art. 576 con la derivada del art. 1902, a los efectos de extender la obligación indemnizatoria al resto de daños del edificio colindante derivados de dicha demolición causadas por culpa o negligencia y no a los concernientes únicamente a la pared medianera»[228].

Más problemática es la cuestión referida al alcance de la indemnización. Como destaca AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, el contenido del art. 576 CC no resulta de fácil aplicación, «sino que puede presentar numerosísimos problemas el intentar determinar qué daños son consecuencia inmediata y cuáles no, lo que en la mayoría de los casos deberá quedar al criterio del Juez en cuanto a la valoración de la prueba pericial»[229]. Teniendo en cuenta que el art. 576 CC utiliza la expresión «por aquella vez solamente», se ha defendido que el CC limita la indemnización únicamente a los daños que sean consecuencia directa del derribo y que además se hayan producido con ocasión del mismo: otros daños posibles que se produjeran después, aunque hubieran surgido por haberse derribado el edificio, ya no serían de cuanta del que derribó[230]. Con mejor criterio, a mi entender, el Prof. ALONSO PÉREZ sostiene que son reparables *todos* los daños que el derribo *origine* en la pared medianera y en los edificios que en ella descansen, tanto los ocasionados al demoler como los sobrevenidos posteriormente que puedan tener relación probada (directa o indirecta) con el derribo[231]. Como se ha destacado, la expresión *por una vez solamente* ha de interpretarse en el sentido de daños incluso no inmediatos al derribo, sino derivados de no haber reparado a su tiempo la pared, pues por una sola vez tenía que repararla[232]. En cualquier caso, aparte de las anteriores consideraciones, como se pone de relieve en la SAP de Navarra de 23 de marzo de 25 de enero de 2001, debe considerarse indemnizables todos los daños que se provoquen en aquellos casos en que la pared medianera se deje a la intemperie sin ninguna protección[233].

---

[228] STS de 20 de julio de 1990 (*RJ* 1990\6119), Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas

[229] Cfr. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La renuncia*..., cit., p. 475.

[230] Cfr. MELÓN INFANTE, «En torno...», cit., p. 317.

[231] Cfr. ALONSO PÉREZ, «Comentario...», cit., p. 1471.

[232] Cfr. ROCA JUAN, «Comentario...», cit., p. 217. En el mismo sentido, REBOLLEDO VARELA, «La medianería», cit., p. 633. Así se destaca también en la STS de 23 de marzo de 1968 (*RJ* 1968\1837) Ponente: Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño, que interpreta dicha expresión en el sentido de que sólo es «la referencia expresa a que los daños que se causen al margen del tiempo que transcurra desde su producción (la demolición del edificio colindante), tendrán que ser reparados por una sola vez, lo que en este caso, y hasta la fecha actual, no ha tenido lugar»

[233] SAP de Navarra (Secc. 1ª) de 25 de enero de 2001 (*CENDOJ* 31201370012001100312), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Julián Huarte Lázaro.

6.3. Derribo de pared medianera sin renuncia

Según el art. 555-5.2 CCCat, salvo que otra cosa se haya establecido en virtud de pacto, la persona que derriba una construcción cargada sobre la pared medianera debe dejarla en el estado adecuado para la utilización futura y con la apariencia de muro exterior o fachada que corresponda, de acuerdo con su configuración originaria. Como acabo de destacar, esta solución es perfectamente posible en el régimen del CC porque el derribo de un edificio apoyado en pared medianera no conlleva necesariamente la renuncia a la medianería. Pero a diferencia del art. 576 CC español, el CCCat viene a poner de relieve que, sin necesidad de ningún acto de renuncia, el derribo de una de las edificaciones que cargan sobre la pared no debe comportar perjuicio alguno al resto de los comuneros, de manera que si ocasiona algún daño a la pared, éste deberá ser reparado para que aquélla recobre su utilidad y apariencia originarias. Realizando una interpretación extensiva del contenido del art. 555-5.2 CCCat se puede aplicar la misma solución en los casos de la denominada «medianería horizontal»: el propietario de la finca situada en el nivel superior que derriba su construcción debe dejar la estructura sobre la que cargaba en el estado adecuado para su utilización futura y con la apariencia que corresponda de acuerdo con su configuración originaria[234].

El art. 555-7 CCCat se refiere al derecho de derribo desde una perspectiva diferente: el propietario que en primer lugar ha levantado y ha pagado la pared medianera puede derribarla en cualquier momento anterior al inicio de las obras de construcción del edificio colindante que debe cargar sobre aquélla. Debe recordarse que la medianería de carga es siempre de constitución voluntaria y que el pacto sólo permite ocupar el suelo ajeno para construir, pero no faculta para exigir los gastos de construcción y conservación hasta que el vecino cargue sobre la pared medianera (art. 555-5.1 CCCat). La obligación de quien no ha construido la pared de pagar la parte correspondiente de gastos de construcción nace cuando aquél pretenda construir sobre su parcela, aunque a estos efectos es indiferente que se cargue o no sobre la pared medianera, pues la obligación de pago surge también cuando el vecino que no ha levantado la pared medianera construye en su parcela, aunque no cargue sobre aquélla (art. 555-6 CCCat). Partiendo de estas premisas, el derecho de derribo sólo puede ejercitarse unilateralmente antes (y no después) de que el vecino proceda al pago de los gastos de construcción y conservación.

En cualquier caso, el art. 555-7.2 CCCat condiciona el ejercicio de este derecho, no sólo a que el vecino no haya pagado la parte del coste que le

[234] Cfr. SOLÉ RESINA, «La medianería...» cit., p. 260.

corresponde, sino también a que el propietario que en primer lugar ha levantado y ha pagado la pared medianera notifique fehacientemente al vecino su intención de derribarla. Ello pone de relieve que, en el Derecho catalán, la medianería de carga se configura legalmente como una comunidad especial desde que se construye, aunque se limiten las facultades del vecino no constructor hasta que abona los gastos fijados en el pacto constitutivo de la medianería. Por ello el constructor no tiene libertad para derribar el muro unilateralmente, sino que tiene que notificar fehacientemente al colindante su intención de derribarlo. La facultad de derribo queda expedita si éste, en el plazo de un mes, no se opone pagando su parte del coste o consignando su pago.

Es discutible lo que debe entenderse por carácter fehaciente de la notificación. Cabría entender que se requiere la constancia en un documento solemne de los aludidos en el artículo 1216 CC, es decir, documentos que dan fe, en razón de la intervención de una persona cualificada, de la realidad y veracidad de lo afirmado. El supuesto habitual sería, por tanto, la notificación notarial. Ello supone lo mismo que considerar que notificación fehaciente es sólo la realizada por la vía notarial del art. 202 del Reglamento Notarial, con todo lo que ello implica en cuanto a contestación y formas posibles de realizar esa notificación[235]. Sin embargo, creo que es igualmente posible interpretar la necesidad del carácter fehaciente de la notificación con un criterio amplio, entendiendo por tal también el acto de conciliación, el telegrama postal, la carta certificada con acuse de recibo o una presencia testifical digna de crédito. No obstante, esta interpretación sólo podría admitirse en aquéllos casos en que, con independencia del cauce formal utilizado, conste con seguridad el contenido de la notificación realizada por el propietario que en primer lugar ha levantado y ha pagado la pared.

No obstante, si la consecuencia de la falta de notificación fehaciente supone la posibilidad de obtener una sentencia de condena para que se vuelva a construir la medianería, indemnizando los daños y perjuicios causados, conviene matizar las anteriores afirmaciones. Desde luego, lo que sí sería admisible es que el colindante haya aceptado cualquier sistema, dándose por notificado. Esta aceptación puede ser expresa o derivarse de actos que impliquen necesariamente el conocimiento de la intención de derribo, como haber dejado pasar materiales por su propia finca, o haber dejado colocar en ella andamios u otros objetos para proceder al derribo. En estos

[235] El apartado 6º del art. 202 del Reglamento Notarial, tras la modificación efectuada en el mismo por Real Decreto 45/2007, de 19 enero, dispone: *«El notario siempre que no pueda hacer entrega de la cédula deberá enviar la misma por correo certificado con acuse de recibo, tal y como establece el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, o por cualquier otro procedimiento que permita dejar constancia fehaciente de la entrega»*.

casos no podría reclamar frente al derribo realizado alegando que la notificación no fue fehaciente. Fuera de este supuesto, subsiste la duda de si el significado de la expresión «notificación fehaciente» debe entenderse en sentido técnico, comprendiendo sólo la notarial, o si puede ser interpretada en sentido más amplio, como aquélla en la que quede constancia indubitada de su realización.

Personalmente, me inclino por la interpretación amplia. Lo que el legislador pretende valorar no es tanto el cauce formal a través del cual se lleve a cabo la notificación, sino asegurarse de que su contenido llegue a conocimiento del vecino colindante. Sobre este particular, la STS de 9 de diciembre de 1997 señala: «*fehaciente equivale a lo que es evidente y cierto y, tratándose de notificaciones de actos y acuerdos, supone puesta en conocimiento de algo que interesa. Hay que entender, conforme al principio de la recepción, que resultan fehacientes sólo cuando materialmente llegan de forma demostrada a su destino y aunque no sea en forma directa al interesado, pera que éste pueda siempre tomar conocimiento de modo normal o esté en situación de lograr su alcance, sin la concurrencia de impedimentos acreditados que lo obstaculicen, con lo que se excluye que la notificación haya de ser necesariamente notarial o por medio de funcionario público, bastando que se lleve a cabo y sea efectiva en cuanto pueda llegar su contenido a ser sabido debidamente por el destinatario*»[236]. Partiendo de estas premisas, me parece excesivo mantener que la notificación se deba realizar en todo caso por vía notarial. Por ello creo que puede servir cualquier otro medio, siempre que se pueda demostrar haberse enviado y recibido, y siempre que quede constancia del contenido referido a la intención de derribar la medianería. Así pues, no serviría la carta certificada con acuse de recibo, porque sólo prueba la recepción de la carta, y no el contenido de la misma; pero sí sería válido el burofax.

JURISPRUDENCIA

— STS de 22 de mayo de 1865 [*Jurisprudencia Civil* (Colección de la RGLJ), vol. 11, 1865, pp. 661 y ss.], Ponente: Excmo. Sr. D. José Portilla.

— STS de 15 de enero de 1869 [*Jurisprudencia Civil* (Colección de la RGLJ), vol. 19, 1869, pp. 46 y ss.], Ponente: Excmo. Sr. D. José María Haro.

[236] STS de 9 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997\8782), Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, referida a la Ley de Propiedad Horizontal, en un supuesto de notificación a los ausentes del acuerdo adoptado, en virtud de acta notarial que no acredita su entrega y recepción.

— STS de 16 de marzo de 1888 [*Jurisprudencia Civil* (Colección de la RGLJ), vol. 63, 1888, pp. 428 y ss.], Ponente: Excmo. Sr. D. José María Alix y Bonache.

— STS de 8 de noviembre de 1895 [*Jurisprudencia Civil* (Colección de la RGLJ), vol. 78, 1895, pp. 324 y ss.], Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Lavín.

— STS de 12 de enero de 1906 [*Jurisprudencia Civil* (Colección de la RGLJ), vol. 103, 1906, pp. 89 y ss.], Ponente: Excmo. Sr. D. Ildefonso López Aranda.

— STS de 12 de diciembre de 1908 [*Jurisprudencia Civil* (Colección de la RGLJ), vol. 112, 1908, pp. 921 y ss.], Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Ruiz García.

— STS de 27 de mayo de 1932 [*Jurisprudencia Civil* (Colección de la RGLJ), vol. 204, 1932, pp. 293 y ss.], Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Ballesteros.

— STS de 15 de marzo de 1934 [*Jurisprudencia Civil* (Colección de la RGLJ), vol. 213, 1934, pp. 131 y ss.], Ponente: Excmo. Sr. D. José Fernández Orbeta.

— STS de 15 de junio de 1961 (*RJ* 1961\2723), Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramón,

— STS de 2 de febrero de 1962 (*RJ* 1962\919), Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Gimeno Fernández.

— STS de 23 de marzo de 1968 (*RJ* 1968\1837) Ponente: Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño.

— STS de 30 de diciembre de 1975 (*RJ* 1975\4846), Ponente: Excmo. Sr. D. Federico Rodríguez Solano y Espín.

— STS de 5 de junio de 1982 (*RJ* 1982\4212), Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso.

— STS de 7 de julio de 1983 (*RJ* 1983\4114), Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López.

— STS de 10 de diciembre de 1984 (*RJ* 1984\6055), Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz.

— STS de 6 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985\6324), Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime De Castro García.

— STS de 21 de noviembre de 1985 (*RJ* 1985\5622, Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García.

— STS de 13 de mayo de 1986 (*RJ* 1986\2722), Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López.

— STS de 29 de junio de 1988 (*RJ* 1988\5137), Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

— STS de 10 de octubre de 1988 (*RJ* 1988\7406), Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López.

— STS de 5 de octubre de 1989 (*RJ* 1989\6887), Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel González Alegre y Bernardo.

— STS de 20 de julio de 1990 (*RJ* 1990\6119), Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas.

— SAP Zaragoza de 15 mayo 1992 (*AC* 1992\786), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Javier Solchaga Loitegui.

— SAP de Huesca de 26 de junio de 1992 (*AC* 1992\884), Ponente: Ilmo. Sr. D. Gonzalo Gutiérrez Celma.

— SAP de Granada de 23 de marzo de 1993 (*AC* 1993\314), Ponente: Ilmo. Sr. D. Klaus Jochen Albiez Dorhmann.

— SAP de Cantabria de 12 de mayo de 1993 (*AC* 1993\982), Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier de la Hoz de la Escalera.

— STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) de 13 de junio de 1994 (*RJ* 1994\10566), Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Bruguera Manté.

— SAP de Badajoz (Secc. 1ª) de 21 de noviembre de 1995 (*AC* 1995\ 2245), Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Plata García.

— SAP de Cáceres (Secc. 2ª) de 10 de diciembre de 1996 (*AC* 1996\ 2330), Ponente: Ilma. Sra. Dª María Félix Tena Aragón.

— SAP de Guadalajara de 8 de mayo de 1997 (AC 1997\1099), Ponente: Ilma. Sra. Dª Araceli Torres García.

— STS de 9 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997\8782), Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

— SAP de León (Secc. 2ª) de 2 de marzo de 1998 (*AC* 1998\608), Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Francisco Alvarez Rodríguez.

— SAP de Zaragoza (Secc. 5ª) de 11 de mayo de 1998 (*AC* 1998\5807), Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Luis Pastor Oliver.

— SAP de Ourense (Secc. Única) de 31 de julio de 1998 (*AC* 1998\ 5961), Ponente: Ilma. Sra. Dª Angela Domínguez-Viguera Fernández.

— STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal), de 23 de octubre de 1998 (*RJ* 1998\1246), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Sande García.

— SAP de Jaén (Secc. 1º) de 29 de octubre de 1998 (*AC* 1998\8102), Ponente: Ilma. Sra. Dª María Jesús Jurado Cabrera.

— SAP de Ourense (Secc. única) de 18 de enero de 1999 (*AC* 1999\2720), Ponente: Ilmo. Sr. D. Abel Carvajales Santa Eufemia.

— SAP de Córdoba (Secc. 2ª) de 20 de julio de 1999 (*AC* 1999\1430), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

— SAP de A Coruña (Secc. 4ª) de 29 de julio de 1999 (*RJ* 1999\6545), Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández.

— STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal) de 22 de octubre de 1999 (*RJ* 1999\7422), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Saavedra Rodríguez.

— SAP de Toledo (Secc. 1ª) de 28 de octubre de 1999 (*AC* 1999\6359), Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Cáncer Loma.

— SAP de Salamanca (Secc. única) de 13 de enero de 2000 (*AC* 2000\3009), Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Nieto Nafria.

— SAP de Zaragoza (Secc. 5ª) de 2 de febrero de 2000 (*AC* 2000\165), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García.

— SAP de Cuenca de 10 de febrero de 2000 (*JUR* 2000\108661), Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis López-Calderón Barreda.

— SAP de León (Secc. 2ª) de 11 de febrero de 2000 (*AC* 2000\3784), Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Francisco Alvarez Rodríguez.

— SAP Toledo (Secc. 1ª) 17 de abril de 2000 (*CENDOJ* 45168370012000100380), Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafal Cáncer Loma.

— SAP de Navarra (Secc. 2ª) de 2 de mayo de 2000 (*JUR* 2000\201236), Ponente: Ilmo. Sr. D. Alvaro Latorre López.

— STSJ de Galicia (Sala de lo civil y penal) de 12 de mayo de 2000 (*RJ* 2001\4314), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Saavedra Rodríguez.

— SAP de A Coruña (Secc. 2ª) de 13 de mayo de 2000 (*JUR* 2001\205568), Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Barrientos Monge.

— SAP de Cantabria (Secc. 3ª) de 24 de mayo de 2000 (*AC* 2000\1958) Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Alonso Roca.

— SAP de Jaén (Secc. 2ª) de 19 de junio de 2000 (*JUR* 2000\226002), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Requena Paredes.

— SAP de Zamora (Secc. única) de 20 de junio de 2000 (*AC* 2000\3519), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Jesús García Garzón.

— SAP de Pontevedra (Secc. 4ª) de 30 de junio de 2000 (*AC* 2000\2470), Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Berengua Mosquera.

— SAP de Asturias (Secc. 1ª) de 12 de julio de 2000 (*JUR* 2000\ 272003), Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa.

— SAP de Pontevedra (Secc. 5ª) de 13 noviembre 2000 (JUR 2001\ 61478), Ponente: Ilma. Sra. Dª Victoria Eugenia Fariña Conde.

— SAP de Soria de 28 noviembre 2000 (*JUR* 2001\53240), Ponente: Ilma. Sra. Dª María del Carmen Martínez Sánchez.

— SAP de Asturias (Secc. 1ª) de 7 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001\ 64827), Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa.

— SAP de Segovia de 18 enero 2001 (*AC* 2001\709), Ponente: Ilma. Sra. Dª María José Villalain Ruiz.

— SAP de Navarra (Secc. 1ª) de 25 de enero de 2001 (*CENDOJ* 31201370012001100312), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Julián Huarte Lázaro.

— SAP de Cuenca de 14 febrero 2001 (*JUR* 2001\125158), Ponente: Ilmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

— SAP de Burgos (Secc. 3ª) de 8 marzo 2001 (*JUR* 2001\139969), Ponente: Ilma. Sra. Dª María Esther Villimar San Salvador.

— SAP de La Coruña (Secc. 1ª) de 16 marzo 2001 (*JUR* 2001\153028), Ponente: Ilmo. Sr. D. Dámaso Manuel Brañas Santa María.

— SAP de Jaén (Secc. 2ª) de 30 de marzo de 2001 (*JUR* 2001\155875), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Requena Paredes.

— SAP de Castellón (Secc. 2ª) de 3 abril 2001 (*JUR* 2001\158016), Ponente: Ilma. Sra. Dª Eloísa Gómez Santana.

— SAP de Navarra (Secc. 3ª) de 2 de junio de 2001 (*JUR* 2001\230191), Ponente: Excmo. Sr. D. Juan José García Pérez.

— STSJ de Galicia (Sala de lo civil y penal) de 15 de junio de 2001 (*RJ* 2001\6543), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Sande García.

— SAP de Santa Cruz de Tenerife (Secc. 1ª) de 18 de junio de 2001 (*JUR* 2001\266603), Ponente: Ilma. Sra. Dª Pilar Aragón Ramírez.

— SAP de La Coruña de 22 octubre 2001 (*JUR* 2002\30899) Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Fuentes Candelas.

— SAP de Pontevedra (Secc. 3ª) de 31 de octubre de 2001 (*CENDOJ* 36038370032007100420), Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Esain Manresa.

— SAP de Cáceres (Secc. 1ª) de 24 de diciembre de 2001 (*CENDOJ* 10037370012001100512), Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio María González Floriano.

— STS de 28 de diciembre de 2001 (*RJ* 2002\1649), Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo.

— SAP de Badajoz (Secc. 3ª) de 30 de enero de 2002 (*JUR* 2002\134706), Ponente: Ilma. Sra. Dª Marina Muñoz Acero.

— SAP Castellón (Secc. 2ª) de 18 de febrero 2002 (AC 2002\735), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Antón Blasco.

— SAP de Córdoba (Secc. 1ª) de 18 de abril de 2002 (*JUR* 2002\166564), Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

— SAP de Salamanca de 7 de mayo de 2002 (*JUR* 2002\187000) Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Marino Borrego.

— SAP de Soria de 22 de junio de 2002 (*JUR* 2002\212746), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Miguel García Moreno.

— SAP de Badajoz (Secc. 3ª) de 16 octubre 2002 (*JUR* 2003\70668), Ponente: Ilmo. Sr. D. Isidoro Sánchez Ugena.

— SAP de Ciudad Real (Secc. 2ª) de 31 de octubre de 2002 (*JUR* 2003\62866), Ponente: Ilma. Sra. Dª Carmen Pilar Catalán Martín de Bernardo.

— SAP de Alicante (Secc. 6ª) de 10 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003\73873), Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Rives Seva.

— SAP de Almería (Secc. 2º) de 13 de enero de 2003 (*JUR* 2003\75415), Ponente: Ilmo. Sr. D. Benito Gálvez Acosta.

— STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) de 17 de enero de 2003 (*RJ* 2003\2216), Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Abárzuza Gil.

— SAP de Baleares (Secc. 3ª) de 31 de enero de 2003 (*JUR* 2003\148018), Ponente: Ilma. Sra. Dª María Rosa Rigo Rosselló.

— STS de 25 de marzo de 2003 (*RJ* 2003\2927), Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

— SAP de Murcia (Secc. 5ª) de 7 de mayo de 2003 (*JUR* 2004\34437), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Nicolás Manzanares.

— SAP de Pontevedra (Secc. 4ª) de 8 de mayo de 2003 *(JUR* 2003\ 228963), Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Sobrino Blanco.

— SAP de Ourense (Secc. 2ª) de 30 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003\ 251532), Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernado Alañón Olmedo.

— STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal) de 23 de marzo de 2004 (*RJ* 2004\5512), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José Reigosa González.

— STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal) de 19 de abril de 2004 (*RJ* 2004\5513), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso.

— SAP de Cantabria (Secc. 1ª) de 11 de octubre de 2004 (*JUR* 2004\ 276880), Ponente: Ilma. Sra. Dª Patricia Bartolomé Obregón.

— SAP de Ávila de 23 de septiembre de 2004 (*JUR* 2004\295480), Ponente: Ilma. Sra. Dª Carmen Molina Mansilla.

— SAP de Castellón (Secc. 1ª) de 19 de febrero de 2005 (*JUR* 2005\ 158681), Ponente: Ilma. Sra. Dª Aurora de Diego González.

— SAP de Castellón (Secc. 3ª) de 25 de febrero de 2005 (*JUR* 2005\ 194163), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Marco Cos.

— STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal) de 28 de febrero de 2005 (*RJ* 2006\843), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Sande García.

— SAP de Burgos (Secc. 2ª) de 7 de abril de 2005 (*JUR* 2005\114879), Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente.

— SAP de Asturias (Secc. 6ª) de 3 de mayo de 2005 (*JUR* 2005\113272), Ponente: Ilma. Sra. Dª Elena Rodríguez-Vigil Rubio.

— SAP de Zamora (Secc. 1ª) de 10 de mayo de 2005 (*JUR* 2005\ 134123), Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Manuel Encinas Bernardo.

— SAP de Zaragoza (Secc. 5ª) de 18 de mayo de 2005 (*JUR* 2005\ 133944), Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García.

— SAP de Cuenca (Secc. 1ª) de 25 de mayo de 2005 (*JUR* 2005\ 133645), Ponente: Ilmo. Sr. D. Ernesto Casado Delgado.

— SAP de Lugo (Secc. 1ª) de 2 de junio de 2005 (*JUR* 2005\182125), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Rafael Pedrosa López.

— SAP de Navarra (Secc. 3ª) de 22 de julio de 2005 (*JUR* 2005\269309), Ponente: Ilmo. Sr. D. Aurelio Vila Duplá.

— SAP de Cantabria (Secc. 1ª) de 27 de junio de 2005 (*JUR* 2005\175735), Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Vázquez de Castro.

— SAP de Ciudad Real (Secc 1ª) de 13 de septiembre de 2005 (*JUR* 2005\219911), Ponente: Ilma. Sra. Dª Mª Pilar Astray Chacón.

— SAP de Cuenca (Secc. 1ª) de 13 octubre 2005 (*JUR* 2005\236238), Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando de la Fuente Honrubia.

— SAP de Cáceres (Secc. 1ª) de 26 de octubre de 2005 (*AC* 2005\2146), Ponente: Ilmo. Sr. D. Salvador Castañeda Bocanegra.

— SAP de Las Palmas (Secc. 5ª) de 15 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006\ 65006), Ponente: Ilma. Sra. Dª Mónica García de Yzaguirre.

— SAP de Murcia (Secc. 1ª) de 9 de enero de 2006 (*JUR* 2006\168756), Ponente: Ilmo. Sr. D. Alvaro Castaño Penalva.

— SAP de Las Palmas (Secc. 5ª) de 7 de marzo de 2006 (*JUR* 2006\ 168160), Ponente: Ilma. Sra. Dª Mónica García de Yzaguirre.

— SAP de Pontevedra (Secc. 1ª) de 25 de mayo de 2006 (*JUR* 2006\195509), Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Menéndez Estébanez.

— SAP de Las Palmas (Secc. 3ª) de 12 de junio de 2006 (*JUR* 2006\ 230163), Ponente: Ilmo. Sr. D. Ildefonso Quesada Padrón.

— SAP de Cantabria (Secc. 2ª) de 20 de junio de 2006 (*AC* 2006\1417), Ponente: Ilmo. Sr. D. Bruno Arias Berrioategortua.

— STS de 13 de octubre de 2006 (*RJ* 2006\8999), ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

— STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal) de 24 de enero de 2007 (*RJ* 2007\3631), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José Reigosa González.

— SAP de Pontevedra (Secc. 1ª) de 28 de febrero de 2007 (*JUR* 2007\ 249529), Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Almenar Belenguer.

— SAP de Asturias (Secc. 1ª) de 16 de enero de 2008 (*CENDOJ* 33044370012008100015), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez.

— SAP de Pontevedra (Secc. 1ª) de 31 de enero de 2008 (*JUR* 2008\123867), Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Menéndez Estébanez.

— SAP de Asturias (Secc. 1ª) de 16 de enero de 2008 (*CENDOJ* 33044370012008100015), Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez.

— STS de 20 de mayo de 2008 (*RJ* 2008\3156), Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, III, Derecho de Bienes*, Bosch, Barcelona, 2002.

ALONSO PÉREZ, M., «Comentario a los arts. 571 a 579», en VV.AA., Comentario del Código civil, I, 2ª ed., Ministerios de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1458 y ss.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La renuncia y el abandono en la servidumbre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ARGUDO PÉRIZ, J. L., «Las servidumbres en el Derecho aragonés», en REBOLLEDO VARELA, A.L. (Coord.), *Tratado de Servidumbres*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 1245 y ss.

BANDRÉS Y SÁNCHEZ CRUZAT, J. M., «Comentario al art. 144», EN *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., XXXIV-2º, *Artículo 119 al final de la Compilación de Aragón*, Edersa, Madrid, 1988, pp. 208 y ss.

BARBER CÁRCAMO, R., «Comentario a la Ley 404», en RUBIO TORRANO, E. (Dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra*, Gobierno de Navarra, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 1307 y ss.

BASILE, R., «In tema di *servitus oneris ferendi*», *Labeo: Rassegna di Diritto Romano*, núm. 1, 2001, pp. 63 y ss.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Edersa, Madrid, 1954.

BIONDI, B., *Le servitù prediali nel Diritto Romano*, Giuffrè, Milano, 1953.

BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano, III, Diritti Reali*, Giuffrè Milano, 1972.

BORREL Y SOLER, A. M., *Derecho civil español, II, Derechos Reale*s, Bosch, Barcelona, 1955.

BOSCH CARRERA, A., «La evolución de la medianería de carga en Derecho civil de Cataluña», en GARRIDO MELERO, M. (Coord.), *La regulación de la propiedad horizontal y las situaciones de comunidad en Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 201 y ss.

BRUGI, B., «L'ambitus e il paries communis nella storia e nel sistema del Diritto romano», *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 3, 1887, pp. 161 y ss, y 363 y ss.

BUSTO LAGO, J. M., «Límites del derecho de propiedad en interés privado y en interés público», en REBOLLEDO VARELA, A.L. (Coord.), *Tratado de Servidumbres*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 1217 y ss.; «Comentario al art. 71» en REBOLLEDO VARELA, A.L. (Dir), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 369 y ss.

CAPOCCI, V., «Nota per la storia del testo della costituzione περί καινοτομιων dell'imperatore Zenone», *Studia et Documenta Historiae et Iuris*) Número 7/1 (1941), pp. 155 y ss.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 6ª ed., Dilex, Madrid, 2008.

CASTRO VÍTORES, G., *La obligación real en el Derecho de bienes*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Merecantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2000; «Obligaciones reales: un aspecto de la relación entre atribución y contrato», en REINA TARTIÈRE G. (Coord.), *Derechos Reales. Principios, elementos y tendencias*, Heliasta, Buenos Aires, 2008, pp. 121 y ss.

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

CORBAL FERNÁNDEZ, J., «De la servidumbre de medianería (Comentario a los arts. 571 a 579 CC)», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Comentario del Código civil*, 3, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2006, pp. 891 y ss.

COSIALLS UBACH, A. M., *Régimen jurídico de la propiedad agraria sujeta a la nueva PAC,* Tesis doctoral inédita, Universitat de Lleida, 2009.

CUADRADO IGLESIAS, C., *La servidumbre de propietario*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.

DE BUEN, D., «Servidumbre de medianería», en *Enciclopedia Jurídica Española*, XXVII, Seix, Barcelona (sin fecha), pp. 709 y ss.

DE LAMA AYMÁ, A., «La medianería horizontal en el Código civil de Cataluña», en GARRIDO MELERO, M. (Coord.), *La regulación de la propiedad horizontal y las situaciones de comunidad en Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 233 y ss.

DÍAZ FUENTES, A., *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*, Bosch, Barcelona, 2004.

DÍEZ GARCÍA, H., «De la servidumbre de medianería (arts. 571 a 579 CC), en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (Coord.), *Comentarios al Código civil*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, III, Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Incumplimiento y ejecución forzosa en forma específica de las obligaciones de hacer», en LLAMAS POMBO, E., (Coord.), *Estudios de Derecho de Obligaciones Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, I, La Ley Madrid, 2006, pp. 557 y ss.

DORAL GARCÍA. J. A., «Comentario a la Ley 371», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M y DÍAZ ALABART, S., XXXVIII-1º, *Leyes 346 a 487 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 2002, pp. 71 y ss.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Las servidumbres en el Derecho navarro», en REBOLLEDO VARELA, A.L. (Coord.), *Tratado de Servidumbres*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 1413 y ss.

GARCÍA GARCÍA, J. M., «Comentario a la STS de 21 de octubre de 1976», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 529, 1978, pp. 1243 y ss.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentario del Código civil español*, I, Madrid, 1852.

GARCÍA PÉREZ, C., «Comentario a los arts. 575 a 579», en RAMS ALBESA, J. (Coord.), *Comentarios al Código civil, III, Libro Segundo (Títulos I a VIII)*, J.M. Bosch, Editor, Barcelona, 2001, pp. 1073 y ss.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., «Las servidumbres», Tema 7 en DELGADO DE MIGUEL, J.F (Coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, II, *Reales*, vol. 2º, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 505 y ss.

GARRIDO MELERO, M., «Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña (Comentario a la Ley 31/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 611, 1992, pp. 1551 y ss.

GARRIDO MELERO, M. (Coord.), *La regulación de la propiedad horizontal y las situaciones de comunidad en Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2008.

GAUDEMET, J. *Etúde sur le régime juridique de l'indivision en Droit Romain*, Paris, 1934.

GONZÁLEZ BOU, E., «La comunitat especial per raó de mitgería», *La Notaría,* núm. 41, 2007, pp. 163 y ss.

GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., *Manual de servidumbres*, 2ª ed., Nauta, Barcelona, 1962; *Las relaciones de vecindad*, Nauta, Barcelona, 1967.

GROSSO, G., *Le servitù prediali nel Diritto Romano*, Giappichelli, Torino, 1969.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil Español*, II, Madrid, 1863.

JORDANO FRAGA, F., «Prehorizontalidad y servidumbre de propietario», *Revista de Derecho Notarial*, núm. 113-114, 1981, pp. 123 y ss.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (et al.), *Elementos de Derecho Civil*, *III-2º, Derechos reales. Derechos reales limitados, situaciones de cotitularidad*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1991.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Propiedad y derechos reales de goce*, *Principios de Derecho Civil, IV,* 8ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2008.

LLÁCER MATACÁS, M. R., «Relaciones de vecindad y derecho de servidumbre en el Libro quinto del Código civil catalán», en REBOLLEDO VARELA, A. L. (Coord.), *Tratado de Servidumbres*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 815 y ss.

LONGO, G., *Corso di Diritto Romano*, *I Diritti Reali*, Cedam, Padova, 1962.

LÓPEZ FRÍAS, M. J., «La superposición de inmuebles: estudio jurídico de las casas empotradas o engalabernos y de las casas a caballo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 650, 1999, pp. 87 y ss.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A., MONTÉS PENADÉS, V. (Coord), *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

MALAVÉ OSUNA, B., *Legislación urbanística en la Roma imperial. A propósito de una Constitución de Zenón*, Universidad de Málaga, Servicio de Publicaciones, Málaga, 2000.

MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, IV, Madrid, 1895.

MARÍN MONROY, A., «Medianería. Precedentes. Ordenación, Naturaleza. Problemas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1927, pp. 890 y ss.

MARTÍNEZ HENS, H., «Comentario al art. 75», en REBOLLEDO VARELA, A. L. (Dir), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 381 y ss.

MELÓN INFANTE, C., «En torno a la situación de medianería en el Código civil español», en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, XXXII, núm. 3, 1963, pp. 258 y ss.

MOSQUERA ORDÓÑEZ, C., *Medianería, edificaciones y propiedad horizontal*, Reus, Madrid, 2004.

MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, X, Madrid, 1895.

NAGORRE YARNOZ, J. J., «Comentario a la Ley 376», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M y DÍAZ ALABART, S., XXXVIII-1º, *Leyes 346 a 487 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 2002, pp. 142 y ss.

NAVARRO AZPEITIA, F., «Huecos para luces y vistas en pared propia, sobre suelo ajeno, en Aragón, *Anuario de Derecho Aragonés*, X, 1959-1960, pp. 171 y ss.

NAVAS NAVARRO, S., «Las relaciones de vecindad: la medianería de cierre de patios, huertos, jardines o fincas (Ley 31/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad), *La Llei (Catalunya i Balears)*, 1995-11, pp. 771 y ss.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil, III, Derechos reales e hipotecario*, 4ª ed., Edersa, Madrid, 2002.

PALMA, A., *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in Diritto Romano dell'età classica*, Giappichelli, Torino, 1988.

PASTOR ÁLVAREZ, M. C., «Comentario a los arts. 571 a 574», en RAMS ALBESA, J. (Coord.), *Comentarios al Código civil, III, Libro Segundo (Títulos I a VIII)*, J. M. Bosch, Editor, Barcelona, 2001, pp. 1047 y ss.

PEDREGAL Y CAÑEDO, M., *Texto y comentarios al Código civil español*, I y II, Madrid, 1889.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, I y II, 4ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Comentario a las Leyes 371 y 376», en RUBIO TORRANO, E. (Dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra*, Gobierno de Navarra, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 1175 y ss., y 1202 y ss.

PÉREZ GORDO, A., «La competencia en la servidumbre de medianería según la Compilación», *Revista Jurídica de Cataluña*, enero-marzo, 1965, pp. 731 y ss.

PÉREZ PÉREZ, E., «La comunidad de intereses de estructura consorcial en el Derecho español», *La Ley*, núm. 6971, de 19 de junio de 2008, pp. 1 y ss.; *Régimen jurídico estatal y autonómico de la propiedad inmobiliaria*, I, *La propiedad inmobiliaria y sus formas*, II, *Formas consorciales e inscripción registral de la propiedad inmobiliaria*, Bosch, Barcelona, 2009.

PÉREZ SERRANO, N., *Dictámenes*, I, Madrid, 1965.

PERSEGANI, P., *Tratado de la medianería urbana*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.

PLESCIA, J., «The development of the exercise of the ownership right in Roman Law», en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, LXXXVIII, 1985, pp. 181 y ss.

PONS GONZÁLEZ, M., DEL ARCO TORRES, M. A., *Régimen jurídico de las servidumbres*, 5ª ed., Comares, Granada, 2008.

POZO CARRASCOSA, P. del, VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2009.

PUIG I FERRIOL, L., «Constitución tácita de servidumbres por signo aparente», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 9, 1985, pp. 3112 y ss.

PUIG I FERRIOL, L., ROCA TRÍAS, E., *Fundamentos de Derecho Civil de Cataluña*, III, Bosch, Barcelona, 1984.

RAINER, J. M., «Der Paries communis im klassischen römischen Recht», en *ZSS (Rom Abt) , Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgechichte (Romanistische Abteilung)*, 105, 1988, pp. 488 y ss.

REBOLLEDO VARELA, A. L., «Incidencia de las servidumbres y accesión en el proceso edificatorio», *Aranzadi Civil*, 1/1997 (*BIB* 1997\159), pp. 1 y ss.; «Contenido y extinción de la medianería en el Código civil», en *El Consultor Inmobiliario*, abril, 2002, pp. 3 y ss.; «La medianería», en REBOLLEDO VARELA, A. L. (Coord.), *Tratado de Servidumbres*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 523 y ss.

REBOLLEDO VARELA, A. L. (Coord.), *Tratado de Servidumbres*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

RIFÁ SOLER, J. M., «Comentario al art. 386», en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLAS GOMBAU, J. F. (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, Iurgium, Barcelona, 2000, pp.1781 y ss.

RIVERA SERRANO, M., *Servidumbre de medianería*, Comares, Granada, 1999.

ROCA JUAN, J., «La renuncia liberatoria del comunero», *Anuario de Derecho Civil*, 1957, pp. 91 y ss.; y «Comentario a los arts. 571 a 579», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., VII-2º, *Arts. 530 a 608 del Código civil*, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1990, pp. 199 y ss.

ROGEL VIDE, C., *Limitaciones de luces y vistas en el Código civil español*, Reus, Madrid, 2006.

SANTAMARÍA, J., *Comentarios al Código civil*, I y II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

SEOANE SPIEGELBERG, J. L., «La servidumbre de medianería», en BAENA RUIZ, E. (Dir.), *Las servidumbres*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 199 y ss.

SEUBA TORREBLANCA, J. C., «Comentario a los arts. 546-1 a 546-12», en Decanato autonómico de los Registradores de Cataluña, *Derechos Reales, 1, Comentarios al Libro V del Código civil de Cataluña (arts. 511 a 552-12)*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 607 y ss.

SOLÉ RESINA, J., «La medianería de carga y de cierre como comunidad especial en el Código civil de Cataluña», en GARRIDO MELERO, M. (Coord.), *La regulación de la propiedad horizontal y las situaciones de comunidad en Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 251 y ss.; «Comentario a los arts. 555-1 a 555-8», en Decanato autonómico de los Registradores de Cataluña, *Derechos Reales, 2, Comentarios al Libro V del Código civil de Cataluña (arts. 553-1 a 563-4)*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 1084 y ss.

TAMAYO, A., *El derecho real de servidumbre. Estudio de una revisión del Código civil en materia de serividumbres*, Bosch, Barcelona, 1956.

TORRES LANA, J.A., «De las servidumbres (comentario a los arts. 530 a 604 CC)», en ALBÁCAR LÓPEZ. J. L., TORRES LANA, J. A., CAVANILLAS MÚGICA, S., *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, II, Trivium, Madrid, 1991.

VAN DER WAL, N., «La constitution de Zénon περί καινοτομιων et sa place dans le Code de Justinien», en VON CAEMMERER, E., KAISER, J. H., Kegel, G., MÜLLER-FREIENFELS, M., WOLFF, H. J. (Eds.), Xenion: Festschrift für Pan. J. Zepos, 1, Athens-Freiburg-Köln, 1973, pp. 725 y ss.

ZUMAQUERO GIL, L., «Adquisición de muro divisorio por usucapión ordinaria. Comentario a la STS de 29 de octubre de 2007 (*RJ* 2007\8260)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 2009, pp. 423 y ss.

LIMITACIONES DEL DOMINIO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PÚBLICO

Martín Bassols Coma
Universidad de Alcalá de Henares

SUMARIO:—I. INTRODUCCIÓN.—II. LA EXPROPIACIÓN FORZOSA COMO GARANTÍA DE LA PROPIEDAD Y COMO MARCO DE REFERENCIA DE LA INSTITUCIÓN DE LA OCUPACIÓN FORZOSA DE LA PROPIEDAD (DENOMINADA HISTÓRICAMENTE SERVIDUMBRE TEMPORAL). TENSIÓN ENTRE EL SISTEMA ADMINISTRATIVO Y EL JUDICIAL EN LAS GARANTÍAS INDEMNIZATORIAS.—III. DOMINIO PÚBLICO: LIMITACIONES Y SERVIDUMBRES A LA PROPIEDAD PRIVADA.—IV. VÍAS DE COMUNICACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DE LA PROPIEDAD COLINDANTE. CARRETERAS Y FERROCARRILES.—V. APELACIÓN A LAS SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS ANTE LA APARICIÓN DE NUEVOS AVANCES TÉCNICOS. ELECTRICIDAD, TELEFONÍA Y TRANSPORTE POR CABLE.—VI. RÉGIMEN DE LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD AGRARIA Y EL PLANTEAMIENTO DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD.—VII. PROPIEDAD URBANÍSTICA. RÉGIMEN DE LIMITACIONES URBANÍSTICAS AL SERVICIO DE LA PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA

I. INTRODUCCIÓN

El modelo de Derecho de Propiedad, surgido con la desaparición del feudalismo y de la afirmación del proceso revolucionario y codificador a partir del siglo XIX, encontraría en los recintos de los Códigos civiles un seguro refugio frente a las amenazas de las limitaciones administrativas o de interés público, como lo pone de relieve nuestro propio Código civil en su art. 348 al afirmar que "la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin mas limitaciones que las establecidas en las leyes"; al punto que el sintagma "sin más" como subrayaría HERNÁNDEZ GIL[1], anunciaría y expresaría

[1] A. HERNÁNDEZ GIL, *La propiedad y su transformación*, Obras Completas, Vol. 4. Espasa-Calpe, Madrid, 1989, pp. 72 y ss.

inequívocamente la excepcionalidad de todo tipo de limitaciones al derecho de propiedad. Por su parte, todos los textos constitucionales, a partir especialmente del art 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que declaraba "inviolable y sagrado" a dicho derecho, brindarían una sólida garantía (indemnización) y amparo (protección judicial contra expropiaciones ilegales) al derecho de propiedad ante su limitación o ataque mas intenso que pueda experimentar: su privación o extinción por motivos de utilidad publica o interes general. Al margen de esta garantía, sin embargo, quedaba imprejuzgado todo una amplia gama de referencias limitativas que no constituyan propiamente privaciones expropiatorias pero que incidían en el contenido del derecho de propiedad y que, en ultima instancia, su extensión o proliferación dependían del autocontrol del propio poder legislativo o reglamentario. El art. 350 del Código Civil constituye un ejemplo paradigmático de este planteamiento, pues pese a la excepcionalidad anunciada en el referido art 348 del mismo texto, se proclama para la propiedad inmobiliaria que el propietario de un terreno "puede hacer en el 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".

Esta referencia indiciaria a las Servidumbre (en especial, las legales de utilidad publica) y a los Reglamentos nos sitúa inmediatamente en el campo del Derecho Administrativo[2], rama del Derecho público que tuvo que afrontar prioritariamente el protagonismo del análisis, sistematización y tratamiento del cúmulo de limitaciones y servidumbres administrativas que a lo largo de mas de dos siglos se han venido imponiendo a la propiedad privada por imperativo de los hechos, cambios sociales, y políticas legislativas. El resultado final de este proceso ha sido que de la excepcionalidad en la limitación de la propiedad se ha pasado a la normalidad a una propiedad limitada y conformada administrativamente. Ahora bien, un cambio cuantitativo de esta naturaleza necesariamente en el orden interpretativo demanda una justificación o, al menos, explicación fundamentada. La reacción de la doctrina del Derecho Público ha sido explicita, en un primer nivel, ampliando el cuadro terminológico y suscitando la siempre difícil e imprecisa distinción entre limites, limitaciones y delimitaciones; por su parte, la doctrina del Derecho privado ha enfatizado, después de una relectura de los textos, la necesidad de distinguir entre servidumbres, limitaciones y relaciones de vecindad pues en todos estos conceptos se encuentran perspectivas interconexionadas. Parale-

[2] Vid. las interesantes y completas monografías de J. A CARRILLO DONAIRE, *Las servidumbres administrativas. Concepto, naturaleza, clases y régimen jurídico*, Lex Nova 2003, y *Tratado de servidumbres* (Coord. A. L. REBOLLEDO VAREL), Aranzadi 2007.

lamente el Derecho público ha tenido que plantearse un concepto sustantivo de la propiedad como garantía constitucional especialmente en orden a la indemnización por las limitaciones mas allá de las típicas de carácter expropiatorio[3].

En nuestro país la aspiración a una renovación total e integral del Derecho del Antiguo Régimen por la vía de la codificación civil o administrativa no pudo llevarse a efecto ni simultánea ni sucesivamente, a lo largo del siglo XIX, por los acontecimientos históricos, los cambios políticos y constitucionales y, en especial, por la distinta madurez doctrinal y científica de ambas ramas del Derecho. Paradójicamente, la codificación civil —tras diversos ensayos y proyectos— no se alcanzaría hasta 1889[4], mientras que la legislación administrativa, no sólo tuvo que renunciar a la codificación —a excepción de las leyes sectoriales o especiales como la emblemática Ley de Aguas de 1866— sino que tuvo que afrontar la regulación de las mas diversas materias en que la Administración intervenía, bien por vía legislativa o meramente reglamentaria, y ello de forma intempestiva y en atención a los cambios sociales y técnicos que se iban sucediendo en una sociedad en vías de industrialización y urbanización, sin el soporte de un cuadro sistemático de principios jurídicos y doctrinales[5], generando un ordenamiento prolijo y confuso en el que durante mucho tiempo cohabitaron las reglas antiguas (especialmente en materia de policía rural y urbana) con las de nuevo cuño.

En atención a estas circunstancias creemos que una de las posibles vías de contribuir a la clarificación del panorama de las servidumbres y limitaciones a la propiedad en el Derecho público es analizar los principales sectores de intervención administrativa en el marco de las circunstancias históricas que determinaron su nacimiento y desarrollo y el uso instrumental que de estas categorías dogmáticas han hecho tanto el poder legislativo como el administrativo a partir del siglo XIX.

---

[3] Vid. la serie de estudios contenidos en "Propiedad, expropiación y responsabilidad. la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado" (Coord. JAVIER BARNES), Tecnos, 1995.

[4] Sobre los diversos textos en el proceso de la Codificación civil, J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, Vol. II, Ministerio de Justicia, 1970.

[5] La primera monografía en la doctrina administrativa española sobre el tema se publica en 1906 por J. GASCÓN Y MARÍN, *Limitaciones del derecho de propiedad por interés público*, Madrid, 1906. Con anterioridad, salvo las referencias en los Tratados y Manuales de Derecho Admistrativo la única obra descriptiva de las limitaciones y servidumbres era la de M. DAVILA y COLLADO "EL LIBRO DEL PROPIETARIO" (prólogo Eduardo PÉREZ PUYOL), 4.ª edición, Madrid, 1901.

II. EXPROPIACIÓN FORZOSA COMO GARANTÍA Y COMO MARCO DE REFENCIA DE LA INSTITUCIÓN DE LA OCUPACIÓN FORZOSA DE LA PROPIEDAD (DENOMINADA HISTÓRICAMENTE SERVIDUMBRE TEMPORAL). LA TENSIÓN ENTRE EL SISTEMA ADMINISTRATIVO Y EL JUDICIAL DE GARANTÍAS INDEMNIZATORIAS

Ha sido ampliamente discutido en la doctrina científica si la expropiación forzosa en sentido clásico puede considerarse una limitación al derecho de propiedad privada o bien al desembocar su ejercicio en la extinción de la misma y simultanea transformación del bien objeto de expropiación, debe excluirse del ámbito de las limitaciones y analizarse en el campo especifico de la extinción y sacrificio de derechos e intereses legítimos. Mas allá de esta polémica, lo cierto es que la Expropiación forzosa en el ámbito del Derecho público ocupa un lugar central en la medida de su reconocimiento como garantía institucional básica e indemnizatoria del Derecho de Propiedad y, en tal sentido, sus postulados constitucionales y principios jurídico-administrativos deben tomarse siempre como puntos de referencia, en la inteligencia, sin embargo, que el presente estudio no se propone hacer un estudio histórico y sistemático de la institución expropiatoria que dilataría en exceso la extensión del tema que nos ocupa, máxime cuando, además, se nos ha informado que en próximas Jornadas se abordara específicamente esta cuestión. En consecuencia, sólo queremos hacer referencia a la institución expropiatoria en la medida estricta de destacar aquellos aspectos que afectan a una cuestión básica en nuestro Derecho público a la que no siempre se ha dedicado la atención necesaria, esto es la tensión entre las garantías meramente administrativas o las judiciales que conforman nuestra historia legislativa de la institución expropiatoria. Y ello en atención a la luz que se proyecta sobre el tratamiento de otra institución, como es la Ocupación Forzosa de la propiedad, que si esta vinculada a la problemática de las servidumbres y limitaciones de Derecho público y cuya emergencia se ha desarrollado en el marco legislativo de la Expropiación forzosa. Para ofrecer un panorama de esta cuestión formularemos unas sintéticas puntualizaciones de carácter histórico-jurídicas que consideramos de interés.

Si bien el art 173 de la Constitución de Cádiz otorgaba una clara garantía a la propiedad privada, declarando que "no puede el Rey tomar propiedad de ningún particular y Corporación, ni turbarle en la posesión uso y aprovechamiento de ella y si en algún caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad común tomar propiedad de un particular, no lo podrá hacer, sin que al mismo tiempo sea indemnizado, y se le de el buen cambio a la vista de hombres buenos". Dicho precepto no encontraría desarrollo posiblemente

por la restauración del antiguo régimen (salvo el paréntesis del Trienio liberal 1820-1823) y los turbulentos sucesos históricos que se sucedieron. Será durante el régimen del Estatuto Real (proclamado el 1de abril de 1834) cuando se promulgaría la primera Ley de expropiación forzosa, bajo la rubrica de Ley sobre Enajenación forzosa de la propiedad particular en beneficio público de 17 de julio de 1836. Desde el punto de vista constitucional dicha Ley no tenia directamente apoyatura en un texto de esta naturaleza, puesto que el Estatuto Real en el fondo era una mera convocatoria a Cortes. Ahora bien, no cabe olvidar que la propia dinámica política propició la petición de los Estamentos en la sesión de 28 de agosto de 1834 reivindicar una Concesión de Derechos Fundamentales entre los que figuraba; "la propiedad es inviolable y se prohíbe la confiscación de bienes, sin embargo la propiedad esta sujeta a la obligación de ser vendida al Estado cuando lo exigiese algún objeto de utilidad publica, previa siempre indemnización competente a juicio de hombres buenos"[6].

Como respuesta a esta reivindicación al poco tiempo, con fecha 24 de octubre de 1834, el Gobierno remitió a los Estamentos un Proyecto de Ley sobre "Enajenación forzosa por motivos de utilidad publica" de ocho artículos que se iniciaba con la expresiva referencia "no se podrá obligar en adelante [expresión extremadamente cautelosa que no quería compromisos con el pasado y que finalmente fue suprimida] a ningún particular, corporación o establecimiento de cualquier especie a que ceda o enajene lo que sea de su propiedad para obras de interés público, sin que procedan los requisitos". El texto del Proyecto de Ley era muy conciso y elemental, al punto que su Preámbulo, a modo de justificación, anunciaba que "sólo comprende aquellas disposiciones generales que sirven de garantía a la propiedad, aquellas que cierran la puerta a la arbitrariedad, pues en cuanto a las medidas de ejecución, toca al Gobierno fijarlas y lo hará sin alterar en lo mas mínimo, ni el texto, ni el espíritu de la Ley"[7]. Efectivamente, reconociendo la inexistencia de un régimen administrativo consolidado[8] sólo se hacia especial hincapié en la

[6] El texto de la Petición de Derechos Fundamentales se contiene en el Diario de Sesiones de las Cortes (1834-1835) págs. 96-97. El único contenido garantista sustantivo del Estatuto Real de 1834 era la exigencia para la imposición de tributos y contribuciones de la aprobación por las Cortes (art. 34 a 36).

[7] Vid. Diario de las Sesiones de las Cortes Legislatura, 1835-36 págs. 1.339 y ss. En el Dictamen de la Comisión del Estamento de Próceres se introdujo una enmienda que consagraba explícitamente "el principio de que la propiedad es sagrada e inviolable"; en el texto definitivamente aprobado desapareció el termino "sagrada".

[8] Para una visión general del sistema administrativo de la época, A. NIETO, *Historia administrativa de la regencia de Mª Cristina,* 2ª ed., Madrid, 2006 y los distintos estudios contenidos en «La era isabelina y el sexenio democrático», en *Historia de España de Menéndez Pidal,* vol. XXXIV. Como manifestación de la trascendencia que para el sistema político imperante

delimitación del objeto llamado específicamente directo "de la expropiación", esto es las obras de utilidad publica que debían tener "por objeto directo proporcionar al Estado en general o a una o mas provincias; o uno o mas pueblos cualesquiera usos o disfrutes de beneficio común" y en el procedimiento de determinación de esta utilidad y fijación de la indemnización todo ello en el marco del procedimiento administrativo, sin intervención del cualquier instancia judicial.

El Proyecto fue objeto de tramitación en los Estamentos durante casi dos años y se introdujeron innovaciones importantes pasando de 8 a 12 artículos, mereciendo subrayarse, a tal efecto, para calibrar el pensamiento garantista reinante en aquella etapa, las siguientes modificaciones: a) exigencia que en el primero de sus artículos figurara; la declaración del "carácter inviolable del derecho propiedad" de los particulares, corporación o establecimiento, lo cual pone de relieve la vinculación de la Ley con la Petición de Declaración de Derechos fundamentales anteriormente referida; b) ampliación del concepto de obras publicas, como legitimadoras de la expropiación, no sólo a las ejecutadas directamente por el Estado, la provincia o los pueblos, sino también a las ejecutadas "por compañías o empresas particulares autorizadas competentemente", previsión que claramente apuntaba a la figura del concesionario o contratista como beneficiario de la expropiación forzosa, innovación que posteriormente daría mucho juego especialmente en el ámbito de los ferrocarriles otorgados por vía de concesión administrativa; c) pago del justiprecio previamente al desahucio depositándose el mismo si hubiera reclamación de un tercero por razón de enfiteusis, servidumbre, hipoteca o arriendo, correspondiendo a los Tribunales ordinarios su distribución; d) reconocimiento de reversión en caso de no ejecutarse la obra o que el Estado o el empresario decidiera deshacerse de la finca, reversión que se articulaba sobre la base de preferencia en igualdad de precio frente a cualquier comprador, se trataba de una innovación garantista relevante aun

---

representaba el sufragio censitario, en la Ley se incluyó un nuevo artículo 10 del siguiente tenor "las rentas y contribuciones correspondientes a los bienes que se enajenen forzosamente para obras de interés público, se admitirán durante un año subsiguiente a la fecha de la enajenación en prueba de aptitud legal del expropiado para el ejercicio de los derechos que puedan corresponderle". La redacción enigmática de este precepto responde a la admisión de una enmienda que mostraba su preocupación a fin de que el propietario expropiado pudiera en función de sus rentas anuales seguir ejerciendo el sufragio activo y pasivo, tanto para el Estamento de Próceres (arts. 4 y 5) como de Procuradores del Reino (art. 14 del Estatuto Real).

La justificación que se ofreció era la siguiente: "respetado por el Proyecto de Ley el derecho de propiedad que pudiera llamarse positivo, pudiera sin embargo la expropiación comprometer en ciertos casos otros intereses no menos respetables: tales son los derechos políticos. En efecto, un propietario privado de su posesión o finca en virtud de una ley, pudiera quedar despojado del ejercicio de aquellos disminuyéndose sus rentas, tipo adoptado como garantía para tan importante objeto" (DSC del día 26 de enero de 1835, pág. 1.314.)

cuando instrumentada a través de una técnica elemental y compleja; e) se remitía a un futuro reglamento la aplicación de la ley a las obras de fortificación de las plazas de guerra, puertos y costas marítimas, dejando siempre para casos de guerra u otras circunstancias urgentes, la latitud conveniente a los Comandantes respectivos para atender de pronto a lo que "pidiese la necesidad"; f) y, finalmente se introdujo un precepto de derecho transitorio clave en el que se afirmaba, por una parte, que la Ley no hará novedad en cuanto a los arbitrios aprobados y contratas celebradas hasta el día; y, por otra, de mayor calado del siguiente tenor: "no se alterarán por la presente ley disposiciones vigentes sobre minas, transito y aprovechamiento de aguas, u otras servidumbres rusticas o urbanas" con lo cual equivalía a declarara subsistente todo el derecho del Antiguo Régimen especialmente en materia de servidumbres urbanas y el reconocimiento de la deslegalización de las intervenciones y limitaciones en lo urbanístico (en particular, servidumbre de alineaciones) y que, como tendremos ocasión de referirnos, colisionaban con el derecho de propiedad al no comportar indemnizaciones.

Todas estas lagunas e incógnitas que la nueva Ley dejaba sin resolver se agravarían por cuanto la promulgación del Reglamento general de la Ley tardaría cerca de diecisiete años en dictarse (Real Decreto 27 de julio de 1853) y el Reglamento de expropiaciones militares veintisiete años (Real Decreto de 13 de julio de 1863). Ello no sólo propiciaría la aparición de expropiaciones reguladas por Leyes especiales, según los distintos sectores de actividad, ampliando considerablemente el concepto de utilidad publica (carreteras, minas, ferrocarriles, ensanches de poblaciones, etc.), sino la aparición de nuevas limitaciones o servidumbres administrativas que colisionarían con el derecho de propiedad y que tuvieron que afrontarse mediante decisiones urgentes, coyunturales e improvisadas.

El problema jurídico mas importante que se planteo inmediatamente después de la promulgación de la Ley de expropiación forzosa de 1836 fue la posible indemnización por la ocupación transitoria de terrenos colindantes con las carreteras, apertura de canteras, extracción de tierras y otras servidumbre eventuales aplicables durante el periodo de ejecución de la obra. Los Jueces y los Alcaldes de los pueblos amparaban a los propietarios en sus reclamaciones y, en su caso, paralizaban las obras. A fin de colmar esta importante la laguna de la Ley de expropiación y evitar la paralización de la obras publicas: una Real Orden de 19 de septiembre de 1848 partía de la consideración que estos daños y perjuicios podían ser objeto de indemnización y a tal efecto, sin admitir ningún tipo de paralización, los perjudicados podía acudir al jefe Político para presentar reclamación, intentando esta autoridad alcanzar un acuerdo y, en caso de no lograse, se desvía como recurso ante el Consejo Pro-

vincial al que se atribuía competencia en materia contenciosa-administrativa sobre: el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por la ejecución de las obras publicas (art 8.4 de la Ley 2 de abril de 1845), sin que ninguna otra autoridad judicial o administrativa pudiera intervenir. El contenido de esta disposición se incorporaría posteriormente de forma mas estructurada en los arts. 29 a 30 de la Instrucción para promover y Ejecutar las Obras Publicas de 10 de octubre de 1845. El Pliego de Condiciones de los Contratos de obras publicas de Caminos canales y puertos (R.O. de 16 de abril de 1846) imponía al Contratista el abono de las indemnizaciones por la ocupación de los terrenos colindantes y explotación de canteras Sin embargo se plantearon abundantes conflictos en orden al alcance y extensión de esta obligación de indemnización, lo que determino la publicación de la interesante R.O. interpretativa de 1 de marzo de 1848 que arbitraría una solución del máximo interés al distinguir entre la ocupación de terrenos para la ejecución de la Obra publica, según "haya de ser perpetua e indefinida" (ocupación perpetua o "verdadera expropiación" se dirá incluso posteriormente en la R.O. de 25 de enero de 1853) en cuyo caso deberán seguirse los tramites de la Ley de Expropiación Forzosa de 1836, mientras que cuando no se requería privación, absoluta ni perpetuamente, esto es "en los casos de daños, perjuicios y servidumbres" deberán seguirse los tramites en vía administrativa señalados en la Reales Órdenes citadas de 1845 y en caso de no alcanzarse acuerdo acudir en vía contenciosa-administrativa al Consejo provincial, tramitándose, en este caso, como un resarcimiento de daños y perjuicios derivados de la ejecución de las obras publicas. En definitiva se deslindaban nítidamente la institución expropiatoria de la responsabilidad por daños en materia de ejecución de obras publicas[9].

Como hemos apuntado anteriormente, transcurridos casi diecisiete años desde la promulgación de la Ley 1836 —con la sucesión nada menos de dos Constituciones (1837 y 1845)[10] sin experimentar modificación— se promulgó el Reglamento de aquella por Real Decreto de 27 de julio de 1853 en cuyo preámbulo se venia a justificar su tardanza en motivos económico-financieros en los siguientes términos "cuando la penuria del Estado, no permitía dar gran desarrollo a las obras públicas, las disposiciones de aquella Ley pasaban desapercibidas, y a penas se suscitó cuestión ninguna, sobre su aplicación". Supe-

[9] Vid E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Madrid, I.E.P., 1956 y para un estudio completo P. ESCRIBANO COLLADO "Ocupación temporal", *Revista de Administración Publica*, nº 106 enero-abril 1985 pp. 57-96.

[10] El art. 10 de la Constitución de 1837 "no se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y ningún español será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización" y el también art. 10 de la constitución de 1845 reproducía el mismo texto. Así mismo el art. 13 de la "non nata" Constitución de 1856 reproducía también la misma redacción.

radas aquellas circunstancias —según el Preámbulo— de un modo favorable y "hoy que los caminos de todas clases multiplican las expropiaciones" así como una mejor "conciencia del derecho individual" que postulaban fortalecer las garantías hacían inexcusable la promulgación de un Reglamento de ejecución de aquella Ley. El texto reglamentario se limitaba prácticamente a desarrollar el procedimiento de fijación del justiprecio de la tasación, presentaba, sin embargo, dos novedades significativas: en primer lugar, el abandono de la primitiva terminología para designar la institución, esto es de enajenación forzosa o de ocupación perpetua y su definitiva sustitución y normalización por el de expropiación forzosa; en segundo lugar se incorporaba un nuevo capitulo, bajo la significativa rubrica, de la ocupación temporal y Aprovechamiento de Materiales. A partir de este momento y en toda la legislación posterior las instituciones de la Expropiación forzosa y Ocupación Temporal van a ser reguladas en un mismo texto legal y ambas podrán ser objeto de revisión jurisdiccional en vía contencioso-administrativa. Con ello se plantearía en nuestro derecho el dilema de la asimilación de la ocupación forzosa a la expropiación y su cohabitación en un texto legal, bien por razones sustantivas, bien por simples motivos procedimentales en orden a la fijación y alcance de la indemnización procedente, dilema cuya solución oscilara en función de las distintas etapas históricas y que no ha tenido todavía una respuesta clara y concreta.

La regulación del contenido que se ofrecía de la Ocupación temporal no se limitaba al procedimiento de determinación de la indemnización, sino que se fijaba su alcance material en orden a los fincas o terrenos y a los materiales para la construcción que se puedan aprovecharse para la ejecución de la obra, procediéndose a la indemnización antes de ocupar la propiedad y en caso que no pudiera evaluarse anticipadamente mediante pagos a cuenta mensuales. Por su parte el desarrollo reglamentario de la Ley de expropiación de 1836 sobre expropiaciones militares se demoraría hasta el Real Decreto de 13 de julio de 1863 en el que se ampliaba generosamente la relación de terrenos y edificaciones en las plazas fuertes y fortificaciones que podían ser objeto de expropiación. Se configuran los supuestos de Ocupación temporal para la ocupación de terrenos con indemnización para instrucción de los ejércitos, especificándose que si la ocupación es superior a tres meses deberá procederse a la expropiaron. Sin embargo por razón de circunstancias extraordinarias y en tiempos de guerra, se podían ocupar cualquier terreno, edificio y demás propiedades particulares para campos de atrincheramiento; fortificaciones en campaña, ocupación de edificios y autorización para derribar las cercas, plantaciones, edificios que perjudiquen la buena defensa de los fuertes y de las fortificaciones provisionales o de campaña que se construyan, así como en las zonas militares de las plazas.

Un cambio cualitativamente importante en orden a las garantías expropiatorias se produciría, a raíz del art 14 de la Constitución de 1868[11], al subordinarse la expropiación a la concurrencia de utilidad publica y, en virtud de mandamiento judicial con garantía de la previa indemnización determinada por el Juez. Esta transformación de un sistema administrativo a otro de garantía judicial requeriría lógicamente de una nueva Ley de Expropiación Forzosa con reforma completa de la primitiva de 1836. Con carácter transitorio, el Decreto de 12 de agosto de 1869 dictaría las normas de adaptación provisional al nuevo sistema con intervención judicial en la fijación de la indemnización mientras se culminaba la elaboración del correspondiente Proyecto de Ley; sin embargo, en materia de Ocupación temporal —significativamente denominada Servidumbre Transitoria— mantenía la vigencia de la normativa anterior, a pretexto que "el art 14 de la Constitución sólo establece el pago del justiprecio para los casos de verdadera expropiación, no para el de una servidumbre transitoria; y esta circunstancia unida a la imposibilidad practica, comprobada por le experiencia, de hacer de antemano el cálculo, siquiera aproximado, del importe de la ocupación y daños que se originen". A los pocos meses del anterior Decreto, el Ministro de Fomento JOSÉ DE ECHEGARAY remitiría el 7 de octubre de 1869 a las Cortes el correspondiente Proyecto de Ley de expropiación Forzosa en la que se articulaba la intervención judicial en la fase de determinación, pago del justiprecio y toma de posesión en las expropiaciones, concediéndose un interdicto de retener y recobrar en el caso que no concurriere el correspondiente mandamiento judicial; se distinguía entre Ocupación temporal (ampliándose su alcance, pero excluyéndose en todo caso a las fincas urbanas de la ocupación temporal y la imposición de servidumbres) y Aprovechamiento de materiales (extracción de toda clase de materiales), a excepción de los materiales de construcción que los particulares hubiesen acopiado para su propio uso, así como la posibilidad de abrir canteras para la conservación o reparación de las obras, pero en el caso de acreditarse la necesidad de su permanencia deberá procederse a su expropiación. La intervención judicial en estas actuaciones se remitía a las normas generales del procedimiento expropiatorio, pudiendo, en su caso, exigirse fianza en el caso de no poder determinarse previamente el importe de los perjuicios. Como novedad se exigía, por primera vez, autorización judicial, para que el funcionario público o particular habilitado encargado del estudio de una obra de interes comun pudiera entrar en una propiedad privada, debiendo responder de los daños causados por razón del estudio.

[11] El art. 14 de la Constitución de 1869 "nadie podrá ser expropiado de sus bienes sino por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutara sin previa indemnización, regulada por el Juez con intervención del interesado".

El Proyecto de Ley aludido no prosperaría y con ocasión de la proclamación de la I Republica por Decreto de 22 de abril de 1873, se nombraría una Comisión redactora para un nievo Proyecto de Ley de Expropiación Forzosa adaptado a la Constitución, formulando, sin embargo, algunas reservas sobre la propia existencia y extensión de la expropiación forzosa, al remitir a conflictos entre el interés individual y los grandes intereses social que debería ventilarse en el nuevo proyecto constituyente, pero que "hoy, en este momento, es preciso admitir el derecho establecido y forzoso y aceptar los hechos consumados". Este nuevo intento de regular la institución desde la perspectiva de la intervención judicial tampoco prosperaría y por Real Decreto de 3 de febrero de 1877 se restablecía la legislación anterior a la Constitución de 1869, eliminando la intervención judicial por considerar que "entorpece en la practica de un modo extraordinario el desarrollo de los medios indispensables para el fomento el fomento de las obras publicas". Con ello terminaba un planteamiento quizás excesivamente idealista de la garantía judicial previa en la expropiación forzosa, pero que respondía a los auténticos fundamentos constitucionales de la institución y que, en caso de haber arraigado, hubiese, sin duda, impreso a nuestra vida administrativa, un sentido y un ritmo mas responsable en el ejercicio de la potestad expropiatoria. Un intento de vuelta al sistema judicialista sólo se volvería a suscitar en 1886[12] precisamente para corregir los excesos del sistema administrativo reinstaurado por la Ley de Expropiación forzosa por causa de utilidad pública de 10 de enero de 1879.

---

[12] El Proyecto de Ley sobre "Reforma de la ley vigente de expropiación forzosa por causa de Utilidad pública fue remitido al Senado con fecha 2 de julio de 1886 (DSC Senado, Apéndice 2 al nº 32) por el Ministro de Fomento, E. MONTERO RIOS, texto de 107 artículos venia precedido de una extensa y luminosa Exposición de Motivos en la que hace un análisis critico de la legislación anterior y sus insuficiencias, al tiempo que proponía una serie de innovaciones del máximo interés que hubiesen situado las garantías expropiatorias al máximo nivel de protección judicial. Entre ellas merecen destacarse la ampliación de la intervención en el procedimiento expropiatorio y la participación en justiprecio a los titulares de derechos reales y arrendatarios, singularmente los de locales de negocio al entenderse que "la expropiación forzosa lo alcanza todo: el inmueble y las cargas reales a que esta afecto. El expropiante adquiere sobre la cosa la plenitud del dominio, ya para destruirla ya para transformar su sustancia. Todos aquellos a quienes correspondan los derechos que del pleno dominio son como segregación o desprendimiento deben intervenir en la expropiación con el mismo titulo que el poseedor". Se rechazaba la formación de un Jurado en la fijación del justiprecio como se había establecido en algunas legislaciones extranjeras por no reunir la mas esencial de las garantías que era la imparcialidad y que sólo la intervención judicial podría ofrecer.

Como una de las innovaciones mas dignas de destacar del Proyecto de Ley es la relativa a la posibilidad por parte del Juez de retener parte del pago del justiprecio en el caso que el propietario haya dejado de contribuir al pago de los impuestos en los últimos cinco años para que la hacienda general y municipal se reintegren de lo que indebidamente han dejado de percibir y ello como justificaba la Exposición de Motivos que tan "sagrado" era el derecho de los expropiados como lo es "el del Estado y el Municipio para exigirle al contribuyente a sostener las cargas publicas en proporción a la verdadera cuantía de la fortuna que posee".

El referido Proyecto, además de la intervención judicial, planteaba como innovación, la cuestión de la indemnización de los colonos y arrendatarios que tuvieran inscritos en el Registro de la Propiedad sus derechos y a los arrendatarios de establecimientos mercantiles; al tiempo que formulaba una censura directa a la expropiación urbana por zonas por cuanto el Ayuntamiento lleva a acabo un lucrativo negocio de "construir obra publica con la ganancia que obtiene en la reventa del terreno expropiado". En materia de ocupación temporal y extracción de materiales, el referido Proyecto de Ley incorporaba una más adecuada sistematización de los supuesto aplicables a dicho institución, sin perjuicio de garantizar la intervención judicial en la fijación de la indemnización relajaba su participación a favor de la intervención administrativa por la inexistencia "de privación perpetua de derechos y ser mas fácil la subsanación de un perjuicio" y todo ello en atención a evitar la paralización de la obras comenzadas, y poderse atender los perjuicios ocasionados con cargo a la responsabilidad de la Administración o las fianzas del concesionario.

El régimen de la Restauración con la Constitución de 1876[13] volvería al sistema estrictamente administrativo de la expropiación forzosa, a través de la ley de 10 de enero de 1879 de Expropiación Forzosa por causa de utilidad publica, concepto que automáticamente se vincula al de "obras de utilidad publica que tengan por objeto directo proporcionar al Estado, a una o mas provincias o a uno o mas pueblos, cualesquiera usos o mejoras que cedan en bien general, ya sean ejecutadas por cuenta del Estado, provincias o los pueblos, ya por compañías o Empresas particulares debidamente utilizadas". La garantía judicial se limitaba ahora a que en caso de privación de su propiedad, cualquiera a través de los interdictos de retener y recobrar podrá ser amparado por los Jueces y reintegrados en la posesión al "indebidamente expropiado" (principio que pasaría al art 349. del Código Civil). La vinculación e instrumentación entre la expropiación y las obras publicas quedaba palmariamente puesta de manifiesta en la medida que resultaban exceptuadas de la "formalidad de la declaración de utilidad publica": las obras a cargo del Estado que reunieran los requisitos de la legislación de obras publicas, las obras comprendidas en los planos generales, provinciales y municipales previstos en la legislación de Obras públicas y en general "toda obra cualquiera

[13] El art. 10 de la Constitución de 1876 reiteraba el principio tradicional de que "no se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes y nadie podrá ser privado de sus propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad publica, previa siempre la correspondiente indemnización", si bien añadía como novedad un segundo apartado de carácter transaccional con el sistema judicial del siguiente tenor "si no procediere este requisito, los jueces ampararán y en su caso reintegrarán en la posesión al expropiado".

que sea su clase, cuya ejecución hubiese sido autorizada por una ley o estuviera designada en las leyes especiales de ferrocarriles, carreteras, aguas y puertos dictadas o que se dicten en lo sucesivo". Particularmente merece subrayarse —como se examinara en un próximo epígrafe— como novedad la inclusión también en esta excepción todas las obras de policía urbana y en particular las de ensanche y reforma interior. Esta flexibilización en la declaración de la utilidad publica permitiría una progresiva expansión de la utilización de la expropiación forzosa, acentuada en las leyes especiales posteriores, sin precedentes en el Derecho comparado en lo que se refiere a la justificación y control de la utilización de la potestad expropiatoria a la que tampoco pondría coto en la tercera de las etapas que la legislación expropiatoria inauguradas con la Ley de 16 de diciembre de 1954.

Por lo que se refiere a la Ocupación temporal y a la extracción de materiales la Ley de 1879 aportaba interesantes novedades: a) el derecho a la ocupación temporal de una finca se vincula, por primera vez, a la declaración de utilidad publica de la obra, b) se amplia su objeto al establecimiento de estaciones y caminos provisionales, talleres, almacenes, depósitos de materiales y cualesquiera otros que requiera la obra, tanto si se refieren a su construcción como a su reparación o separación ordinarias, c) en principio, quedaban "absolutamente exceptuadas de la ocupación temporal e imposición de servidumbre las fincas urbanas" si bien "en los limitados casos que su franqueamiento pueda ser necesidad" se requerirá el permiso expreso del propietario, d) se partía de la premisa que en la mayoría de las obras no se podía determinar de "antemano" ni la importancia ni la duración de la ocupación por lo que el Gobernador deberá promover un convenio entre la administración y el propietario sobre la cantidad que deberá depositarse para responder del abono; si no hubiere acuerdo se nombrara por el Juez un perito cuya la tasación será objeto de deposito a cuenta de la indemnización finalmente fijada; e) la tasación de la ocupación por una ocupación tendrá como limite el valor de la finca, de tal suerte que si la Administración le pareciera excesiva podrá solicitar la valoración total de la finca y optar a la expropiación siempre que su importe no exceda de la mitad de los perjuicios acreditados: si la conservación o reparación de obra exigiere la explotación permanente de una cantera para lugar a la expropiación; y f) para la entrada en una finca para el estudio de una obra no se precisara ya autorización judicial, sino que el Gobernador expedirá credencial a efectos que el Alcalde procure recabar el permiso de los propietarios y en caso de injustificada resistencia, el Alcalde lo pondrá en conocimiento del Gobernador civil; significativamente, el Reglamento de la Ley de 13 de junio de 1879, calificaría a la ocupación temporal de "servidumbre", especificándose que "esta servidumbre es forzosa en lo que concierne a las fincas rusticas, pero sobre las urbanas no podrá en ningún caso

imponerse sin permiso expreso del respectivo propietario (art. 109). Análoga calificación de servidumbre para la ocupación temporal mantiene el Reglamento de Expropiación forzosa de 10 de marzo de 1981 para su aplicación al ramo de Guerra (art. 62) y el Reglamento para las expropiaciones de Marina RD 19 de febrero de 1891 (art. 64).

El esquema diseñado en materia de Ocupación temporal se ha mantenido en la vigente Ley de 1954 (arts. 108 a 118), al punto que muchos artículos son mera reproducción de la ley de 1879, si bien deja de emplearse el termino servidumbre de ocupación temporal, a excepción de un supuesto singularísimo de intervención de empresas (art. 118) en las que se hubiere cesado en el trabajo por cualquier causa o hubiese sido temporalmente clausurada cuando en virtud de esta intervención sufrieren daños y deterioros extraordinarios la maquinaria o las instalaciones; con la particularidad de que al cesar la intervención, si los titulares de la empresa no consideraran conveniente la continuación, la Administración podría decretar la expropiación (art 119).

III. DOMINIO PÚBLICO: LIMITACIONES Y SERVIDUMBRES A LA PROPIEDAD PRIVADA

Dentro del marco general de la problemática de las servidumbres y limitaciones de la propiedad en el Derecho público necesariamente debe abordarse también el fenómeno de la delimitación de la propiedad, entendida en este caso dicha expresión en su dimensión de adscripción de determinados bienes al dominio público o por el contrario al régimen de la propiedad privada. Esta operación de selección o categorización de unos bienes que, en terminología más actual, recibiría la denominación de demanialización de determinadas categorías de bienes, ya que efectivamente comportaba en si misma una autentica delimitación de la propiedad al adscribir unos bienes a distintos regimenes jurídicos antagónicos: el demanial o el de la propiedad privada. Ahora bien este tipo de operaciones no estaban exentas de dificultades técnicas y jurídicas pues incluso en la actualidad como advierte certeramente L. DÍEZ PICAZO una cosa es calificar un bien como de dominio público y otra muy distinta y mucho mas compleja definir su régimen jurídico demanial[14].

Esta modalidad de operaciones legislativas se suscitarían en nuestro país, inicialmente, en relación con las aguas (distinción entre aguas publicas y pri-

[14] Vid. L. DÍEZ PICAZO Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Vol. III. Las relaciones jurídico reales. El registro de la propiedad. La posesión, Civitas, 1995 págs. 163 y ss.

vadas) y las minas o subsuelo, en un momento histórico en el que reinaba una gran confusión e imprecisión sobre la propia denominación del dominio público y el alcance material de esta nueva categoría jurídica, alumbrada —con independencia de poder detectar antecedentes en el Derecho del Antiguo Régimen— a raíz de la Revolución Francesa y del Código de Napoleón (arts. 538 a 541). Efectivamente, el concepto de dominio público ejercería una gran fascinación por cuanto en su formulación inicial se proclamaba enfáticamente que "le domaine public, dans son integralité et avec ses diverses accroisemenets appartient à la Nation; cette propiété est la plus parfaite qu'on puisse concevoir puisqu'il n'existe aucune autoritré superieure qui puisse la modifier ou la restreindre; la faculté d'alièner, attribut essentiel du droit de proprieté, reside également dans la Nation; et si, dans des circonstances paticuliers elle a voulu en suspendre pour un temps l'exercise, comme cette loi suspensive n'a pu avoir que la volonté general pour base, elle est de plein droit aboli, dès que la Nation, également representée, manifeste une volontè contraire (Preámbulo Ley 22 noviembre-1 diciembre de 1790)[15]. Ahora bien, el concepto de dominio público hasta la década de los años treinta del siglo XIX en Francia[16] y en España hasta la mitad del referido siglo fue una mera nomenclatura legislativa sin autentico contenido normativa y en difícil pugna con los conceptos de dominio del Estado o dominio nacional (bienes nacionales). Todavía en 1849 con ocasión del dictamen que el Senado emitiría en relación a la Ley de 24 de junio de 1849 que establecería por primera vez la Servidumbre de Acueducto para referirse al dominio de las Aguas publicas seguía aludiéndose al "dominio emi-

[15] Vid. J. MORAND-DEVILLER, *Droit administratif des biens,* 5ª ed., Montghrestien, Paris, 2007, pág. 14.

[16] Sobre las distintas etapas en la formación del dominio público en Francia, vid. el clásico y el minucioso estudio de H. BARCKAUSEN, "Etude sur la theorie generale du domaine public" en *Revue de Droit Public*. 1902 nº 18 (1º articles, pp. 401- 446) y 1903 nº 19 (2ª, pp. 32-69). El punto de partida fue el art. 538 del Code Civil después de una enumeración de bienes, finaliza con una cláusula general "…Et generalement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas suceptibles d'une proprieté privée sont considerées comme des dèpendances du domaine public". Ahora bien, según el autor citado si los redactores del Code en el artículo citado formularon una teoría del dominio público lo hicieron sin saberlo (pág. 421). La auténtica formulación de la teoría del dominio público en sentido moderno fue una elaboración doctrinal a partir de 1815, atribuyéndose su paternidad principalmente a VICTOR PROUDHON en su *Traité de domaine public,* 1833-34 en cinco volúmenes. Su principal aportación es atribuir el disfrute de los bienes de dominio público a un ente moral y colectivo que es "e public", denominación mas literaria que propiamente jurídica (pág. 439).

Entre las distintas exposiciones del Dominio público en el Derecho francés el clásico libro de M. HAURIOU, *Precis de droit administratif et de droit publique*, Ed. 11ª, Sirey, Paris, 1927, págs. 638 y ss., que formula criticas severas a la formulación de V. PROUDHOM y propone una nueva elaboración en función de la idea de afectación administrativa; y recientemente entre otras obras J. DEVILLER, *Droit administratif des biens*, op. cit., págs. 10-25. Para una minuciosa y completa exposición de la doctrina francesa en la reciente bibliografía española, vid. L. PÉREZ CONEJO, *Ensayo sobre dominio público y demanio litoral*, IAAP, Sevilla, 2001, pág. 42-55.

nente del Estado"[17]; progresivamente, según GALLEGO ANABITARTE[18] y de forma fragmentaria se iría introduciendo la nueva categoría; así una R.O. de 24 de mayo de 1853 calificaría ya a los ríos de bienes de dominio público y por lo tanto insusceptibles de apropiación privada y un Real Decreto de 29 de abril de 1860 determinaba que los cauces de ríos, arroyos y demás corrientes son de dominio público y que al Estado le corresponde tanto la policía de las aguas publicas como las privadas (art. 19).

A la vista de estas consideraciones iniciales resulta oportuno analizar con cierto detalle la emergencia del concepto de Dominio público en nuestro país, especialmente por la riqueza de consideraciones y matices que emergen en estas primeras fases del Derecho Administrativo respecto del tema que estamos estudiando.

1. Régimen jurídico de las aguas públicas y sus servidumbres en la Ley de Aguas de 1866. La configuración institucional del concepto de aprovechamiento y sus limitaciones

A) El primer intento esquemático de delimitación entre dominio público y propiedad privada en relación con las aguas publicas y privadas correspondió al proyecto de Código Civil de 1851. En su art. 384 clasificaba los bienes, según las personas a quienes pertenecen, en relación al Estado: de propiedad

[17] Esta expresión se utilizaría en el Dictamen de la Comisión del Senado (Apéndice 3 al nº 55 de 4 de mayo de 1849) que dictamino el Proyecto de Ley que posteriormente se convertiría en la Ley de 24 de junio de 1849, bajo la rubrica de "Ley sobre exención de tributos a los nuevos riegos y artefactos y sobre Servidumbre de Acueducto". La génesis de esta Ley es interesante en la medida que originariamente su titulo era el de "Declarando exento de toda contribución los capitales que se empleen en la construcción de canales, acequias, brazales, pantanos y demás obras de riego"; la exención se subordinaba a la declaración de la obra como de utilidad publica en la forma prevista por al Ley de expropiación forzosa de 1836. En definitiva, esta exenciones fiscales venían a sustituir anteriores disposiciones, la ultima de las cuales era el Real Decreto de 31 de agosto de 1819 que usando de facultades que había obtenido el Rey por el breve de la Sanidad de Pío VII se concedía a los empresarios de canales y acequias la exención en todo "aumento de diezmos y primicias por doce y catorce años". En el transcurso de la tramitación de la Ley en el Senado, a raíz de una enmienda, se le añadiría un articulo nuevo regulando la servidumbre de acueducto o pase de las aguas para el riego de terrenos, invocando como precedentes inspiradores el derecho histórico de Cataluña y las recientes regulaciones de los Reinos de Lombardía y Piamonte así como una polémica ley hacia poco aprobada en Francia (ley de 29 de abril de 1845).

[18] Para un estudio completo de la legislación de aguas anterior a la Ley de 1866 y la formación del concepto de Dominio público en general y en materia hidráulica, vid. A. GALLEGO ANABITARTE, "El derecho español de aguas en la historia y ante el derecho comparado" en *Derecho de aguas en España* (A. Gallego Anabitarte, A Menéndez Rexach y J. M. Díaz Lema), MOP, Vol. I, Madrid, 1986, págs. 13-420.

publica (del Estado, Patrimonio Real y a los pertenecientes a una provincia o pueblo de la Monarquía) o privada; y entre los bienes de propiedad del Estado enumeraba entre otros a "los ríos aunque no sean navegables, sus alveos y toda agua que corre perennemente dentro del territorio español, con las limitaciones contenidas en la sección Segunda Capítulo II del Titulo V (Servidumbre en materia de aguas). Sobre la falta de fijeza de la denominación era ilustrativo el comentario de GARCÍA GOYENA, principal glosador de este Proyecto: "importa poco la variedad de palabras «Dominio público, Regio dominio, Estado»", si bien, a continuación, aportaba ya una primera caracterización interesante al afirmar "…en ellos se entiende la pertenencia de las aguas en el sentido que la de todas las cosas, cuyo uso pertenece a todos y la propiedad a ninguno, por no ser susceptibles de propiedad privada; el Estado no ejerce en ellas sino un derecho de protección para asegurar su goce a todos y a su Gobierno corresponde hacer concesiones y regularlas: bajo este aspecto es una propiedad imprescriptible e inalienable, porque es de su esencia el quedar siempre en común". A continuación precisaba: "las concesiones mismas no serán sino un acto de policía y administración, revocable cuando no subsisten ya los motivos porque fueron hechas o cuando las circunstancias exijan disposiciones diferentes y aun contraria. No son enajenaciones absolutas; no pueden ser, ni son mas que concesiones precarias, facultades revocables cuando lo exijan los intereses y las necesidades publicas"[19]. Ahora bien, merece destacarse como el texto del Proyecto de Código Civil de 1851 remitía toda la regulación del régimen de las aguas a la disciplina de las Servidumbres (arts. 483 a 505), en la modalidad de las Servidumbres impuestas por la Ley (aguas, paso, medianería, distancias de construcciones y plantaciones, luces y vistas, desagüe edificios) frente a las llamadas Servidumbres voluntarias. No contemplaba, por lo tanto, una regulación material de las aguas como propiedad especial, sino sólo como una modalidad de las servidumbres legales impuestas por las especialidades de las aguas.

El fracaso del proyecto de Código Civil de 1851 y la interrupción del proceso codificador, determinaría la necesidad apremiante de afrontan la regulación de las aguas especialmente desde la perspectiva de la agricultura y del

---

[19] F. GARCÍA GOYENA *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, Sociedad Tipográfica, Vol. I pág. 424-425.

La indeterminación terminológica por parte de GARCÍA GOYENA en 1852 a que se alude en texto no debe extrañarnos pues en Francia todavía en las mismas fechas no estaba definitivamente asentado, según BARCKHAISEN op. cit., págs. 435-443, el término y el concepto de Dominio Público frente al dominio nacional. Precisamente en 1851, según dicho autor, se utilizaría por primera vez con posterioridad al Code civil el termino "domaine public" en un texto legislativo para referirse al régimen de la propiedad en las colonias de Argelia, op. cit. págs. 444-445.

abastecimiento de poblaciones[20] y la de regulación de las obras de construcción de canales que era en toda Europa un tema de la máxima actualidad en aquella etapa. De esta suerte, el Derecho Administrativo tuvo que tomar el relevo en esta operación delimitadora de las aguas publicas y privadas y de su régimen de utilización, con la particularidad que en el desarrollo de este cometido no se limitaría, y esto es importante subrayarlo, a una pura y expeditiva reglamentación de matriz técnica y procedimental, sino que se adentraría en los mas complejas cuestiones jurídicas aportando una interesante y solvente fundamentación material y doctrinal sobre el Dominio público y su régimen jurídico, al punto que la Ley de Aguas de 1866 ha sido considerado por S. MARTIN RETORTILLO como una norma institucional y al decir de la doctrina "el monumento legal mas prestigioso de nuestra legislación administrativa del siglo XX"[21]. Por ello se hace necesario puntualizar algunas de las notas mas sobresalientes de este proceso.

B) Por Real Decreto de 27 de abril de 1859 se nombraba una Comisión encargada de redactar un Proyecto de Ley general de Aprovechamiento de Aguas, acordándose en la referida disposición que la Comisión tomaría como referencia para sus trabajos, además de los antecedentes reunidos por el Ministerio de Fomento, el Proyecto de Código General de Aguas redactado por CIRILO FRANQUET (texto de 438 artículos, precedidos de una Memoria sobre la necesidad de un Código General de Aguas). Como experiencia novedosa para aquella época el Proyecto FRANQUET fue sometido a información publica de Tribunales, Sociedades Económicas Sindicatos de Riego, Corporaciones oficiales a efectos de que manifestaran su parecer y ofrecieran las sugerencias oportunas. Los trabajos de la Comision se desarrollaron desde junio de 1859 a abril de 1863 en una serie de sesiones con intervenciones de interés y de gran calidad técnica en las que no dejaron de aflorar tensiones doctrinales entre C. FRANQUET y el Ponente de la Comision RODRÍGUEZ DE CEPEDA, Decano del Colegio de Abogados de Valencia y Catedrático de Derecho Administrativo de dicha Universidad. CEPEDA fue, además de Ponente principal en el seno de la Comision, el autor como fino jurista de la excelente y luminosa Exposición de Motivos que acompañaría al Proyecto. El periodo de tramitación parlamentaria transcurrió de 1863 a 1866 hasta que finalmente seria aprobada por Ley 3 de agosto de 1866 con la introducción de

[20] El abastecimiento de aguas a Madrid y la constitución del Organismo del Canal de Isabel II a partir de 1850-1859 va ser la obra publica hidráulica más relevante y pionera de este periodo. Vid. MARTÍN BASSOLS COMA, "Abastecimiento de aguas y planeamiento metropolitano. El estatuto orgánico del Canal de Isabel II", *Revista de Administración Pública* nº 76 (enero-abril 1975), págs. 357-400.

[21] *Ley de aguas de 1866. Antecedentes y elaboración*, (Edición crítica y estudio preliminar a cargo de S. Martín Retortillo), Ediciones Centro de Estudios Hidrográficos, Madrid, 1963.

escasas novedades de fondo[22]. Tan dilatado periodo de elaboración de la Ley hizo necesario que por vía reglamentaria se dictaran disposiciones provisionales para atender lógicamente a necesidades sociales y económicas coyunturales.

La nueva Ley, además de regular en un mismo texto las aguas marítimas y terrestres, se pronuncia sobre el alcance de la demanialización de aguas publicas, y sobre el régimen jurídico de las limitaciones y servidumbre de las aguas privadas, pues la Comisión redactora exponía "que una ley que se limitase al mero aprovechamiento de las aguas publicas seria necesariamente incompleta y no satisfaría las mas urgentes necesidades del país en este ramo", añadiendo, a continuación, que el objetivo de la operación de deslinde propuesta obedecía a la consideración de que "no pueden darse reglas sobre el aprovechamiento de las aguas publicas sin resolver antes la cuestión cardinal de cuales sean éstas y tal cuestión no puede resolverse sin fijar reglas claras y precisas, hasta ahora no fijadas en nuestras leyes civiles o administrativas en virtud de las cuales queden perfectamente definidas y deslindadas las aguas pertenecientes al dominio público y al privado. Mas como entre estas reglas es indispensable que reine mutua conformidad y armonía, so pena de introducir en nuestra legislación una confusión mayor que la que se trata de evitar, preciso es reunir en una sola ley, cuanto se refiere al dominio, axial público como privado del agua". Al mismo tiempo, debe destacarse que la Ley estaba animada por un claro espíritu sistemático y codificador. En su Exposición de Motivos se subrayaba este carácter, y a modo de disculpa de sus posibles defectos o limitaciones, se sostenía "que es la primera de su género, en Europa, y si bien no original en gran parte de sus disposiciones, lo es ciertamente en su plan, estructura y método, que es quizás lo mas importante y difícil de esta clase de trabajo", puntualizando a continuación "la Comisión no tiene noticia de que en las demás naciones de Europa que caminan al frente de la moderna codificación se haya publicado Código o ley alguna general de aguas que pudiera servirle de guía". Será precisamente este espíritu metódico y estructurante de la arquitectura interna de la Ley la que le

[22] En la edición crítica a cargo de S. MARTIN-RETORTILLO sobre la LEY DE AGUAS DE 1866 se pueden consultar: a) El Proyecto de Código General de Aguas de C. FRANQUET, procedido de una Memoria sobre la necesidad de su formación y de los Principios en que se funda (pág. 13-153); 2 El Informe general del Ponente de la Comisión, D. ANTONIO RODRÍGUEZ CEPEDA (pág. 160 a 284); 3. El Proyecto de ley de Aguas elaborado por la Comisión (págs. 288-368), 4. Los interesantes extractos de los Informes de las Autoridades y Corporaciones Provinciales sobre el Proyecto FRANQUET (págs. 371-554); 5. Las Actas de las Sesiones de la Comisión redactora del Proyecto de Ley de Aguas (pag. 557-752) y 6 La Exposición de Motivos elevada por la Comisión al Ministerio de Fomento, cuyo autor fue RODRÍGUEZ DE CEPEDA en cuyo texto figuran las fuentes y referencias bibliográficas en notas a pie de pagina (758-822).

hará merecedora del respeto y consideración posterior. Estos meritos intrínsecos de la Ley serian los que asegurarían una dilatada longevidad a sus esquemas normativos, aceptados y reiterados prácticamente en su totalidad por la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879[23], salvo la exclusión de las aguas marítimas y la introducción de mínimas alteraciones (especialmente en materia de aguas subterráneas) e incluso respetados por el Código Civil de 1889 (art. 407 a 425 y régimen de servidumbres 552-563). Incluso, salvando las importantes modificaciones e innovaciones parciales a lo largo del siglo XX, puede afirmarse que sus principios se mantuvieron hasta la Ley de Aguas de 1985.

La Ley de Aguas de 1866 tenia plena conciencia que con su regulación estaba penetrando en cuestiones propias del Derecho Civil. La Comision redactora en su luminosa Exposición se adelantaba a posibles objeciones al destacar que "a su sistema podrá objetarse que todo lo relativo al dominio del agua, al de los cauces, y riberas y aun a las servidumbres, pertenece a la esfera del Derecho civil, en cuyo Código mas bien que en esta Ley debería tener su oportuno lugar". Ahora bien, entiende la Comisión que el agua es de índole tan singular y especial "y se diferencia de tal manera de las demás cosas sujetas al dominio del hombre, en el que no siempre es posible retenerla indefinidamente, que ha dado ocasión a empeñadas cuestiones sobre la naturaleza y limites de su dominio", discusiones o polémicas doctrinales que "no será dado evitar mientras no se establezcan reglas especiales, que aunque acomodadas en lo posible a las generales del Derecho civil y tomándolo por base lo modifiquen en aquello que la misma naturaleza del agua exija… Mas no por eso se crea que la Comisión ha invadido el terreno del Derecho civil mas allá de donde la índole de su objeto lo exigía". La especialidad de la Ley comportaba también la necesaria intervención de la Administración publica y, lógicamente, la articulación de abundantes preceptos de carácter administrativo, fundados como explícitamente se destacaba, en "Buenos principios de administración", y con el propósito de cerrar "la puerta a toda arbitrariedad". Se trataba, en definitiva, de una Ley en la que cohabitaban preceptos de Derecho civil y de Derecho Administrativo pero que serian deslindados escrupulosamente a efectos de la policía de las Aguas y de las competencias jurisdiccionales (arts. 295 a 297).

C) En la Exposición de Motivos se parte de una premisa básica: considerar "el agua y los alveos y riberas en sus diversas relaciones jurídicas; o sea como objeto de dominio, de servidumbre y aprovechamiento"; esta interconexión entre estas tres cuestiones constituye uno de los puntos clave de la arquitectura

[23] A. MENÉNDEZ REXACH "La Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 y la evolución posterior", en *El derecho de aguas en España,* op. cit., págs. 423-519.

de la Ley El tema crucial de la naturaleza jurídica de las aguas versaba fundamentalmente sobre el punto conflictivo de las aguas corrientes y la duda sobre la posibilidad de considerarlas como susceptibles de dominio privado por la dificultad de su apropiación y consumo. La Comision redactora salio al paso de criterios doctrinales y sentó un enfoque realista de la cuestión y de indudable interés jurídico del siguiente tenor "…mas de que las aguas corrientes sean por su propia naturaleza susceptibles de dominio privado, no se infiere que la Ley, apoyada en motivos de conveniencia publica, no pueda limitarlo sólo a algunas, reservando otras al dominio público de la Nación"[24]. Lo relevante y característico de esta operación de deslinde o de demanialización, basada en criterios de conveniencia publica, lo fundamenta la Exposición de Motivos —después de un recorrido histórico por diversos precedentes en los antiguos reinos— en "los buenos principios de administración"; en definitiva en principios de racionalidad. Los principios de racionalidad y buena administración "exigen estos la intervención del Poder público en el disfrute y aprovechamiento de aquellas cosas que, aun que son de uso comun, no bastan para el consumo de todos", precisando a continuación que "la sociedad no puede abandonarlas al interes o a la codicia individual sin ocasionar grandes perturbaciones en el orden público, y el fomento de la riqueza exige, por otra parte, que se de preferencia a aquellos aprovechamientos que mas pueden contribuir a ella, distribuyendo estos mismos bienes comunes con la misma economía y acierto con que un prudente padre de familia distribuye los suyos". De estas consideraciones de interés común o público y no de ningún criterio dogmático, deducía el Preámbulo que "con estas razones sostienen los escritores consagrados al estudio de este ramo especial de la Administración publica, la conveniencia de declarar de dominio público todas las corrientes de aguas como único medio de distribuirla con acierto y de conciliar las necesidades de la navegación, de la agricultura y de la industria". C. FRANQUET, sin embargo, no dejaría pasar la ocasión para esgrimir un argumento de relevancia político-constitucional "esta declaración del dominio público nacional de las aguas corrientes es, a nuestro juicio, la grande y beneficiosa conquista del derecho moderno que ha concluido para siempre con los abusos que introdujo el feudalismo y con las usurpaciones que cometieron los Monarcas absolutos. No obstante, la adopción de este principio, se respetan es este Proyecto los derechos adquiridos a la sombra de la legislación, declarándolos indemnizables, siempre que por causa de utilidad publica sea necesaria su expropiación"[25].

---

[24] Vid. texto Exposición de Motivos en "La Ley de Aguas de 1866", op. cit.

[25] Vid. en *La Ley de Aguas de 1866,* op. cit. las siguientes referencias y páginas. Para C. FRANQUET tenia un gran interés en la terminología a emplear por cuanto señalaba que los jurisconsultos utilizaban indistintamente las palabras "dominio y propiedad para significar en cada una

Esta función policial de naturaleza arbitral o conciliadora en la distribución y administración de los bienes comunes que llevaba a cabo la Administración —equivalente en el orden privado a un prudente padre de familia o gestor— sólo conocería de una excepción en relación a pequeños manantiales privados para riego de propiedades privadas ganadas por prescripción, por considerar que la Administración no debía descender allí donde el interés individual "no puede ocasionar perjuicios al público", pero significando y reafirmando a continuación "cuando esos riegos se hallan bajo la dependencia de la Administración que interviene en ellos, por medio de sus agentes o de sus reglamentos, no puede reconocerse verdadero dominio sobre tales aguas en quienes debe presumirse que sólo las aprovechan en virtud de una concesión hecha, vigilada y reglamentada por una Administración". En con-

---

de ellas el derecho a gozar y disponer libremente de nuestras cosas sin otras limitaciones que la establecidas por las leyes y reglamentos. así lo haremos también nosotros, valiéndonos con preferencia de la palabra dominio para significar los derechos jurídicos o sea morales de la libre disposición y de la palabra propiedad para los posesorios o sea materiales de libre aprovechamiento" (39-40).

En relación al dominio público destacaba FRANQUET "que ha reinado mucha confusión en el uso y aplicación de las palabras dominio público, dominio nacional o del Estado y esto nos obliga también a explicar la acepción que le damos en nuestro Código. Por dominio nacional o del Estado entendemos la pertenencia de aquellos objetos que siendo de la Nación, su uso no es común a todos los ciudadanos… Por la frase dominio público nacional o del Estado designamos aquellos bienes cuyo disfrute es común en parte o en su todo a los habitantes de la Nación y su enajenación puede hacerse solamente en virtud de las leyes hechas son el concurso de todos sus poderes constitucionales, de modo que el adjetivo público, unido al sustantivo Estado, Provincia o Municipio, indica que el uso de aquellos bienes pertenece a los habitantes de la Nación, Provincia o Municipio" (pág. 40). En el articulado de su proyecto se utilizaba siempre el termino "dominio público nacional o bien demonio público del Estado, de la Provincia o del Municipio. Ello determinaría una critica severa por parte de la Junta Consultiva de Caminos Canales y Puertos "no admite la segunda calificación de nacional que el Sr. FRANQUET adopta. Este dominio en el sentido que aquí tiene no puede recibir otro calificativo que la de público y no le conviene adjetivo adicional alguno que se desprende de división territorial. Si existiere el dominio público nacional, existiría también un dominio público provincial y municipal, lo cual no se concibe. Semejante nomenclatura contribuiría a oscurecer la idea de dominio público que no puede ni debe confundirse con la de propiedad que es la que admite en ciertos casos dichas calificaciones, según las entidades a que corresponde, por lo cual entonces en nada difiere de la que a cualquier individuo particular pertenece" (pág. 459). A esta objeciones replicaría C FRANQUET en los siguientes términos "en nuestro opúsculo manifestamos el por que adoptábamos la frase dominio público nacional, y dominio del Estado para designar con esto que los bienes a que se refiere no son de uso público sino de aprovechamiento especial para el Estado, y por la primera frase nos parece mejor designados y clasificados los que son de uso público de todos los ciudadanos, diferenciándolos así también de los que son sólo de uso público municipal como son los concejiles, distintos de los de Propios que son de dominio municipal, pero no de uso público municipal. No somos sin embargo, los primeros en esta calificación y recordamos haber visto censurado el Código de Napoleón en esta parte por haber usado sólo la palabra dominio nacional, o del Estado que no determinaba bien el carácter de uso público especial de dichos bienes" (pág. 492). En la Sesión del día 11 de febrero de 1863, la Comisión redactora (pág. 741) acordaría sustituir el termino dominio público del Estado por Dominio público de la Nación, nomenclatura que no obstante no siempre se mantendría uniforme en todo el articulado.

traste con este intervencionismo administrativo, "la calificación de aguas publicas da por si sola a entender que todo lo relativo al régimen de gobierno y policía de las mismas y de sus cauces debe de estar encomendado a la administración", el régimen en las aguas privadas la Administración no debía intervenir "sino en cuanto puedan afectar a la seguridad y salubridad publica" (de personas y bienes, según el art 275), si bien incorporaba una nueva garantía a la propiedad privada digna de subrayarse por establecer una excepción al principio de inadmisión de interdictos contra las actuaciones administrativas en el caso de una expropiación sin previa indemnización o ocupación indebida de una propiedad privada por cuanto "todavía con mayor motivo debe precaverse este abuso cuando como acontece en materia de aguas, puede cometerse a favor de intereses particulares, a los que sólo por causa de una utilidad publica directa se concede el beneficio de la expropiación forzosa".

D) El posicionamiento funcional de la Administración ante unos bienes comunes determinaría la clarificación de una de las aportaciones mas significativas de la Ley de Aguas para la evolución del Derecho Administrativo, cual es la distinción entre dominio y aprovechamiento de las aguas publicas, puesto que no se limitaba a describir los títulos administrativos de dicho aprovechamiento, sino regulando su contenido sustantivo o normativo. Se distinguía a este respecto entre aprovechamientos comunes (no consumibles y no impedir otros iguales; esto es de mero uso) y aprovechamientos especiales (exigen consumir gran cantidad o impiden otros aprovechamientos idénticos por lo que se exige concesión administrativa). Para contrastar ambos conceptos, se parte de la consideración que mientras el dominio es un derecho absoluto e ilimitado sobre la cosa —"el dueño de una cosa lo tiene no sólo para usar, sino para abusar de ella, sin que el Poder público pueda impedir este abuso, mientras con él no cause perjuicio a tercero"— el aprovechamiento, por el contrario "es un derecho limitado sujeto a las condiciones impuestas por quien lo concede y que no autoriza para abusar, sino sólo para usar en la forma y para el objeto concedido". La autentica dimensión de la idea de Aprovechamiento y la función que a la Administración le compete se plasmaba en esta significativa declaración: "el aprovechamiento es el uso a que por la misma naturaleza se hallan destinadas las cosas comunes, revestido de aquellas formas que el Poder público juzga indispensables para evitar conflictos y para que a todos alcance ese uso cuando es posible", pero también significativamente se destacaba que cuando este uso comun no era posible se atribuía o concedía, a fin de que no quedara estéril, "a aquellos que pueden obtener de él o proporcionar al público mayores ventajas". Como conclusión, la Exposición de Motivos proclamaba que la Comisión "no reputa jamás a los concesionarios de aguas publicas como verdaderos dueños de

éstas; ni aun después de separadas de sus cauces naturales, sino como meros usuarios, limitados al objeto para que se les concedieron y sujetos siempre a la vigilancia de la Administración, encargada de precaver todo abuso y desperdicio".

Con esta configuración del Aprovechamiento se daba carta de naturaleza a una nueva institución jurídica atípica de carácter patrimonial perteneciente al Derecho público y que la propia jurisprudencia llegaría en algún momento a calificarla como autentico derecho real (Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1883) "el caudal de aguas que discurre por cauce natural o preparado durante un periodo señalado, constituye con todo rigor jurídico, un derecho real cuya posesión y propiedad se reintegran o reivindican por las propias vías que las demás cosas sujetas al dominio privado"[26]. Al propio tiempo merece recordarse que la idea de Aprovechamiento será asumida posteriormente, por el Código Civil para referirse no sólo al régimen de las aguas publicas (art. 409-411), sino también y ello es muy significativo al aprovechamiento de a las aguas de dominio privadas (arts. 412 a 416).

Para referirse al titulo jurídico conforme se produce el aprovechamiento y su régimen jurídico se apela al termino concesión ya que no podía configurarse como "alineación" puesto que las aguas publicas eran inalienables. Sin embrago, el termino concesión no se utilizaba como equivalente a gracia o privilegio, sino en términos descritos por C. FRANQUET como un contrato de subrogación del concesionario en lugar del Estado para el aprovechamiento de una cosa publica por cierto o indeterminado tiempo, con obligación de construir determinadas obras y derechos a ciertas obvenciones, o darlas una especial aplicación, con reversión al Estado después del tiempo fijado o prescribible por cien años de pacifica posesión"[27]. Al mismo tiempo, a la largo de la Ley se diseñaba un régimen jurídico completo de las concesiones administrativas (temporales o perpetuas; otorgamiento sin perjuicio de tercero; gratuidad, caducidad, etc.).

D) En materia de Servidumbres relativas a las aguas, la Exposición de Motivos de la ley de Aguas de 1866 partía de la consideración que el Titulo II del Dominio de las aguas terrestres debía "terminar naturalmente con el Capitulo de las Servidumbres, pues significativamente destacaba "que no son

---

[26] *La Ley de Aguas de 186,* op. cit., pág. 45.

[27] Citada por R. GAY DE MONTELLA *Teoría y práctica de la Ley de Aguas,* E. Boach 1925, pág. 194.

Sobre la posible configuración de Derechos reales administrativos, M. HAURIOU, *Precis de droit aministratif,* op. cit. 652 y ss., L. RIGAUD, *El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional*, Ed. Reus, Madrid.

sino una modificación o limite de aquel". Se partía análogamente de la misma filosofía sistemática que respecto al dominio: "reunir en una sola ley cuanto se refiere al dominio, así público como privado", añadiendo "el mismo limite se ha trazado respecto a las servidumbres; nada se dispone acerca de las que legal o convencionalmente pueden establecerse con relación al agua como a todas las demás cosas, y sólo se dan reglas sobre las que naturalmente exigen la corriente de aquella y el declive de los terrenos y sobre las que el fomento de la riqueza publica reclama que se impongan forzosamente". Por lo tanto, el tratamiento normativo de las servidumbres excluye las legales o convencionales y se contrae a las que su titulo descansa en el fomento de la riqueza publica que serán las forzosas y las que exige la misma naturaleza, respecto a esta ultima afirmaba que nada ha tenido que innovar, pues están "perfectamente definidas por nuestras leyes que marcan los derechos y deberes que la respectiva situación de los predios confiere o impone a dominantes y sirvientes"; precisando únicamente que "ha creído, sin embargo, conveniente autorizarlos para ejecutar lo que mejore su situación sin agravar la del otro, con arreglo a aquella máxima de equidad natural proclamado por el Derecho Romano «prodesse sibi unisquisque dum alii non nocet, non prohibetur». Esta distinción entre servidumbres se proyectaba normativamente en el texto de la Ley de 1866 con la formación de un Titulo IV especifico (Capitulo XI) bajo una rubrica primera de Servidumbres naturales (arts. 111 a 116) y el resto de los arts. (117 a 165) dedicados respectivamente a cada una de las Servidumbre de imposición forzosa: de acueducto (art. 117 a 141); de estribo de presa y parado o partidor (arts. 142 a 146); de abrevadero y de saca de agua (arts. 147 a 141); de camino de sirga y demás inherentes a predios ribereños (arts. 152 a 165). El texto de estos artículos, salvo modificaciones de estilo pasa íntegramente al Titulo III (arts. 69 a 125) del texto legal de 1879, si bien manteniendo la rubrica de Servidumbres Naturales, pero agrupando todas las de constitución forzosa bajo la denominación ahora de Servidumbre Legales, expresión esta ultima que había rechazado inicialmente la Ley de 1866.

Particular interés por su relación con el tema de las servidumbres merece la discusión intensa a lo largo de la elaboración de la Ley que se suscito en relación a la propiedad de la ribera de los ríos (se admita el dominio público del rio y de sus alveos o cauces), pero no el de las riberas de los ríos. Frente a la tesis de la Administración que defendía el dominio público de las riberas. C. FRANQUET argumentaba que tal calificación no era necesaria para proteger las vías fluviales, apelando a un argumento de indudable interes a estos efectos consistente en afirmar que "introducidas en el derecho moderno las servidumbres sobre las zonas laterales a las vías publicas, por medio de cuya demarcación tiene el poder ejecutivo todos los medios de proteger los usos de

los ríos y evitar las intrusiones de los ribereños, no hallamos ni oportuna ni científica aquella declaración". El citado autor declaraba casi ridícula la tesis de la declaración de dominio público de las ribera de los ríos, y apelando a los ejemplos del derecho francés que las calificaba como servidumbres legales, insistía en la idea que el público —razón de ser, según su concepción del dominio público—, no tenia sobre las riberas otro derecho "que una modificación del libre disfrute de dicho dominio", pues las riberas no eran otra cosa "que zonas laterales paralelas a una vía publica para cuyos usos y conservación tiene que soportar sus propietarios colindantes varias servidumbres y sobre las cuales por esta causa ejerce su vigilancia la administración, axial como sobre las zonas laterales de las carreteras y vías férreas"[28]. Todo ello explica que el art. 73 de Ley de Aguas las declarara de dominio privado, si bien sujeta "a la servidumbre de tres metros de zona para uso público, en el interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento". Dado que sólo quedaba comprendido en el dominio público el terreno del alveo no quedaban afectados los terrenos adyacentes que constituyan las riberas, de tal suerte que incluso llegaría aprobarse por la Comision redactora un articulo que finamente no se incorporaría a la Ley del siguiente tenor: "el dominio particular de las riberas no es ilimitado sino sujeto a las servidumbres inherentes a los predios ribereños"[29] ello explica también que al regularse la servidumbre de camino Sirga y demás inherentes a los predios ribereños se exigiera la indemnización para los usos o limitaciones establecidas (arts. 152 a 165).

---

[28] *Ley de Aguas de 1866*, op. cit., pág. 38.

[29] Vid. en *Ley de Aguas de 1866*, op. cit., págs. 487 a 489 el capitulo relativo al Examen critico que formularia C. FRANQUET al Informe de la Consulta de Obras Publicas, fecha agosto 1859: "La declaración del dominio público sobre las riberas, nosotros la consideramos como un contraprincipio, como un alarde de poder invasor que no osaron cometer ni los Sres. feudales, ni los Monarcas absolutos en el sentido que "consideramos pues absurdo la declaración de pertenecer al dominio público las riberas de los ríos y como un ataque a la propiedad privada que en manera alguna se haya justificado, ni por los principios del derecho, ni por la conveniencia y utilidad publica. En hora buena que en la antigüedad, en que no regían los principios del derecho y economía publica modernos, no hallando otro medio para proteger las vías fluviales se hubiera recurrido a la declaración del dominio público de las riberas; pero introducidas en el derecho moderno las servidumbres sobre zonas laterales a las vías publicas, por medio de cuya demarcación tiene el poder ejecutivo todos los medios de proteger los usos de los ríos y evitar las intrusiones de los ribereños no hallamos ni oportuna ni científica aquella declaración". Apela también en su favor el antecedente del Proyecto de Código Civil de 1851 que en su art. 386.4 establecía que pertenecían al Estado las riberas de los ríos navegables en cuanto al uso que fuere necesario para la navegación "…no creemos que deba figurar en manera alguna este articulo o sea el dominio de las riberas entre las cosas del dominio público sino entre las servidumbres legales, considerando las zonas laterales de los ríos que comprenden sus orillas o riberas del dominio de los ribereños"; confirmando finalmente "consideramos pues como un absurdo la declaración de pertenecer al dominio público las riberas de los ríos y como un ataque a la propiedad privada que en manera alguna se haya justificado, ni por los principios del derecho ni por la conveniencia y utilidad publica" (pág. 489).

Finalmente, respecto a las servidumbres forzosas o legales, merece recordarse dos puntualizaciones en orden a sus instrumentos normativos de regulación. La primera de ellas relacionada con Servidumbre de Camino Sirga que la Exposición de Motivos de la Ley de 1866 expresamente señala los motivos que han determinado su establecimiento legal pues esta servidumbre estaba confiada antes a Ordenanzas y costumbres locales, pues "no tenemos ley alguna que consagre su existencia y establezca sus condiciones, pues aun interpretando en un sentido amplio la Ley Sexta, titulo XXVIII Partida 3ª que consagra el uso público de las riberas, se considerarse como inherente a este el camino de sirga no podría traspasar los limites de aquellas… Ha sido, pues, necesario consignar en esa servidumbre, conocida desde la mas remota antigüedad y establecer sus condiciones "la segunda hace referencia al reconocimiento de las realidades urbanas al tipificar unas modalidades de la Servidumbre de Acueducto; así el art 141 de la Ley atribuye a la Ordenanzas generales y locales de policía Urbana la regulación de las servidumbres de acueducto, canal, cloaca, sumidero y demás establecidas para el servicio público y probado de las poblaciones, edificios, jardines y fabricas". Por el contrario, se regirán por las leyes comunes "las procedentes de contratos privados que no afecten a las atribuciones de los cuerpos municipales" (redacción mantenida en el art. 101 de la Ley de Aguas de 1879).

En orden a la Servidumbre de Acueducto para conducción de aguas sobre predios ajenos se había planteado en el Proyecto de la Comision la posibilidad de obtener alternativamente el mismo objetivo que esta perseguía con la utilización de la expropiación forzosa absoluta del terreno que ha de atravesar. La distinción entre estas técnicas se perfilaba con caracteres nítidos: en el caso de la expropiación, el dueño quedaba privado perpetuamente de la propiedad, mientras que con la imposición forzosa de la servidumbre aquel no quedaba privado de la propiedad, sino "que recobrara su antigua libertad sin necesidad de restitución alguna por parte del dueño, cuando la servidumbre se extinga por cualquiera de los medios que establezca el derecho civil". La opción final de la Comision fue proponer exclusivamente la técnica de la servidumbre y ello explica el inciso del art. 117 de la Ley que para referirse a dicha servidumbre se proclamaba que "puede imponerse la servidumbre forzosa de acueducto para la conducción de aguas destinadas a algún servicio público que no exija la formal expropiación del terreno" (en el art. 75 de la Ley de Aguas de 1879 desapareció el termino de "formal expropiación"; así mismo en los arts. 557 a 563 no existe referencia a la institución expropiatoria). Esta servidumbre no sólo procedía para conducción de aguas a algún servicio público, sino que también para objetos o fines de "interés privado" (riego, baños y fabricas; desecación de lagunas y terrenos pantanosos y salidas de aguas de escorrentías y drenajes). Frente a la imposición forzosa de la

servidumbre los propietarios podían oponerse por no ser el solicitante dueño o concesionario de las aguas o del terreno en que intente utilizarla o bien poderse establecer sobre otos predios con iguales ventajas; la servidumbre podía se temporal por un plazo máximo de diez años o bien perpetua, si bien sometida a caducidad por no uso durante veinte años, bien por "imposibilidad o negligencia por parte del dueño de la servidumbre, ya por actos del sirviente contrarios a ella sin contradicción del dominante"; también se podía extinguir por expropiación forzosa. El titular de la servidumbre debía abonar una indemnización al propietario del predio sirviente por el valor del terreno ocupado temporal o perpetuamente y los daños y perjuicios que se causaren al resto de la finca.

E) Finalmente debe ponerse de manifiesto el importante cambio que se introdujo en el ultimo momento por la Comision redactora sobre el reparto jurisdiccional en materia de aguas. En el Proyecto a la jurisdicción contencioso-administrativa se le asignaban mínimas materias en función exclusiva de las disposiciones de la Administración que perjudicaban derechos adquiridos, correspondiendo al resto de las materias, incluidas las servidumbre, a los Tribunales ordinarios. A iniciativa de CEPEDA se produjo una ampliación de competencias a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, concretamente en materia de imposición de servidumbres, cuya motivación conviene reproducir por su interés "en efecto algunos casos en que a pesar de estar reconocido el derecho de propiedad la utilidad publica exigía que sufriese alguna limitación o gravamen también se hallase este previsto por ley como las servidumbres inherentes a los predios ribereños, bien se concediese a la Administración la facultad de imponerlo, como acontece en las servidumbres forzosas, temporales o perpetuas. En tales casos, el conocimiento de las cuestiones a que pudiera dar lugar la declaración o imposición de estos gravámenes y el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por ellos correspondía indudablemente en su concepto a los Tribunales Contencioso-administrativos. Puesto que tales gravámenes y limitaciones de la propiedad deben su origen a un interés público confiado a la vigilancia de la Administración". "De esta suerte, el art. 295.2 de la Ley atribuía al orden contencioso-administrativo "cuando se imponga a la propiedad particular una servidumbre forzosa o alguna otra limitación o gravamen en los casos previstos por esta ley", así como las cuestiones sobre resarcimiento de daños y perjuicios a consecuencia de las limitaciones y gravámenes de que habla el párrafo anterior". Por el contrario, las servidumbres de aguas fundadas en títulos de derecho civil correspondían a la jurisdicción civil (análoga distribución competencial mantuvo el art. 253 de la Ley de Aguas de 1878).

2) Régimen minero

La cuestión sobre la propiedad de las aguas subterráneas, en definitiva implicaba y presuponía una determinada posición sobre el régimen jurídico del subsuelo[30]. La Comisión que elaboraba la Ley de Aguas de 1866 no quiso entrar en la definición del subsuelo por considerar que era una materia propia de la legislación minera. Frente a la tesis defendida por C. FRANQUET de que las aguas subterráneas eran "res nullius" y que por lo tanto debía considerarse que de dominio público[31] (al punto que manifestara que

[30] Sobre el régimen de las Aguas Subterráneas vid. las siguientes referencias y paginas en *La Ley de Aguas de 1866*, op. cit., pág. 48. C. FRANQUET respecto de las aguas subterráneas reconocía la ausencia de legislación al respecto, rigiendo en algunas provincias el uso tradicional consuetudinario de origen árabe (pág. 48), añadiendo "los depósitos de aguas subterráneas no son del dueño de la superficie: el dominio de este sólo alcanza a la profundidad necesaria para el ejercicio de la industria que explota en el exterior y como pueden ser tan variadas las necesidades de las diferentes industrias y en especial las de la agrícola para la vegetación y secular desarrollo de las plantas, ninguna legislación ha osado marcar métricamente la profundidad a que alcanza. así, pues, todas las aguas subterráneas, que se hallan fuera del alcance de la explotación del dueño superficiario, se consideraran del dominio público para su concesión y vigilancia, pero al dueño de la superficie se concede el derecho de perforación en su busca, sujetándolo al mismo tiempo a llenar ciertas prescripciones sabiamente establecidas para evitar abusos y usurpaciones tanto mas fáciles de cometer cuanto mas difíciles de vigilar las aguas subterráneas, pues, como desconocidas, sin dueño ni usos que hayan creado intereses, las hace suyas, como no puede menos en sanos principios de justicia su inventor, su primer ocupante, como así se verifica también el descubrimiento de los minerales".

A continuación de forma muy plástica señalaba "a las entrañas de la tierra, sin embargo, no puede penetrarse sino por su superficie y por eso se establece la servidumbre de calicata y perforación sobre la propiedad superficial y a favor de aquellos que se lanzan a las entrañas de la tierra a través de grandes riesgos y sacrificios para arrojar los tesoros de su seno a la superficie, aumentando así los medios de satisfacer el hombre sus necesidades y extender la esfera de su poder, vivificando la agricultura y la industria". A los investigadores y exploradores se les exigía la correspondiente indemnización por daños y perjuicios a favor del propietario superficiario, pues "tan respetable debe ser ante la ley, la propiedad y riqueza superficiaria como la subterránea, ambas deben ser protegidas, ambas deben sufrir los gravámenes indispensables para su reciproco desarrollo, pero siempre en una y otra los daños y perjuicios deben ser garantizados e indemnizados" (pág. 48-49).

En el Informe del Ponente de la Comisión RODRÍGUEZ CEPEDA respecto a esta materia se introdujo la distinción entre las extraídas por medio de pozos ordinarios o norias (cuyo dominio se reserva exclusivamente al dueño de la superficie) de las extraídas por medio de pozos artesianos o galerías y minadas que se "aplican al descubridor, concediéndole facultad de buscarlas en terrenos ajenos, previa a correspondiente indemnización". Se justificaba esta distinción, a sugerencia del Instituto agrícola catalán de San Isidro de Barcelona y otras corporaciones de Cataluña (pág. 590, tomada en consideración por la Comisión), en que "debía prescindirse de la voluntad del dueño de la superficie, que ningún derecho tiene a unas aguas ignoradas y cuyo valor, si alguno pudiera tener en las profundidades de la tierra, no ha podido formar parte del de la superficie. Partiendo pues de esta base hemos adoptado respecto al alumbramiento de aguas subterráneas por medio de pozos artesianos y galerías un sistema análogo al de nuestra minería estableciendo pertenencias hidroescopias dentro de las cuales, sólo el que las haya obtenido y nadie mas ni aun el dueño del terreno, pueden ejecutar tales trabajos" (pág. 166).

[31] Vid las interesantes análisis de la legislación histórica sobre la materia en A. NIETO "Aguas subterráneas. subsuelo árido y subsuelo hídrico" en *Estudios de derecho administrativo especial*

"ninguna legislación ni nacional ni extranjera conocía que hubiese hecho una declaración especial del dominio del subsuelo o de las aguas subterráneas a favor del dueño superficiario y por lo tanto debía observarse el principio general que las aplica al Estado como administrador de las cosas "nullius" que pertenecen a la comunidad social para dispone el Gobierno lo mas conveniente acerca de su destino") triunfó finalmente la tesis en la Ley Aguas de 1866 de atribuir su propiedad al dueño del terreno que los obtuviere por medio de pozos ordinarios y al alumbrador a perpetuidad cuando las alumbrara por medio de pozos artesianos o por socavones o galerías (art. 45).

Lo relevante, sin embargo, sería el posicionamiento sobre el subsuelo que se traslucía al exigirse para abrir calicatas en propiedad ajena en busca de aguas subterráneas, un régimen mucho mas estricto que el que había establecido la propia ley de Minas de 1859, en la medida que se requería, en todo caso, de la autorización del propietario del terreno. Especialmente, C. FRANQUET advirtió de los perjuicios que pudiera ocasional a la agricultura y a la potencial utilización de caudales subterráneos la exigencia de dicha autorización previa, sin embargo triunfo la tesis contraria a la imposición de una servidumbre de libre acceso a los terrenos para hacer calicatas por considerar que ello entrañaba una vejación a la propiedad ("harto vejada ya"). El art. 51 de la Ley de Aguas finalmente exigió la licencia del propietario para hacer calicatas en terrenos de propiedad privada y ante la negativa del propietario en el caso que se "contrariase fundadas esperanzas de hallazgo de aguas, según criterio pericial" podría el Gobernador, también según criterio pericial, conceder el permiso, pero limitado a "tierras incultas y de secano"; sin embargo, en las de regadío, jardines y parajes cercados, procedía el otorgamiento de la licencia exclusivamente a los dueños de la concesión, sin posibilidad de recurso alguno contra su negativa. El art 417 del Código Civil mantendría la autorización exclusiva del propietario para investigar las aguas subterráneas.

La distinción entre el suelo o superficie y el subsuelo o masa subterránea va a ser una aportación capital del Decreto de 29 de diciembre de 1868, estableciendo Bases generales para la nueva legislación de Minas y una de las manifestaciones más significativas del sentido liberalizador del régimen instaurado por la Revolución de Octubre de 1868. Las leyes anteriores de Minas de 1849 y 1859 (precisamente reformada parcialmente esta ultima poco nantes del proceso revolucionario por la de 4 de marzo de 1868 y su Reglamento de 24 de junio de 1868) habían declarado ya —superando el llamado régimen regalista— que la propiedad de las substancias mineras pertenecían

---

canario (*Régimen de las Aguas*), Vol. II C. I., Tenerife, 1968, págs. 27- 121; posteriormente el mismo autor "Subsuelo árido y subsuelo hídrico" en *Revista de Administración Publica* nº 56.

al Estado, pero sin calificar al alcance de esta modalidad de propiedad. Para el Decreto de 29 de diciembre de 1868[32] las distintas sustancias minerales, en sus tres categorías, que se distinguían en función de su importancia mineralógica, siempre serian de dominio público, expresión esta última que utiliza explicita y profusamente en el Preámbulo, no axial tan categóricamente en el articulado. La distinción entre suelo y subsuelo era clave para asentar los principios informadores de liberalización, seguridad y armonización de intereses que postulaba la nueva normativa; "se distinguen terminantemente en todos los casos dos regiones: el suelo o superficie, y el subsuelo o masa subterránea. Hasta tal punto, que no habiendo diferencia mineralógica entre el suelo y el subsuelo exigen los sanos principios de derecho distinguirlos y separarlos por el pensamiento; porque si el suelo es de propiedad particular nunca podrá concederlo el Gobierno, ni arrancar a su dueño con motivo de mejor aprovechamiento lo que en buena Ley le pertenece; al paso que siempre el subsuelo estará bajo el dominio público y siempre "podrá el Estado cederlo para trabajos subterráneos que dejen intacta y libre la superficie". De esta suerte, el art. 5 consideraba que en todos los terrenos conteniendo sustancias minerales previstas en el Decreto, se distinguirían dos partes distintas: suelo (que comprende la superficie propiamente dicha, y además el espesor a que haya llegado el trabajo del propietario, ya sea por el cultivo, ya para solar y cimentación. Ya con otro objeto cualquiera distinto de la minería) y el subsuelo, que se extiende, indefinidamente, desde donde el suelo termina" y a tal efecto, "el subsuelo se halla originariamente bajo el dominio del Estado y este podrá según los casos y sin mas regla que la conveniencia, abandonarlo al aprovechamiento común, cederlo gratuitamente, al dueño del suelo o enajenarlo, mediante un canon a los particulares o asociaciones que lo soliciten".

En el caso de las sustancias mineras, sólo podían explotarse mediante concesión que otorgaba a perpetuidad el Gobierno, reputándose dicha concesión "una propiedad separada de la del suelo" (producto de un contrato solemne con el Estado que "cedió a titulo oneroso y a todo riesgo una parte de

[32] Este texto del Decreto de 1868 mereció una dura critica de ALONSO MARTÍNEZ en un estudio sobre el Derecho de propiedad diciendo "el ardor irreflexivo en el combate puede dar fácilmente la victoria al adversario. Los comunistas agradecerán sin duda al autor del Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1868 esa peligrosa confusión de los derechos del propietario del suelo con los concesionarios de una mina… ¿a que, pues, decir que al minero se le despoja de lo suyo cuando el Estado se limita meramente a declararas la caducidad de la concesión por no cumplir el concesionario una de las condiciones esenciales con que se le otorgo? No equiparemos, pues, el derecho a penetrar en el subsuelo para explotarle y explotar la mina, una vez hallada —derecho otorgado, condicionado, eventual y pasajero— con la propiedad territorial, que es un derecho propio, permanente e inviolable" pág. 1.023 en C. ROGEL y C, VATTIER, Manuel Alonso Martínez. Vida y obra, Tecnos, 1991.

su dominio) y cuando una de ambas "deba ser anulada y absorbida por otra, proceden la declaración de utilidad publica, la expropiación y la indemnización correspondiente". Conforme al criterio liberalizador y de flexibilización de criterios técnicos, la concesión se hacia al primer peticionario —que al obtener el permiso de explotación y pagar la cuota "toma moralmente posesión de la masa de terreno que intenta explotar, la envuelve por decirlo asi en su derecho, y la hace impenetrable a los embates de la codicia ajena"— sin contar "con el dueño de la superficie, porque salvas ciertas servidumbres reciprocas ambos derechos son compatibles". Como culminación de la concepción individualista de la propiedad y de los derechos de interes patrimonial, el Decreto 1868 argüía frente al infundado temor que una vez concedida la mina el duelo de la concesión la pudiera dejar inexplorada; "la cuota que anualmente paga es un estimulo al trabajo, estimulo aun mayor es su propio interés", añadiendo a continuación "y es sobre todo principio absurdo, antisocial y disolvente el de arrancar a un propietario lo suyo porque no lo explota, o porque lo explota mal, o porque la manera de explotarlo no satisface a la Administración; con estos principios y con la actual ley de Minas aplicada a las demás industrias, la propiedad desaparecerían bien pronto y España se trocaría en un inmenso taller nacional, o un inmenso caos comunista".

Entre servidumbres mineras se comprendía la del "paso desde el exterior al interior sea desde el suelo al subsuelo", regulándose esta cuestión por vía de convenio y en caso que no se alcanzara acuerdo se procedía a la expropiación forzosa conforme a su ley reguladora por el suelo ocupado. El Decreto de 1868 en su condición de mera norma de bases preveía una futura Ley reguladora de la Minería que desarrollase aquel texto. En octubre de 1869 se remitió al Congreso (DS Cortes Constituyentes Apéndice 4ª al nº 141) un Proyecto de Ley que no prosperaría y que aportaba mínimas novedades, a excepción de las Aguas subterráneas pues que mientras el Decreto de 1868 las reputaba como minas, el Proyecto de Ley las consideraba como incluidas de la segunda sección (en el caso que el dueño del suelo no las explotara por si, el Estado podía conceder su explotación); todo ello sin perjuicio de que el Decreto de 1868 había previsto que una Ley especial fijaría reglas sobre el aprovechamiento de las corrientes subterráneas y sobre los derechos de los particulares por cuyas pertenecías atraviesen. La eliminación de todas normas específicas de intervención administrativa en la explotación de las minas se intentaría compensar con el fortalecimiento de las competencias de los Ingenieros. Inspectores mediante la remisión a las Cortes en 1872 (Apéndice 10 al nº 33) de un Proyecto de Ley de Policía Minera que pese al interes del texto tampoco lograría su aprobación.

IV. VÍAS DE COMUNICACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DE LA PROPIEDAD COLINDANTE: CARRETERAS Y FERROCARRILES

Uno de los sectores en que la perdurabilidad y continuidad de las técnicas del Antiguo Régimen (planes y servidumbres de alineaciones) con posterioridad a la Revolución francesa van a ser mas patentes, sería el de las vías de comunicación. El modelo francés[33] va a convertirse en un arquetipo para la mayoría de los países en virtud de la centralización del sistema de las vías de comunicación y su articulación sobre el concepto de obras publicas y la expropiación, si bien limitando al máximo el régimen indemnizatorio de las limitaciones y servidumbres impuestas a las propiedades colindantes. Nuestro país va inspirarse en este modelo con unos planteamientos iniciales muy confusos pero que progresivamente, al amparo de la legislación de obras publicas, se irán articulando y racionalizando.

1) Carreteras

A pesar de que la Instrucción sobre Subdelegados de Fomento (Real Decreto de 30 de noviembre de 1833 destacaba que "los Caminos y Canales eran los mas importantes medios de fomento de la producción en todos los ramos", la red de carreteras presentaba un desarrollo mínimo hasta que, a partir de Instrucción para promover y ejecutar las Obras publicas de 10 de octubre de 1845 se empezaron a sistematizar las bases jurídicas y financieras para impulsar la construcción de camino, canales de navegación, de riego y de agua, puertos de mar, faros, desecamiento de lagunas, y terrenos pantanosos, etc. Al tiempo, en el mismo año se reorganizan los servicios y se creaba la Dirección General de Caminos Canales y Puertos que dos años después pasaría a denominarse Dirección General de Obras Publicas.

---

[33] Sobre la pervivencia de las antiguas disposiciones sobre la "voirie" y las servidumbres de alineaciones del Antiguo Régimen con posterioridad a la Revolución, debe recordarse que la Ley 19-22 de julio de 1791 en su art. 29 confirmó provisionalmente los Reglamentos que subsistían sobre la "voirie" y también los actualmente existentes en relación a la construcción de edificios y su seguridad, salvo en lo que se refiere a sus Tribunales especiales (la ley 28 de Pluvioso del año X atribuyó el conocimiento de las infracciones a los Consejos de Prefecturas y el art. 471 del Código Penal a los Tribunales las contravenciones al "voirie"), *vid* L. J. DFERAUD-GIRAU, *Servitudes des Voirie. Études sur la legislation et la jurisprudence concernant les charges etablies dans interest de Voirie,* Vol. I y II, Paris, A. Durand Libraire, 1855, págs. 8 y 9 del Vol. I. A pesar de las importantes reformas en el periodo napoleónico sobre esta materia, dichas disposiciones siguieron teniendo vigencia, *vid*. L. AUCOC, *Conference sur l'administration et le droit administratif*, Vol. III, Paris, 1882, págs 7-15.

Ante el mal estado de la conservación de las carreteras por efecto de la guerra carlista el 14 de septiembre de 1842 se dictaron unas nuevas Ordenanzas para la Conservación y la Policía de las Carreteras Generales por el Ministerio de la Gobernación que venían a sustituir a las antiguas, inaplicadas y superadas Ordenanzas de Caminos. Se aducía para esta nueva promulgación la necesidad de prevenir los efectos nocivos que los propios transeúntes ocasionan con su uso, pero fundamentalmente "por los propios colindantes, de ordinario mas solícitos en fomentar sus posesiones que en la conservación de los caminos". Esta normativa además de constituir una de las primeras disposiciones de policía de la circulación con su correspondiente aparato sancionador, contenía un Capitulo especifico dedicado a las "obras contiguas a la carretera" (arts. 30 a 39). Dos serian las principales previsiones que se adoptaron: a) las casas, contracciones, edificios públicos o privados, limítrofes con las carreteras que amenacen ruina (sea o no próxima), se pondrán en conocimiento del Alcalde por parte del Ingeniero a los efectos procedentes, advirtiendo al mismo tiempo que los edificios estarían "en virtud de alineación aprobada, sujetos a retirar su línea de fachada para dar mayor ensanche a la vía publica" y b) establecimiento de una distancia de 30 varas a ambos lados de la carretera en la que no se podrá construir o reedificar edificio alguno (posada, casa, corral de ganados etc., ni ejecutar alcantarillas, ramales, u otras obras, ni establecer presas o artefactos, ni cauces para la toma o conducción de aguas) sin la correspondiente licencia del alcalde, previo informe del Ingeniero de que no se cause daño a la carretera o camino, y, en especial, que se señalare la distancia y alineación a que deba sujetarse la obra proyectada. La realización de las obras sin licencia o apartarse de las alineaciones marcadas determinaría por parte del Alcalde la demolición de las obras y la imposición de las correspondientes sanciones. A este régimen inicial, se añadiría el previsto en la Ley de 11 de abril de 1849 sobre las travesías de las carreteras y la obligación que tenían los Ayuntamientos que costear su construcción y conservación, creando en su art. 2 una nueva modalidad de servidumbre denominada "servidumbre de travesía" a la que debían sujetarse las calles o arrabales en la anchura y longitud que se fijara y el régimen de alineaciones y pasantes a que en el futuro deberían sujetarse los edificios y cercados que se levanten de nuevo o se reconstruyan entres los limites de la respectiva travesías.

La importancia de esta disposición que, en el fondo, venía a introducir el régimen de alineaciones con sus efectos rectificatorios constitutivos sobre la propiedad colindante no paso desapercibido a un autor de la época tan relevante como POSADA HERRERA[34], al decir que la referida Ordenanza no era una exacta reproducción de disposiciones antiguas, si no que contenía innovacio-

[34] J. POSADA DE HERRERA, *Lecciones de administración*, Vol. III, INAP, 1978, págs. 113 y ss.

nes de mucha importancia, al punto que estas innovaciones "en mi concepto deberían hacerse por medio de una ley, si los tiempos fueran mas tranquilos y los cuerpos colegisladores estuviesen mas libres del sin numero de objetos que reclaman una legislación ilustrada y conforme a las instituciones que nos rigen y a la época que vivimos". Para el autor citado no cabía dudar que los efectos del sistema de alineaciones equivalían a una autentica expropiación material, por cuanto "la alineación suele llevar muchas veces envuelta la expropiación de una parte mayor o menor de terreno, y pudiera creerse que esta enajenación forzosa debía llevar los tramites que las leyes tienen señaladas para proceder a una expropiación por insignificante que sea". A continuación hacia una exposición de las disposiciones de la ley de expropiación forzosa de 1836 y si bien mantenía su criterio que se estaba en presencia de una autentica expropiación, se inclinaba por no aplicar a la misma los tramites de dicha Ley (es decir el procedimiento expropiatorio y por lo tanto el justiprecio), por cuanto al amparo del art. 11 de la misma Ley según hemos visto anteriormente, declaraba que "no se alteran por la presente ley las disposiciones vigentes sobre minas, tránsito y aprovechamiento de aguas u otras servidumbres rusticas y urbanas". Este razonamiento le permitía reconducir su argumentación en el siguiente sentido: "las servidumbres de cualquier clase que sean, importan una expropiación mayor o menor, y pueden también ser impuestas en virtud de una ley o a consecuencia de un Real Decreto", concluyendo que si estas servidumbres son impuestas o se imponen en virtud de una Ley no tienen aplicación los tramites de la ley de expropiación forzosa, pero si se imponen en virtud de un Real Decreto; "son absolutamente indispensables para que puedan tener efecto y cumplimiento, porque no conozco en el poder ejecutivo facultad alguna para imponer por sí solo gravámenes y cargas a la propiedad de las personas particulares". Con esta rotunda afirmación sobre exigencia de reserva de Ley para la imposición de las limitaciones y servidumbres que estas Ordenanzas contenían "se debe examinar si son conformes a las leyes establecidas y no pueden en otro caso tener cumplimiento sin que se verifiquen las condiciones de la ley del año 1836 tienen señaladas". Respecto a la indemnización, el mismo autor se cuestionaba si debía concederse por el valor de toda la superficie del terreno o sólo por el demérito que experimentaba el propietario por no poder dedicarlo el terreno a determinados usos o servicios; a su juicio sólo debía indemnizarse por el demérito o menor valor que afecta a la propiedad y no al valor del terreno, por cuanto consideraba absolutamente imposible desde el punto de vista financiero que "se obligase al Estado a indemnizar a los que estuvieren en las inmediaciones del camino por el importe del menor valor de su propiedad. Sino también del de todo el terreno".

El sistema de policía por arbitrado por las Ordenanzas de 1842 va permanecer prácticamente invariable durante todo el siglo a reserva de modifica-

ciones parciales (como una Real Orden de 27 de mayo de 1846 ordenaría el acotamiento y amojonamiento de las carreteras a efectos de impedir su usurpación, declarando al mismo tiempo que los caminos como "derechos del público" son imprescriptibles) hasta su sustitución por el Reglamento de 3 de diciembre de 1909 de Policía y Conservación de Carreteras (debe tenerse en cuenta que la primera ley general de Carreteras de 1877 sólo abordaba los aspectos administrativos y financieros de las carreteras como obras publicas). El nuevo Reglamento contenía, sin embargo, innovaciones relevantes sobre la policía de transito (en 1900 ya se había dictado un reglamento sobre el servicio de coches automóviles) pero en materia de Obras contiguas a las carreteras reproduce prácticamente los principios y los textos de la referida Ordenanza. Un nuevo Reglamento de Policía y Conservación de Carreteras se aprobaría por Decreto de 29 de ocurre de 1920 manteniendo las mismas características, pero con importantes novedades en materia de distancias y haciéndose eco de innovaciones en materia de nuevos usos y servicios de que eran susceptibles las carreteras mediante la previsión de la imposición de las llamadas servidumbres y canalizaciones sobre agua, gas y electricidad que deben ocupar la carretera y los cruces por cables aéreos, al tiempo que también se regulaba la colocación de anuncios y rótulos de publicidad.

Un cambio relevante en las relaciones de colindancia se produciría, a la vista de los incrementos de trafico automovilístico, con la Ley 7 de abril de 1952 sobre ordenación de las Edificaciones contiguas a las Carreteras, primera norma con rango de Ley que se ocupaba de esta importante cuestión, al tiempo que incrementaba de 25 a 50 metros la servidumbre en las zonas contiguas a toda clase de carreteras y se reforzaban las sanciones a imponer a los infractores con aplicación de medidas de ejecución sustitutoria para la restitución del terreno a su forma primitiva. La nueva normativa pretendía separar el trafico general del trafico local con la crecían de calzadas laterales, enlaces y zonas de influencia en los centros urbanos. Con ello se intentaría articular una nueva conexión entre urbanismo y vías de comunicación ya que se estimaba que debían adoptarse precauciones para "contener y ordenar el desarrollo de edificaciones, estimulado y atraído, no sólo por la importancia de las nuevas arterias de trafico, sino porque las mismas revalorizan los terrenos contiguos". Para evitar esta revalorización el art 14 legitimaba a los Ayuntamientos para expropiar todas las fincas, total o parcialmente, comprendidas en las zonas de 25 metros (poblaciones inferiores a 100.000 habitantes) y 50 metros en las restantes situadas a ambos lados de la carretera para ser ocupadas para la realización de las obra total proyectada, sin perjuicio, se añadía, que "el resto podrá ser objeto de parcelación para una ordenada y normal edificación". Esta medida antiespeculativa posiblemente ineficaz, desde el punto de vista de la política urbanística, por seguir revalorizándose los terrenos contiguos a partir de las nueva servi-

dumbres impuestas con el cambio de distancias venía, en el fondo, a reconocer que las limitaciones por razón de colindancia con las vías publicas debían ser objeto de algún tipo de indemnización, bien por vía expropiatoria, bien por la tortuosa y atípica vía urbanístico-patrimonial de permitir el retranqueo o concentración de aprovechamientos urbanísticos.

En línea con estos nuevos planteamientos se va a operar una transformación importante a nivel semántico y de contenido con la Ley de 10 de mayo de 1972 de Autopistas de Peaje, Construcción, Conservación y Explotación en régimen de Concesión que consagra un Capitulo V (arts. 16 a 20), bajo la expresiva rubrica, de "Expropiación Forzosa y Limitaciones de la propiedad Privada". Se hace recaer precisamente sobre el Concesionario el abono de las expropiaciones en general y las especificas de la llamada zona de dominio, las indemnizaciones por reposición de servicios y servidumbres existentes; la utilización de la zona de servidumbre; los perjuicios reales y cifrables que puedan producirse en la zona de servidumbre y afección. Así mismo, deberá indemnizarse la prohibición de construir, salvo cuando los propietarios afectados por la línea de edificación, pudieran concentrar en terrenos de su propiedad colindantes a uno y al otro lado de dicha línea (100 metros en ambas líneas) el volumen de edificación conforme a la normativa de la Ley del Suelo de 1956. Esta misma terminología se mantendrá en la Ley de Carreteras de 19 de diciembre de 1974 y su Reglamento aprobado por Real Decreto 1073/1977) que ya definitivamente en Titulo III (art. 32 a 40) mantiene la rubrica de Limitaciones de la propiedad, con la distinción de zonas de dominio, de servidumbre de afección y la línea de edificación. En la zona de servidumbre y en la línea de edificación podrá procederse a la expropiación, entendiéndose implícita la declaración de utilidad cúbica "cuando lo hiciere indispensable o conveniente" el proyecto de construcción, reparación, ampliación o conservación o bien para las titularidades existentes de la zona de dominio que lo requieran (Disposición Transitoria 2ª de la Ley). La posibilidad de la concentración del volumen de edificación fuera de la línea de edificación permitirá presumir que la carga que supone la servidumbre puede verse compensada patrimonialmente con la concentración de la edificabilidad y sólo, en caso que no fuera posible, surge el derecho de indemnización. Finalmente la Ley estatal de Carreteras (Ley 25/1988 de 29 de julio) reproduce el mismo esquema y análogamente la rúbrica de Limitaciones de la propiedad con la distinción de zonas de dominio público; de servidumbre y afección y la línea limite de edificación; modelo que prácticamente han adoptado las leyes de Carreteras de las correspondientes Comunidades Autónomas[35].

---

[35] Vid. C. MARTÍNEZ- CARRASCO PIGNATELLI, *Carreteras. Su régimen jurídico*, Montecorvo Madrid 1990 y Mª JOSÉ BOBES SÁNCHEZ, *La teoría del dominio público y el derecho de carreteras*, Iustel, 2007, págs. 159 a 347.

2) Ferrocarriles

En la primera etapa de difusión e implantación de la red de los ferrocarriles surgirían los primeros conflictos por la intercepción de las vías férreas con servidumbres preexistentes, carreteras y caminos vecinales, generándose una serie de reclamaciones tanto por parte de los pueblos como de los particulares. Un primer Real Decreto de 14 de junio de 1854 sobre expedientes de servidumbres adoptó las primeras medidas para solucionar estos conflictos que seria objeto de una posterior modificación por R.O. de 30 diciembre de 1867.

La norma básica en esta primera etapa fue la promulgación de la primera Ley de Policía de los Ferrocarriles de 14 de noviembre 1855 que en su primer articulo declaraba, precisamente, la aplicación a los ferrocarriles de las disposiciones de la Administración relativas a carreteras[36]. Con las adaptaciones precisas a este medio de comunicación, aplicaría el mismo sistema de servidumbres como zona de limitaciones a la propiedad y a la edificación, si bien cifrando la extensión de las mismas en 20 metros a cada lado de la vía. Como norma especifica se preveía que los caminos de hierro (art. 8) estarían cerrados en toda su extensión por ambos lados, previsión reiterada por normas posteriores, pero que nunca se llevaría completamente a cabo salvo en las inmediaciones de las estaciones y en lugares puntuales[37].

Durante el periodo 1868-1873 se dictarían una serie de disposiciones sobre restauración de servidumbres anteriores a la construcción de los ferrocarriles (Decreto-Sentencia de 25 de julio de 1868); ampliación de la libertad para la ejecución de las obras publicas (Decreto-Ley de 14 noviembre de 1868, interpretado por R.O. 23 de mayo de 1872 en relación al respeto de las servidumbre) y se vuelve a incidir sobre los expedientes de servidumbres, modificando las previsiones de la normativa de 1854 por un Real Decreto de 1872. Sin embargo, seria con la Ley de Policía de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877 y su Reglamento aprobado por Real Decreto de 24 de mayo de 1878 cuando se definiría un nuevo marco institucional cuyas líneas básicas han permanecido, salvo modificaciones parciales, hasta nuestros días. La Ley extendía las disposiciones aplicables a las carreteras adaptadas a las especificaciones propias de este medio de transporte y singularmente calificadas de Servidumbres para la conservación

---

[36] La traslación del régimen sistema de limitaciones y servidumbres de las carreteras a los ferrocarriles se produjo inicialmente en Francia de donde seguramente se seguiría el ejemplo. Sobre los motivos de dicha traslación en el Derecho francés, L. AUCOC, *Conferences sur l'administrations et le droit administratif*, vol. III, Dunond, 1882, págs. 801-812.

[37] J. BERMEJO VERA, *Régimen jurídico del ferrocarril en España* (1844-1974), Tecnos, Madrid, 1975, pág. 63, nota 85, donde se cita la curiosa interpretación jurisprudencial que sólo correspondía a la Administración el cierre por ambos lados de la vía.

de la vía impuesta a las heredades inmediatas (art. 1.2) y Servidumbres impuestas a estas mismas heredades con una extensión a 20 metros a cada lado del ferrocarril respecto a alineaciones, construcciones de todas clases, apertura de zanjas, libres curso de las aguas, plantaciones, poda de árboles, explotaciones de minas, de terrenos, escoriales, de canteras y de cualquier otra clase (art. 1.3). Merece destacarse que la terminología estricta de Servidumbre desaprecia en el texto del Reglamento, transformándose en una referencia a la Zona de servidumbre (art. 15) como indicativo de un espacio meramente acotado, zonal o territorial en función de las distintas distancias a las que se aplica una minuciosa concreción de los preceptos legales dando lugar propiamente a una zonificación en la que se aplican determinadas limitaciones a la propiedad enclavada; sometimiento especifico al control por parte de la Administración central y, en su caso, local de determinadas obras y actividades; y establecimiento de un sistema de protección sobre la base de un régimen sancionador administrativo y eventualmente penal. Dado que el régimen ferroviario en 1878 era concesional para los ferrocarriles de interés general no se preveía ningún tipo de indemnización, posiblemente como estimulo a la iniciativa privada, salvo para los derechos preexistentes anteriores al establecimiento del ferrocarril o a la publicación de la Ley que no pudieran reconocerse o fuera necesario suprimirlos por necesidad o utilidad de los ferrocarriles en cuyo caso se aplicaría la normativa de la expropiación forzosa (art. 11 de la Ley).

Rescatada la red ferroviaria, por Ley 24 de enero de 1941 y constituida la RENFE, primero como organismo público y posteriormente como entidad de Derecho público actuando en régimen de empresa mercantil (Decreto-Ley 19 de julio de 1962), se articularían nuevo sistema de regulación de Servidumbres y realización de obras a cargo de esta entidad que fue consolidado por la Ley 16/1977 de 30 de julio sobre Transportes terrestres. A raíz de las orientaciones de la Unión europea por Ley 39/2003 de 30 de diciembre se ha procedido a la separación de las actividades de administración de las infraestructuras (administrador de las infraestructuras en sustitución de RENFE) y explotación de los servicios a efectos de apertura del transporte ferroviario a la competencia. Con esta remodelación, además de la difusión del tren de alta velocidad, ha sido necesario dar nueva regulación a la propiedad colindante con las vías férreas, volviendo a su vez el Reglamento por Real Decreto de 2387/2004 de 30 de diciembre conexionar los mecanismos urbanísticos con el sistema de limitaciones. Sin hacer referencia a las servidumbres se señalan la zona de dominio público (terreno ocupados por las líneas ferroviarias y una franja de ocho metros a cada lado de la plataforma); zona de protección (por dos líneas paralelas de 60 metros en la que no podrán hacerse mas obras y usos que sean compatibles con la seguridad del trafico ferroviario, sin autorización del Administrador de infraestructuras), siendo indemnizables sólo la ocupación de la zona y los daños y

perjuicios que cuaje su utilización; sin perjuicio que se justifiquen en interés del servicio o seguridad puedan ser objeto de expropiación, pasando a la consideración de dominio público) y el línea de edificación (a 50 metros a ambos lados de las líneas ferroviarias, con posibilidad de distancias menores en zonas urbanas) quedando prohibida toda obra de construcción, reconstrucción o ampliación a excepción de las imprescindibles para conservación y mantenimiento de las existentes en el momento entrada en vigor de la Ley). Para los terrenos situados en la línea de edificación no se prevé indemnización alguna ni posibilidad de trasladar el volumen edificable por vía de reparcelación o agrupación como ocurre en las carreteras, si bien el art. 36. 2 del Reglamento permite, a modo de compensación por esta limitación singular no indemnizable, instalaciones fácilmente desmontables, aparcamientos de superficie, isletas o zonas ajardinadas anexas a edificaciones y equipamientos públicos.

El art. 39 del Reglamento vuelve a reiterar la vieja aspiración del cerramiento de las vías férreas que declara obligatorias para las líneas de alta velocidad; análogamente para convencionales con velocidad superior a 160 kilómetros en su recorrido por suelo urbano. Paradójicamente, el aparatado 3 del referido precepto reglamentario impone que cuando un suelo no urbanizable sea calificado como urbano o urbanizable su propietario deberá asumir la carga de instalar a su costa un cerramiento a lo largo de las vías ferroviarias que lo atuviesen cuando se realicen las actuaciones urbanísticas correspondientes a la nueva calificación e incluso por las especiales características de la línea ferroviaria podrá ordenarse por la Dirección General de Ferrocarriles la realización del citado cerramiento "antes que se inicie la actuación urbanística correspondiente". Obviamente, esta carga o prestación no prevista en norma con rango de ley, carece de cualquier justificación, al tiempo que supone una utilización "extra ordinem" del sistema urbanístico para pretender afectar unas presuntas plusvalías urbanísticas derivadas de una nueva calificación a actuaciones de responsabilidad exclusiva de la administración ferroviaria y que muy difícilmente podrían calificarse de sistema general.

V. APELACIÓN A LAS SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS ANTE LA APARICIÓN DE NUEVOS AVANCES TÉCNICOS: ELECTRICIDAD, TELEFONÍA Y TRANSPORTE POR CABLE

El art. 350 de nuestro Código Civil, a diferencia del Código francés y el italiano de 1856, no se pronuncia sobre el dominio en sentido vertical, vuelo o sobre el llamado espacio aéreo, al punto que como ya señaló JERÓNIMO GONZÁLEZ, "el derecho de propiedad sobre los predios presenta una densidad máxima en el plano horizontal, donde la facultad de excluir a terceras

personas y rechazar sus inmisiones se halla dotada de la máxima energía. Pero a medida que nos alejamos en línea vertical hacia arriba o hacia abajo, se debilita el poder de hecho del propietario y la reacción jurídica contra las perturbaciones de su derecho. Difícil es precisar matemáticamente el modulo de este decrecimiento"[38]. Esta ausencia de pronunciamiento por parte del Código Civil de 1889, en cierto sentido, sorprende por cuanto su promulgación coincide con la aparición de los avances técnicos a que hacemos referencia.

Efectivamente, mientras mediante las obras y plantaciones y en virtud del principio de la accesión, el propietario podía efectivamente apropiarse de los volumen de construcción, salvo las servidumbres y lo dispuesto en los Reglamentos de Policía y Ordenanzas Municipales, al tiempo que gozaba de la posibilidad de excluir a terceros de su propiedad, la aparición e implantación de los nuevos inventos técnicos (transporte de electricidad; redes y cables de telecomunicación) van a suscitar una nueva problemática en orden a las facultades del propietario para hacer frente a estas nuevas inmisiones derivadas de actividades gestionadas ordinariamente por empresas privadas al amparo de autorizaciones o concesiones administrativas. Para ello se recurrirá de nuevo a la vieja y polémica institución de las servidumbres administrativas que pasarán a desempeñar un nuevo protagonismo, con importantes modulaciones en su régimen jurídico-administrativo derivadas de los nuevos avances técnicos pero sobre todos de los intereses de los grupos gestores de estas nuevas instalaciones y sus tendidos que sirven de soporte a grandes empresas de interés público o servicio público e incluso en determinadas etapas gestionadas por el Estado. A continuación, queremos hacer referencia sumaria a los motivos y técnicas utilizadas, junto con alusiones a los conflictos de intereses, que configurara los rasgos iniciales de las regulaciones normativas que presidieron su génesis y que todavía permiten vislumbrar sus huellas en las normativas más recientes.

A) La implantación del régimen jurídico de la servidumbre forzosa de corriente de energía eléctrica tuvo un origen estrictamente parlamentario. El Senador ALBERTO BOSCH y FUSTEGERAS presentó ante el Senado (Apéndice al nº 55 del día 3 de noviembre de 1899 del Diario de las Sesiones de Cortes. Senado) una proposición de Ley con el objeto, de imponer, según su art. 1, "la servidumbre forzosa de corriente eléctrica continua, o polifásica, ya tenga por objeto la corriente, el alumbrado, ya la producción y traslación de la fuerza motriz". Después de aludir en la Exposición de Motivos a

[38] "Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical" en *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, 1925, Vol. 1 pág. 11 y ss.

las experiencias del Derecho comparado de la época y de ensalzar las ventajas para la economía y, en particular, para la industria que represaba la posibilidad de electrificación del país y "transformar la energía eléctrica en fuerte motriz y la fuerza motriz en energía eléctrica", se pasaba inmediatamente a encuadrar la nueva servidumbre en el grupo de servidumbre legales: "que se admite en derecho a diferencia de las que nacen de algún contrato y se llaman en nuestro Código civil voluntarias; pero su origen natural no puede ser más lógico e irrecusable, porque la servidumbre de corriente de energía eléctrica es de las servidumbres que el art. 639 del Código francés dice que provienen de la situación natural de los lugares". A pesar de invocar este antecedente se apuntaba que no era necesario remontarse al Código civil francés para justificar la legitimidad de dicha servidumbre, ya que nuestro Código civil en su art. 549 reconoce la especie de las servidumbre legales que tienen por objeto la utilidad publica y, en concreto, el art. 550 dispone que todo lo concerniente a las servidumbres establecidas para la utilidad publica o comunales se regirán por las leyes o reglamentos especiales que las determinen". Por todo ello concluye que debería "definir por una ley especial la servidumbre de corriente eléctrica".

El autor de la iniciativa legislativa no se contentaba con indicar la necesidad de una Ley especial, sino que puntualizaba que "el origen administrativo de la servidumbre de que se ocupa esta Proposición esta en la utilidad común que se manifiesta directamente, así en el aprovechamiento de los cauces públicos como en el desarrollo de la industria y, por lo tanto, de la riqueza e indirectamente en los beneficios que ha de reportar al Tesoro". Ahora bien, desde un primer momento se advertía que "no cabe la indemnización al constituir la servidumbre de corriente eléctrica, ni el resarcimiento de daños y perjuicios, porque esta servidumbre difiere de la servidumbre de acueducto con que pudiera a primera vista compararse, en que no insistiendo los hilos conductores sobre la tierra, y siendo pequeñísima e inapreciable la porción ocupada por los postes, las expropiaciones por esa ocupación estarían destituidas de fundamento". La no indemnización por la imposición de esta servidumbre la refuerza con el siguiente argumento que no puede pasar desapercibido por cuanto resume todo el posicionamiento legislativo y doctrinal hasta aquel momento en el campo del Derecho Administrativo: "sienta además, un precedente aplicable al caso nuestra legislación administrativa cuando declara que no ha lugar a indemnización al constituir servidumbres legales como la prohibición de edificar fuera de cierta línea en los pueblos o en las márgenes de los caminos, o las inmediaciones de los montes públicos o la de establecer ciertas fabricas y talleres dentro de un radio, limites que la ley señala a la propiedad y condiciones de su goce que el interés público impone al interés privado. No de otra manera proceden todos los gobiernos de todos los países al establecer sus líneas telegráficas".

La oportunidad de esta iniciativa parlamentaria fue reconocida por la Cámara desde un primer momento, si bien el Ministro de Fomento (Marqués de PIDAL) en el debate de totalidad, coincidiendo en el fondo con la iniciativa parlamentaria, advertía que "por rozarse con cosa tan delicada, como es el derecho de propiedad, exige mucha atención en su estudio para que se concilien todos los intereses. Por lo tanto, el Gobierno acepta la proposición en principio, pero hace todas sus reservas respecto de la redacción de ella" (DSC. Senado nº 66, pág. 1.191). El Dictamen de la Comisión encargada del estudio de la Proporción de Ley introdujo modificaciones sustanciales en su texto, invocando razones de experiencia, prevención de accidentes, modernidad de las aplicaciones de la electricidad, pero sustancialmente destacando que la misión de las leyes era armonizar la utilidad publica con los derechos respetables del dominio por lo que se consideraba necesario: "respetar el derecho de propiedad privada mediante las indemnizaciones previas por el gravamen impuesto". Para justificar esta indemnización el texto nuevamente redactado por la Comisión invirtió el sentido del fundamento y clasificación de la nueva servidumbre; pues mientras en la Proposición original se calificaba de servidumbre administrativa de utilidad publica, ahora pasaba a configurarse como una servidumbre legal, pero en interés de los particulares porque "sin negar que son muchas y muy variadas las aplicaciones de la electricidad, es evidente que el mayor numero de aplicaciones corresponde a la industria que explota este servicio". Específicamente se destacaba que "se diferencia ésta de las demás servidumbres en que se impone a favor de la industria; no existen aquí los predios dominantes y sirviente de la servidumbre predial o real", pero se enfatizaba que "sólo presenta analogías con la servidumbre forzosa de acueducto consignada en la vigente ley de aguas y en el Código Civil y con la llamada servidumbre forzosa de paso. En una y otra se establece la previa indemnización al dueño del predio sirviente". Para reforzar la procedencia de la indemnización se apelaba al art. 10 de la Constitución del Estado "(de 1876 sobre el régimen de la expropiación forzosa) así como al concepto y el régimen de la propiedad, definidos y desenvueltos en nuestras leyes civiles y administrativas".

El texto definitivo se aprobó en virtud de la Ley 23 de marzo de 1900, con algunas modificaciones de interés en favor de propiedad privada, después de su aprobación por el Pleno del Senado y del Congreso. El objeto de la Ley quedo finalmente acotado en los siguientes términos: la concesión de servidumbre forzosa de paso de corriente eléctrica como gravamen impuesto sobre inmueble ajeno para la instalación de líneas aéreas o subterráneas de conducción de energía eléctrica y para la conservación constante de las mismas, previa la correspondiente indemnización al dueño del predio, debía otorgarse por el Ministerio de Fomento o Gobernador de la Provincia, según

los casos, previa instrucción de expediente, si bien para poder solicitar la declaración de utilidad publica seria preciso "acreditar en el expediente el derecho a la fuerza de cuyo empleo o transmisión se trata", requisito este ultimo que lo aproximaba, contra el criterio inicial, a una servidumbre de utilidad pública o a una expropiación forzosa. La indemnización al duelo del predio sirviente debía reconocer el valor de la superficie del terreno ocupado por los postes o por la anchura de zanja y los daños y perjuicios de todo genero que se causen y del "valor en que se aprecie la servidumbre de paso para la custodia, conservación y reparación de la línea"; si bien con el limite que "en ningún caso podrá exceder el valor de ambas servidumbres reunidas del justiprecio que tenga una franja de terreno de dos metros de anchura". El reconocimiento de la servidumbre caducaba por uso de ella durante nueve años, contándoos desde el cobro de la indemnización. Se reconocía la responsabilidad por los daños de aprovechamiento de energía eléctrica en los predios sirvientes; se preveía análogamente la responsabilidad penal a "los que atacasen de cualquier manera o destruyese". Y se prohibía establecer la servidumbre sobre edificios y sobre patios, corrales, jardines, huertos cerrados y anejos a viviendas que existan al tiempo de declararse la servidumbre.

Uno de los preceptos que paradójicamente desapareció del texto de la Proposición del Senador BOSCH, en el transcurso del debate parlamentario, fue el relativo a la posibilidad de imponer la servidumbre forzosa de acueducto para el establecimiento de fábricas de energía eléctrica, servidumbre que se sometía a las prescripciones de la ley de Aguas de 1879. Por el contrario, se mantuvo un articulo (el número 12) que establecía que "la servidumbre forzosa de paso de energía eléctrica se regirá en el interior de las poblaciones por las Ordenanzas generales y locales de Policía urbana y lo que no este prevista en éstas, por los preceptos del Código civil". Esta importante remisión normativa a las Ordenanzas Municipales potenciaba extraordinariamente la competencia de los Municipios ante el fenómeno que empezaba a extenderse desde finales de siglo del alumbrado eléctrico e iluminación en las grandes poblaciones[39]. El interés y alcance de esta remisión se realzaba si se tiene en cuenta que el mismo Senador presento al año siguiente otra Proposición de ley "sobre reglas para los Ayuntamientos para el establecimiento de cables eléctricos con destino al alumbrado público" (DSCS apéndice 2 al nº 152. Del 18 de marzo de 1900). Pese al anunciado de la rubrica de la Proposición de Ley, ésta se extendía también a las líneas telegráficas y telefónicas de servicio público, con una previsión especifica de

[39] J. L. MEILÁN, *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Civitas, Madrid, 2006, págs. 82 y ss.

alto interés del siguiente tenor: "en las poblaciones en que exista red de galerías subterráneas de propiedad del Estado, la provincia o del Municipio, destinadas a la conducción de aguas limpias o potables, será obligatorio el pase de los cables telefónicos de servicio público por la red de galerías subterráneas. En las demás poblaciones podrán ser aéreos, tanto los cables como los hilos telefónicos". Esta Proposición de ley de racionalización de los servicios públicos que hubiese podido aportar importantes beneficios a la vista de la dispersión y caos que posteriormente generarían estas instalaciones en nuestras principales ciudades, no fue finalmente tomada en consideración por el Senado.

B) La era moderna de las Telecomunicaciones se inauguraría con la sustitución del Telégrafo óptico (instaurado en nuestro país en 1846) por el Telégrafo-eléctrico al punto que ha podido decirse que constituyo un instrumento capital para la llamada primera revolución industrial en analogía con lo que represento el teléfono para la llamada segunda revolución industrial a finales del siglo XIX. En efecto, por Ley de 22 de abril de 1855 se autorizó al Gobierno "para plantear un sistema completo de líneas electro-telegráficas que ponga en comunicación a la Corte con todas las capitales de provincia y departamentos marítimos y que lleguen a las fronteras de Francia y Portugal". El servicio se plantearía como un monopolio del Estado, salvo la facultad otorgada a las Compañías ferroviarias para en sus respectivas concesiones implantar las líneas telegráficas a lo largo de las vías férreas, si bien al exclusivo fin de transmitir despachos becarios para la seguridad y la conveniencia del servicio de transporte".

La aparición del teléfono y del tendido de sus líneas va a significar un nuevo protagonismo de las servidumbres administrativas. Según DE LA VALLINA VELARDE[40], las primeras líneas telefónicas se instalaron en Madrid y Barcelona en 1880 y la primera regulación general tuvo lugar por un Real Decreto de 16 de agosto de 1882 dictado por razones de urgencia —cuyo texto reproducía un Proyecto de Ley sobre esta materia que se estaba debatiendo en el Congreso de los Diputados (DSC Apéndice 8 del nº 15 Legislatura 1982-83 y Apéndice 2 al nº 15 legislatura de 1882-1883) y que ya había merecido la aprobación del Senado pero que finalmente no lograría aprobarse— instaurando inicialmente un sistema de base confesional de las redes de servicio público en el término municipal o a una agrupación de municipios sin exceder de una superficie de 10 kilómetros. A los concesionarios para el tendido de la red, se les exigía la necesidad de obtener "el previo e indispensable consenti-

[40] J. L. DE LA VALLINA VELARDE, *Régimen jurídico-administrativo del servicio público telefónico*, Madrid, 1971.

miento de los propietarios particulares o sus causahabientes para la colocación y conservación de los conductores de los hilos eléctricos encima o debajo de sus fincas". Cuando los terrenos pertenecieran al dominio público o fueran del Estado, Provincia o Municipio, requerirán el consentimiento o autorización de la correspondiente autoridad competente, debiendo "abonar los daños y desperfectos que la ejecución de las obras ocasione", requisito éste ultimo que no se mencionaba para los terrenos particulares, pero que sin duda les seria exigido al depender el tendido de la red de la autorización previa de los propietarios. El sistema de gestión inicial experimentaría un cambio radical prácticamente a los dos años de su experimentación a raíz del Real Decreto de 12 de agosto de 1884 en virtud del cual el Estado asume la gestión dicta del servicio a cargo de los funcionarios del Cuerpo de Correos y Telégrafos, a este cambio contribuyeron un Dictamen del Consejo de Estado de 16 de mayo de 1883 en el que se exponía, ante la analogía de este servicio con el telegráfico, que hubiese sido mas conveniente que el Estado hubiere asumido su gestión directa, al tiempo que se señalaba en el Preámbulo que "el comercio y el público claman por la intervención del Estado para que funcione con regularidad este servicio". Será precisamente con motivo de esta asimilación al telégrafo que en el art. 40 del referido Real Decreto se proclame por primera ves que "las redes telefónicas urbanas e interurbanas gozaran de los mismos derechos respecto de las servidumbres para colocación de apoyos de los conductores que las líneas telegráficas del Estado".

Ante la lentitud del desarrollo y la escasa implantación de la telefonía, el Gobierno de nuevo ensayó una modificación en la forma de gestionar el servicio, en virtud del Decreto de 13 de junio de 1886 en cuyo Preámbulo se explicitaba que la estatalización del servicio "se hallaba fundada en la creencia de que las comunicaciones telefónicas producirían grandes rendimientos para el Tesoro y un temor exagerado de los peligros que para el orden público pudiera ocasionar en un momento dado la entrega de este servicio a la industria privada. La experiencia ha demostrado ya la inexactitud los cálculos hechos respecto de los beneficios que el Estado había de reportarle la explotación". Por estas consideraciones, se volverá al fomento de la iniciativa privada, bajo la inspección de la Administración publica, en analogía con los países europeos que practican este sistema o como "en nuestra misma Isla de Cuba" en que las redes telefónicas están entregadas a la explotación de empresas particulares. Para fomentar esta participación privada el art. 4 ampliaba el privilegio de los concesionarios al establecer que "las redes telefónicas se consideraran de servicio público para todos los efectos de expropiación, servidumbres y relaciones con la propiedad particular, siendo de cuenta del concesionario el abono de las indemnizaciones que por este concepto le correspondan", especificándose posteriormente por el Reglamento

de 2 de enero de 1891 que serían de cuenta del concesionario los procedimientos que sean necesarios para hacer valer el derecho y el abono de las indemnizaciones que por estos conceptos correspondan. La aplicación de estas esquemáticas obligaciones de los concesionarios debió plantear tensiones con los propietarios por cuanto por R.O. de 6 de agosto de 1898, a instancia de una reclamación presentada por la Asociación de Propietarios de Madrid por los abusos cometidos por la Sociedad Central de Teléfonos se especificaba que, los concesionarios de líneas telefónicas para establecer sus apoyos o soportes de sus líneas sobre propiedad privada, debían antes obtener la competente autorización de los propietarios en las condiciones que de común acuerdo estipulen o bien "llenar los requisitos que determinen las Leyes para los casos de establecimiento de servicios públicos", siendo de su cuenta practicar todas las gestiones necesarias y el abono de las indemnizaciones que correspondan, pudiendo al propietario, en el caso de no cumplirse estos requisaos indispensables, recurrir contra "quien haya cometido el abuso". Precisamente para evitar este tipo de cuestiones, el Senador DARICA había propuesto que el Código Civil al tratar de las servidumbres reales se ocupara de una novedad que los progresos científicos habían traído: la telefonía (Vid. "EL CÓDIGO CIVIL. DEBATES PARLAMENTARIOS 1885-1889. Vol. II, Senado 1989, pág. 1556).

La propia jurisprudencia en sus primeros tiempos de aplicación de esta normativa tuvo una posición un tanto ambigua: así en vía civil la Sentencia de 1 de febrero de 1909 consideró que el paso de los hilos telefónicos sobre una casa particular a una altura que excede en mucho de las señaladas por las leyes y reglamentos y que no tocan la mencionada finca ni suponen ocupación material de la misma ni merman o limitan en lo mas mínimo los derechos de los propietarios para elevar la edificación no puede "afirmarse racionalmente que por cruzar el espacio los referidos hilos se constituya signo aparente del cual pueda derivarse, en ningún tiempo causa o motivo de servidumbre". Interesante también resultaría el Real Decreto de 19 de abril de 1905 por el que se resuelve a favor de la Administración un conflicto de competencias a raíz de un interdicto admitido contra un Concesionario por la instalación de unos alambres en la pared de una propiedad privada (un Convento de Religiosas) y unos cables telefónicos a cuatro metros sobre el tejado. Los motivos para decidir el conflicto en favor de la Administración se basaron en la aplicación analógica de la Ley 23 de marzo de 1900 sobre servidumbre forzosa de paso de corriente eléctrica; aunque la Resolución niega que en relación a los hilos telefónicos existiera una autentica servidumbre, pese a que el Juzgado civil declaró que la permanencia del cable implicaba la servidumbre "altius non tollendi", concluiría en aplicación analógica del art. 10 de la Ley citada que el propietario siempre puede exigir un cambio de trazado de la línea dentro de ciertos limites, correspondiendo, por lo tan-

to, a la Administración en función de la inspección que le corresponde sobre el servicio telefónico garantizar la seguridad publica y privada y, previa instrucción de expediente, obligar a la concesionaria a variar la colocación de los cables, adoptando las previsiones necesarias para que el servicio no quedara interrumpido.

En el periodo 1900 a 1924 el servicio telefónico experimentaría moderados avances en relación con el espectacular desarrollo en el resto de los países europeos, siendo el punto débil del sistema que estrangulaba su difusión la interrelación entre las redes urbanas e interurbanas. En 1917 se plantearía el rescate de las concesiones y la formación de una entidad única de gestión pública (Proyecto de Ley de Telefonía Nacional) que finalmente no preoperaría. El Estatuto Municipal, aprobado por Real Decreto de 8 de mayo de 1924 reconocería competencias a los Ayuntamientos para la gestión del servicio de teléfonos (art. 150) dentro de los limites del termino municipal, incluso con la posibilidad de su municipalización (art. 169). Sin embargo, por Real Decreto de 25 de agosto del mismo año se aprobaban las Bases del Contrato entre el Estado español y Compañía Telefónica Nacional de España a la que se habilitaba para establecer en régimen de monopolio "en toda la península un amplio y homogéneo sistema telefónico urbano e interurbano". Para instrumentar este servicio la Base sexta del Contrato se proclamaba que "el Estado, cuando y a medida que lo solicite la Compañía otorgara a esta todos los derechos y servidumbres que sean útiles para los fines que requiera la misma y que puede otorgarle el primero parea la instalación y conservación de postes, líneas, alambres, cables, apoyos, cañerías, conductos, edificios y otros medios y obras según lo exija el servicio de la compañía". Paralelamente, se reconocía el derecho de expropiación de terrenos y propiedades necesarios para los fines anteriormente mencionados y a tales efectos "se declaran de utilidad pública todas las obras y servicios mencionados en este contrato y necesario el paso por terrenos que deben cruzar o en que deben apoyarse las líneas de la Compañía".

La pervivencia de este sistema inicial del régimen de las instalaciones telefónicas se ha mantenido incluso, previas las adaptaciones necesarias, hasta el actual sistema de liberalización de las Telecomunicaciones: Ley 32/2003 de 3 de noviembre: Capítulo II (arts. 26-32), bajo la rubrica "Derechos de los operadores a la ocupación del dominio público, a ser beneficiarios en el procedimiento de expropiación forzosa y establecimiento a su favor de servidumbres y limitaciones a la propiedad".

C) Por último, conviene hacer referencia al régimen jurídico de los Teleféricos para comprobar una vez más el distinto tratamiento que la legislación otorga a los efectos de servidumbres a las instalaciones gestionadas por la iniciativa privada en régimen de concesión administraba en comparación con los

servicios públicos gestionados por las Administraciones públicas. En efecto, la ley de 29 de abril de 1964 reguló las Concesión de Teleféricos en atención al incremento que experimento este medio de transporte especialmente con fines del deporte de montaña (telecabinas; telesillas y telesquíes) que originariamente en reducidísimo número de instalaciones venia siendo sometido a la Ley de Ferrocarriles Secundarios y Estratégicos de 1912. El concepto de Teleférico comprende un medio de transporte que utiliza cables o cable tractor y portador y cuya característica principal es la de no utilizar "camino terrestre de rodadura". Aunque la Ley lo califica como un medio de transporte, susceptible de ser calificado como servicio público cuando se lleva a cabo por cuenta ajena o bien de servicio particular cuando se destina a uso exclusivamente privado, lo cierto es que en las modalidades de deporte de montaña afecta al vuelo o especio de las fincas, lo cual justifica que lo tratemos en este epígrafe.

El preámbulo de la Ley destacaba que su objetivo principal es la "expropiación forzosa y servidumbres en sus zonas de influencia, sin las que decae, hasta extinguirse, la razón de su explotación y a cuya conveniente previsión parece posible llegar con la amplia y moderna orientación de la vigente Ley de Expropiación Forzosa que permite imponerla por razón de interés social". Pues bien a los concesionarios se les otorga como beneficios por considerar que los teleféricos son de utilidad publica a efectos de expropiación forzosa, lo cual comporta su condición de beneficiarios de la expropiación forzosa: a) concesión de la ocupación de terrenos de dominio público necesarios para sus instalaciones y dependencias; b) para el trazado sobre los terrenos de propiedad privada, cuando no sea necesario la expropiación, se les aplicara la "servidumbre legal de instalación y conservación de teleféricos y de salvamento que será objeto de indemnizaciones. El Reglamento de la Ley (Decreto 29 de abril de 1964) concretaba la denominación de dicha servidumbre convirtiéndola en Servidumbre de paso de teleférico sobre terrenos privados y que s extiende a los trabajos de instalaciones, conservación, reparación y salvamento previa la indemnización al dueño del predio sirviente. Durante la instalación pondrán ocuparse temporalmente los terrenos necesarios mediante indemnización y una vez en funcionamiento la instalación la ocupación del terrenos ocupados por los apoyos de las líneas y el salvamento de viajeros y cuando la ocupación tenga carácter permanente se aplicara el art. 564 del Código civil, si bien la indemnización se regulará conforme a la ley de Expropiación forzosa; c) Determinación de una zona de influencia cuya extensión se determinara según características de la instalación: toda excavación o construcción en esta zona deberá ser autorizada administrativamente; posibilidad aplicarla expropiación forzosa para instalaciones y edificios que se solicite en la petición de concesión que tengan aplicación turística o deportiva; y como característica principal se podrá imponer la servidumbre legal de

paso, mediante indemnización, para las pistas de descenso deportivas, servidumbre que consistirá en la obligación del propietario de no poner obstáculos que impidan o dificulten la practica del esquí"; d) Al extinguirse la concesión por el cumplimiento del plazo y en consecuencia cesar la declaración de utilidad publica, el art. 8 del Reglamento dispone que la situación de las instalaciones y la de los terrenos afectados por la zona de influencia deberán regular su situación administrativa, regulación que supone que si no ha existido acuerdo entre el concesionario y los propietarios, se procederá sorprendentemente a "la declaración de utilidad publica o expropiación de dichas instalaciones"; e) finalmente a los teleféricos de servicio particular no se les aplica la declaración de utilidad publica a efectos de ocupar el dominio público o beneficiarse de la expropiación forzosa.

VI. RÉGIMEN DE LIMITACIONES A LA PROPIEDAD AGRARIA Y EL PLANTEAMIENTO DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

La evolución de la intervención administrativa en la propiedad agraria durante el siglo XIX y XX ilustra de forma manifiesta el surgimiento de limitaciones al derecho de propiedad que no deriva de hechos meramente externos, sino que van a incidir en el núcleo esencial de las facultades de libre goce y disposición de los bienes agrarios con la imposición de deberes, formas y dimensiones de las explotaciones, bajo la amenaza de la expropiación forzosa en caso de incumplimiento y ello en atención a razones preferentemente de índole social por lo que ha podido afirmarse que el Derecho agrario comporta en su seno una determinada función social, imbuida de planteamientos de "reforma social"[41]. Un sucinto panorama de esta evolución nos permitirá constatar esta manifestación.

Las medidas liberalizadoras (desvinculaciones y desamortización, libertad de cultivos y cerramiento de fincas etc.) en materia de agricultura durante la etapa doceañista y del trienio liberal no consiguieron los resultados esperados, entre otras causas, además de las estrictamente económico-sociales, por la restauración del régimen absolutista. Por ello conviene tomar como punto de referencia histórico el nuevo periodo de transición al régimen constitucional que se inauguraba y en el que tuvo, a efectos administrativos, un protagonismo relevante el Real Decreto de 30 de noviembre de 1833 por el que se aprueba la

[41] A. HERNÁNDEZ GIL, "El derecho agrario y su significación social", en *Obras Completas*, Vol. I. Espasa-Calpe, 1987, págs. 495-508.

famosa Instrucción a los Subdelegados de Fomento, suscrita por JAVIER DE BURGOS. En este texto legal se pretende esbozar un cierto programa de actuaciones administrativas, iniciándose como no podía ser menos en un país de estructura agraria con una referencia a la "agricultura y sus agregados" (expresión esta ultima que comprende los cultivos recomendados, el comercio de granos, la ganadería, el riego, cerramiento de heredades, redoblamiento forestal, etc.). La Instrucción parte de la consideración de que el estado de la agricultura es decididamente "deplorable" y para remediarlo se proponen una serie de medidas o directrices que en gran medidas son reiteración, aunque expuestas con menor énfasis y en un tono dulcificado, de las referidas medidas liberalizadoras. Sin embargo, conviene detenerse en dos consideraciones que si presentan a nuestros efectos interés; la primera de ellas era la de denunciar el incumplimiento del reparto para su aprovechamiento de tierras de baldíos o incultos y de realengo "a favor de beneméritos defensores de la patria y en socorro de los ciudadanos no propietarios" (Decreto de Cortes de 4 de enero de 1813), "pues hábitos dilatorios opusieron siempre trabas al logro de aquel útil propósito". El segundo aspecto era la llamada de atención sobre la problemática de los Despoblados y de fomentar una política de poblamiento, pues el proceso de despoblación en el mundo rural presentaba signos alarmantes para el progreso de la agricultura. Como remedios a esta situación se proponía: favorecer la enajenación de baldíos y realengos, abolición de todos los abusos locales fundados en tradiciones erróneas, propagación de la enseñanza y atención a la sanidad y salubridad y "la protección sostenida de todos los intereses que se agitan dentro de la Administración", al tiempo que como medio indirecto se hacia un llamamiento para que por vía de concesión, ya lucrativas ya honoríficas, se estimulara a "las empresas de descuaje de terrenos y otras que necesiten muchos brazos y que envuelvan por tanto la obligación o la necesidad de poblar".

El proceso de desamortización a partir de 1833 volvería a incurrir en las mismas desviaciones, frustrando las posibilidades de una reordenación en sentido social de la propiedad agraria y dando paso a una nueva estructura de la misma que sólo beneficiaria a la aristocracia y a la nueva burguesía, agravándose con ello la situación de la agricultura y generando lo que ha venido llamándose el problema social del campo que tantas repercusiones políticas y sociales tendría especialmente en el siglo XX. Los intereses de los nuevos propietarios y la vigencia de las ideas económicas liberalizadoras imponían un abstencionismo de la Administración decimonónica en materia agraria y el único resquicio por el cual esta pudo penetrar —inicialmente de forma muy débil— fue a través de la política de poblamiento rural, recuperando en cierto modo los planteamientos apuntados en la Instrucción a los Subdelegados de Fomento de 1833. Este resquicio, sin embargo, es importante destacarlo por cuanto va a ser, desde el punto de vista legislativo, la matriz de la

intervención administrativa y de sus distintas manifestaciones en la propiedad agraria, dando paso sucesivamente a las políticas de Colonización y de Reforma Agraria.

A mediados de la década de los años cuarenta se adoptaron las primeras medidas de fomento concediéndose exenciones hasta un 15% en la contribución territorial para actuaciones de nuevos de nuevos cultivos agrícolas (plantaciones de arbolado, olivos y viñas por espacio de quince o treinta años, según la Ley de Presupuestos de 1845). Así mismo para la construcción de canales, acequias, acueductos u obras de riego a los individuos o empresas que verificasen una colonización (Ley de 24 de enero de 1845 (exención por diez años de la contribución de los capitales empleados); paralelamente se reiteraba la enajenación de terrenos baldíos y de realengo para constituir suertes o lotes con destino a los labradores que asuman su cultivo por vía de concesión con acceso a la propiedad y en la clase de acotados para que sus dueños pudiesen cercarlos sin perjuicio de cañadas, travesías, abrevaderos y servidumbres. Estas medidas, sin embargo, alcanzaron escaso éxito por falta de iniciativas y por cuanto la mayoría de los terrenos de baldíos y realengos estaban afectos como hipoteca de pago de la deuda nacional.

Ante la gravedad de la crisis agraria y el despoblamiento de los campos, con un intento de atraer a cultivadores extranjeros —muchos de estos, especialmente alemanes, emigraban masivamente a los Estados Unidos— se promulgaba la ley de 21 de noviembre de 1855 de establecimiento de Colonias agrícolas o nuevas poblaciones para reducir a cultivo los terrenos baldíos y realengos del Estado, los de los particulares, (previo convenio entre los propietarios e interesados) o para introducir mejores sistemas en los ya cultivados. El sistema se, articulaba sobre la base de bonificaciones fiscales, complementados también con ayudas técnicas de especialistas agronómicos y con vistas a la atracción de extranjeros mediante apoyos a las instalaciones de los colonos y exenciones a efectos del servicio militar. La aplicación de dicha presento tales dificultades e inconvenientes burocráticos que en quince años la Administración no fue capaz de aprobar un solo expediente para la formación de colonias agrícolas[42].

La aparición de la obra de FERMÍN CABALLERO (*Fomento de la población rural*, presentada como Memoria en la Academia de Ciencias

[42] Declaración del Senador PASTOR en el Senado al discutirse la Ley de Colonias de 1866 (DSC Senado día 11 de junio de 1866, pág. 948). Sobre la intervención de dicho Senador, vid. Diario de Sesiones de las Cortes. Senado Legislatura de 1866, Diarios nº 75 a 81. El Voto particular del Senador PASTOR y su propuesta alternativa de Ley puede consultarse con su documentación complementaria en Apéndice 5ª del nº 76 de fecha 5 de junio de 1866.

Morales y políticas en 1862 y premiada por dicha institución[43] va a permitir un nuevo enfoque del problema de la población rural y de las cuestiones agrarias al ofrecer, por primera vez, una visión global a modo de un inventario general de los problemas del campo español, todo ello apoyado con abundantes referencias a las políticas agrarias que se practicaban en los distintos países europeos afectados por la crisis y la emigración de sus agricultores al nuevo mundo. Su propuesta básica era de abandonar la idea de la colonización interior —basada en la forma tradicional de asentar población en espacios yermos para su ulterior transformación— por la de arraigar a la población autóctona en el medio rural sobre la base de llevar a los campos la población que vive agrupada en pueblos, villas y ciudades a fin de que cada labrador tuviera una finca adecuada para que pueda residir en ella y utilizarla mejor, contribuyendo así a un incremento de la productividad agraria y a una mejor distribución de la población sobre la base de crear poblaciones nuevas. Para la formalización y racionalización de este nuevo sistema proponía un nuevo tipo de explotación: el "coto redondo", finca rural tipo "acasarada", cuya característica jurídica fundamental era la "indivisibilidad" perpetua, tanto por actos intervivos como mortis causa, a modo de lo que posteriormente se denominara el patrimonio familiar rural. F. CABALLERO defendía con gran apasionamiento esta idea ante las posibles objeciones que sus oponentes esgrimían al considerar que este prototipo de fincas podría representar un nuevo tipo de vinculación de la propiedad rustica. Junto a la defensa de este nuevo tipo de finca como prototipo y su posterior agrupación en poblados, recomendaba una serie de medias para la viabilidad de este poblamiento rural, equivalentes en terminología actual a un plan de desarrollo rural[43 Bis], en las que estaban previstas, entre otras muchas cuestiones que por razón de espacio no podemos abordar, la necesidad de promulgar un Código rural, objetivo que se había anunciado durante el trienio liberal pero

---

[43] Sobre el significado de la obra de CABALLERO, Vid. L. SANCHEZ AGESTA, "Caballero y la política agraria del siglo XIX", en *Boletín del Centro de Estudios Sociales*, año IV, nº 2, 1964 y F. J. MONCLUS y J. OYÓN, *Colonización agraria en España (1855-1973). Política y técnica de ordenación del espacio rural*, Ministerio de Agricultura, 1988.

[43 Bis] F. CABALLERO consideraba que "El Código Rural" es tan necesario como los demás cuerpos de derecho por lo que las materias que ahora constituyen causa bastante de doctrina: tierras, aprovechamientos, servidumbres públicas, particulares, caminos, aguas, canteras, etc. (op. cit., pág. 177).

El Diputado M. DANVILA y COLLADO presentó el 27 de abril de 1876 una proposición de Ley sobre CÓDIGO RURAL de 1241 artículos con una referencia previa a los antecedentes. Vid. Congreso de los Diputados. Apéndice 2 al nº 51. Legislatura 1876-1877. Esta iniciativa no prosperó.

Todavía por Real Orden de 12 de mayo de 1929 la dictadura de PRIMO DE RIVERA suscitó la idea de un Código Rural al nombrarse una comisión que revisase y recopilara "cuantas leyes, decretos, disposiciones vigentes y jurisprudencia para la redacción de un Código Rural".

que nunca pudo llevarse a cabo. Si bien la formación de estas fincas como prototipos de explotación pudiera parecer una mera solución de carácter técnico y no redistributivo, F. CABALLERO entre sus propuestas no descartaba la utilización de la expropiación forzosa de los terrenos, a fin de constituir una adecuada explotación, Esta prefiguración de una expropiación por incumplimiento de la adecuada función agraria, la apoyaba invocando las experiencias extranjeras (Austria, Bélgica y Alemania) que, a la sazón habían aprobado leyes que habilitaban a dicha expropiación, y, en particular acudía a la exposición del filosofo del Derecho E. AHRENS que en su Curso de Filosofía del Derecho de 1860 legitimada la expropiación forzosa contra los abusos en el ejercicio del derecho: "el Estado no sólo tiene derecho a exigir que las tierras susceptibles de cuidado sean explotadas, sino también a tomar todos la medidas de interés público que sean conformes a los principios de una buena explotación agrícola".

Los planteamientos de F. CABALLERO encontrarían cierto eco al punto que el 1866 se presentaría en el Congreso un Proyecto de Ley, bajo la rubrica, de Fomento de la Población Rural, que venia a remodelar y perfeccionar la normativa de colonias agrícolas. Durante su discusión en el Senado, las tesis de F. CABALLEO sobre el "coto redondo acasorado y su invisibilidad encontraría en el Senador PASTOR un ardiente defensor (DSC Senado nº 75 a 81) al tiempo que lograron la introducción del termino "Casería" como referencia al tipo de explotación compuesta del terreno y la habitación del dueño o cultivador cuya agrupación constituiría una colonia a la que la Ley ofrecía generosas exenciones fiscales y ayudas técnicas y sociales. Todos los esfuerzos de PASTOR, apoyados en documentos, estadísticas y estudios que reproduce el Diario de Sesiones del Senado, para defender la indivisibilidad de los terrenos adjudicados como clave de bóveda de una nueva política agraria resultaron vanos y rechazados en gran medida por considerar que representaban una nueva amortización y vinculación de la propiedad. El único fruto que obtuvo fue en la Ley finalmente aprobada de 11 de julio de 1866 era el reconocimiento de la invisibilidad de las tierras adjudicadas exclusivamente durante el periodo de disfrute de los beneficios tributarios concedidos (art. 2). Por lo que respeta a la cuestión de la posible utilización de la expropiación forzosa no fue ni siquiera planteado. La nueva Ley, titulada de Fomento de la Población Rural, permitía acogerse a los benéficos a terrenos de los particulares y no exclusivamente a los terrenos baldíos del Estado o de las Corporaciones locales; ello explica que posteriormente por Ley de 3 de junio de 1868 se dictara un texto refundido de aquella con todas las normas precedentes y la posibilidad de aplicar a todos ellos el sistema de beneficios fiscales. El éxito de esta legislación fue muy escaso, si bien al amparo de los beneficios fiscales concedidos se acogieron a la misma muchos pro-

pietarios que hicieron un uso abusivo o fraudulento de los mismos. Merece destacarse, sin embargo, que en Cataluña, en el último tercio del siglo XIX, ante el avance del proceso de industrialización surgen Colonias Industriales, especialmente de tipo textil aprovechando los saltos de agua, las presas de los ríos y las concesiones hidráulicas, dando lugar a un nuevo tipo de pequeños complejos industriales en suelos agrícolas. Los promotores de esta modalidad industrial de colonias se acogieron a los beneficios de la Ley de 1868 dando lugar a abundantes conflictos interpretativos entre la Hacienda estatal y la de las Municipios donde se implantaban por cuanto la finalidad de las ayudas y sobre todo exenciones municipales eran de tipo agrícola y no industrial, originándose frecuentes protestas de los Ayuntamientos que veían disminuida su recaudación[44].

A pesar de la propuesta que en su día hiciera F. CABALLERO de abandonar la idea de la colonización interior (entendida como mera población de tierras sin cultivo) por la de poblamiento rural, cuarenta años después ante la grave crisis social y agraria se aprobaría la primera Ley de Colonización y Repoblación Interior (Ley 30 de agosto de 1907) en la que son perceptibles ciertos ecos del ideario de aquel autor. La Ley, configurada meramente "con el carácter de ensayo", fue relativamente importante, a pesar de las extremadas cautelas que contenía, por cuanto inauguraba una nueva política de intervención del Estado en la agricultura como respuesta tímida a la llamada cuestión social agraria en pleno proceso de eclosión y como punto de arranque de los sucesivos planteamientos de una reforma agraria.

Los objetivos de la Ley eran arraigar a las familias desprovistas de medios de trabajo o de capital para atender a sus necesidades vitales, disminuir la emigración, poblar el campo y cultivar las tierras incultas o deficientemente explotadas. La base de la adjudicación de las tierras a los labradores y colonos seguía apoyándose exclusivamente en los terrenos o montes del Estado declarados enajenables o incluso declarados de utilidad publica cuando concurrieran circunstancias especiales, los bienes abandonados, baldíos o incultos de dominio público, así como los bienes patrimoniales y de propios no catalogados, y comunales cuya colonización fuera solicitada por las tres cuartas partes del numero de vecinos del pueblo propietario. Con carácter voluntario, podían extenderse los beneficios a los bienes de propiedad privada que sus propietarios los destinen a la formación de colonias agrícolas (sólo se permitía excepcionalmente alguna industria agrícola y forestal) para el

[44] Para un interesante estudio de esta cuestión, vid. J. CLUA i MARCADAL, *Les colonies industrials*, Barcelona, 2001 y R. SERRA i ROTES, "Un procés d'urbanització singular: les colònies agrícoles i industrials al Berguedà (1870-1920)", in *Congrés Internacional d'Història de Catalunya i la Restauració. Actes*, Manresa, 1992, págs. 225-232.

sostenimiento de veinte familias. Además de los beneficios e incentivos fiscales que al efecto se concedía, la primera Ley de Colonización fue en cierto modo relevante en cuanto aportaría: a) la creación de un organismo estatal especializado —la Junta Central de Colonización y Repoblación Interior— para la gestión y orientación de la colonización e incluso la de "proponer los medios de llevar a cabo la subdivisión de la propiedad privada en aquellas regiones en que su excesiva acumulación lo aconseje en beneficio del progreso agrícola y de las clases rurales (art. 6.2), con lo cual se perfilaban de forma incipiente las base de un derecho público agrario; b) la configuración de los lotes adjudicados a los labradores como una propiedad singular nuevo tipo de explotación), inicialmente como meros poseedores en los primeros cinco años y, posteriormente, a titulo de propiedad (salvo en los bienes comunales que lo eran a titulo de censo reservativo), la cual quedaba configurada como inalienable e indivisible, tanto por actos intervivos como mortis causa, pasando así a constituir la primera formalización del patrimonio familiar agrario; y c) incipiente, estructuración de un régimen cooperativo (Asociación cooperativa) para los nuevos asentamientos que además de atender a las necesidades mutuas de los agricultores se facultaba, en los casos de colonias constituidas sobre propiedad privada, a celebrar un contrato de arrendamiento colectivo con el propietario de los terrenos. Esta política de Colonización se vería, progresivamente, complementada en conexión con la nueva política hidráulica que inauguraría la ley 7 de julio de 1911 sobre Construcción de Obras hidráulicas con destino a Riego y Obras de defensa y encauzamiento de las corrientes que respondía a las ideas esbozadas por JOQUÍN COSTA[45] con lo que también se inauguraba un nuevo modelo de desarrollo de la intervención administrativa en el ámbito de las Aguas que en esta primera fase, culminaría con creación de las Confederaciones Hidrográficas en 1926 por Decreto-Ley de 28 de mayo que introduciría el concepto de Cuenca Hidrográfica como área integral de planificación territorial y del riego.

Obviamente, la acción colonizadora de la primitiva Ley de 1907 —aunque expresamente se calificaba de ensayo— era manifiestamente tímida e insuficiente por lo que en 1911 (Proyecto CANALEJAS) y en 1914 (Proyecto DATO) se habían presentado iniciativas legislativas para su actualización

[45] Sobre el tema, A. ORTÍ, "La política hidráulica y cuestión social. Orígenes, etapas y significado del regeneracionismo hidráulico de Joaquín Costa", en *Agricultura y Sociedad*, 1976 nº 32, págs. 11 y ss. Desde el punto de vista jurídico-administrativo, S. MARTÍN RETORTILLO BAQUER *Aguas públicas y obras hidráulicas. Estudios jurídico-administrativos,* Madrid, 1965 y del mismo autor "Dos antecedentes aragoneses de las confederaciones hidrográficas. El plan de riegos del Alto Aragón y el congreso nacional de riegos de 1913", *Revista Aragonesa de Administración Publica*, nº 8, 1996, págs. 11 y ss., A FANLO LORAS *Las confederaciones hidrográficas y otras administraciones hidráulicas,* Madrid, 1996.

y perfeccionamiento. En 1921 el Ministro de Trabajo presentó uno de los Proyectos más ambiciosos en materia de Colonización (DSC. Congreso Diputados, Apéndice 1 al nº 59 de 31 de mayo de 1921) que demuestran la intensidad y conciencia social sobre el problema con que se enfocaba aquella etapa a la vista del texto de su Exposición de Motivos: "ante el clamor creciente y justificado de importantes elementos sociales que consideran como obra reguladora de justicia y paz social que los problemas del campo y las necesidades del proletariado agrícola se encaucen mediante nuevos preceptos que faciliten los beneficios de la tierra y el acceso a la propiedad y consoliden normas consuetudinarias de derecho espontáneamente surgidas en el seno de la vida jurídico social". Este Proyecto de Ley que llego a ser dictaminado por una Comisión Parlamentaria (DSC. Congreso Apéndice 2 al nº 166) en la que se introdujeron importantes innovaciones y reforzamientos en materia de expropiación forzosa, finalmente no se convertiría en Ley, pero merece ser recordado en la medida que explica y anticipa algunas claves para interpretar el proceso posterior que diez años después se generaría con la legislación de Reforma Agraria de la II Republica.

En efecto, con independencia de las mejoras introducidas en la estructura institucional de la Colonización (pública o privada) respecto a la Ley de 1907 y de las influencias que el Preámbulo confesaba sobre las reformas que se estaban desarrollando en aquella etapa en el Derecho comparado y singularmente, reconociendo la influencia del Derecho italiano de la época, lo decisivo de dicho Proyecto fue reconocer como primer y cardinal objetivo de la Ley "regular en su aspecto jurídico social la propiedad del suelo" (art. 1); declaración equivalente o que preludiaba la recepción normativa posterior de la función social de la propiedad del suelo. En atención a este importante reconocimiento, el Proyecto pretendía enfrentarse nada menos que con el magno problema de la situación económico-social heredada de nuestra agricultura: "establecimiento de una legalidad que afronte el magno problema de la propiedad acumulada, el fundamental problema de los latifundios", al considerar significativamente que "la acumulación excesiva es una de las manifestaciones de la deficiencia de los cultivos". De estos principios informadores se derivaba la posibilidad de la declaración de "colonización forzosa" a aquellas "fincas de propiedad particular, abandonadas, incultas o deficientemente explotadas", presumiéndose que esta deficiencia concurría en fincas dedicadas únicamente a cotos de caza o cría de ganado de lidia; las destinadas exclusivamente a recreo cuando su superficie exceda de 75 hectáreas; fincas superiores a 500 hectáreas acumuladas por un mismo dueño dentro de un mismo termino municipal que puedan cultivarse con mayor beneficio "para las clases proletarias mediante sistemas de colonización"; y finalmente, terrenos comprendidos en zonas regables no explotadas como

tales o bien en las que propietarios no se adhieran al Sindicato de Riegos o no paguen sus cuotas etc. La declaración de colonización obligatoria, tras la formación del correspondiente expediente, comportaría la expropiación forzosa por causa de interés social con la particularidad además que el justiprecio de las fincas debía abonarse sólo en valores públicos. Verificada la expropiación a los colonos o a sus cooperativas se les adjudicarían los lotes correspondientes, lotes que pasaban expresamente a configurarse como "patrimonios familiar", sometidos a indivisibilidad a perpetuidad, al tiempo que se les otorgaban otros beneficios en el proceso de acceso a la propiedad. Análogamente se institucionalizaba como novedad significativa la posibilidad de los Arrendamientos colectivos en las zonas de colonización, a través de Cooperativas o Asociaciones voluntarias. Finalmente, la Junta de Colonización se transformaba en una entidad autónoma especializada denominada Instituto de Colonización Interior. La iniciativa legislativa no prosperaría, seguramente debido a la inestabilidad política[46] y a la resistencia de determinadas fuerzas políticas a este tipo de reformas estas reformas.

Con el advenimiento de la Segunda Republica el Derecho público agrario adquiere ya plena carta de naturaleza por cuanto desde un primer momento el Gobierno provisional declararía en su mensaje a la Nación el día 16 de abril de 1931, después de afirmar que la propiedad privada quedaba garantizada por ley y sólo podrá ser expropiada por causa de utilidad publica y previa indemnización. Al tiempo que denunciaba el abandono en que había vivido la inmensa masa campesina así como el destinteres que había sido objeto la economía agraria del país y "la incongruencia del derecho que la ordena con los principios que inspiran y deben inspirar las legislaciones actuales", declaraba que adoptaba como "norma de actuación el reconocimiento de que el derecho agrario debe responder a la función social de la tierra". El texto de la Constitución de 1931 no consignaría textualmente este concepto de la función social de la propiedad, pero en su art. 44 subordinaba la riqueza del país a los intereses de la economía nacional y reconocía que la propiedad privada de toda clase de bienes podría ser expropiada por causa de "utilidad social"

[46] Según J. VICENS VIVES, *Historia social y económica de España y América*, tomo IV 1959, pág. 412: "de 1917 a 1923 en un periodo de siete años hubo en España trece crisis totales y treinta parciales. Es un dato conocido que revela la descomposición del régimen de la Restauración y el confusionismo político imperante entre la minoría dirigente desde el Monarca a los últimos diputados de los partidos fieles a la Corona. Habiéndose frustrado la fórmula renovadora, preconizada en 1917 (Cortes Constituyentes) los problemas españoles adquirieron violencia inusitada, Se asistía a una verdadera batalla de ideas y de hombres a la que no fue ajen desde luego, el final de la guerra europea y el soplo de liberalismo y nacionalismo que el triunfo de los aliados hizo cruzar sobre el país". Sobre este periodo Vid.: E. MALEFAKIS, "Reforma Agraria y revolución campesina en la España del siglo XX". Barcelona, 1970.

(mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes) y con los mimos requisitos podría ser socializada. Como declaración de principios el art. 47 proclamaba la protección al campesinado y a este fin la Republica debería legislar sobre patrimonio familiar inembargable y exento de toda clase de impuestos, crédito agrícola, indemnización por pérdida de cosechas, obras para riego y vías de comunicación.

La plasmación de todos estos principios tendría su aplicación principalmente —sin perjuicio de recordar como anticipación la Ley de 23 de septiembre de 1931 de laboreo forzoso de fincas— en la famosa Ley de Bases de Reforma Agraria de 15 de septiembre de 1932 (modificada y rectificada posteriormente por la llamada Ley de Reforma de la Reforma Agraria de 1 de agosto de 1935) que, al propio tiempo, creó el Instituto de Reforma Agraria y dependientes del mismo las Juntas Provinciales Agrarias. El régimen de limitaciones a la propiedad que se derivaban de este nuevo Ordenamiento agrario pueden esquematizarse del siguiente modo: abolición sin derecho a indemnización de las prestaciones en metálico o en especie de los derechos señoriales aunque estuvieran ratificados por concordia, laudo o sentencia; distinción entre fincas sometidas o no a expropiación sobre la base de formación de un Inventario (entre estas ultimas sólo se incluían además de los bienes comunales, terrenos dedicados a explotaciones forestales, dehesas de pastos y baldíos y "fincas que por su ejemplar explotación o transformación puedan ser considerados como tipo de buen cultivo técnico o económico); el resto de fincas quedaban sometidas a expropiación y en la Base 5ª se hacia una larga enumeración en función de criterios varios unos de tipo singularizado y otros mas objetivos como los fincas incultas o manifiestamente mal cultivadas, o que debían haber sido objeto de riego bien o que en adelante debieran serlo con agua procedente de obras hidráulicas costeadas por el Estado; las fincas incluidas en el Catalogo y sometidas a expropiación mientras esta no se materializaba podían ser objeto de ocupación para anticipar los asentamientos o concederlos a comunidades de campesinos; las fincas una vez expropiadas se aplicaban a la parcelación adecuada a sociedades o comunidades de campesinos (cuyas parcelas serán consideradas como fondos indivisibles e inacumulables como verdaderas unidades agrarias), creación de grandes fincas de tipo industrializado, constitución de cotos sociales, concesiones en forma de censo reservativo o enfitéutico a los arrendatarios etc.; laboreo forzoso de fincas por causa de interés público; régimen de mejoras de las fincas afectadas; arrendamientos colectivos con preferencia a los individuales limitaciones inter vivos y mortis causa de las fincas sometidas a reforma, etc.

Con independencia de los avatares políticos y sociales de la aplicación de la legislación de reforma agraria[47], ésta, evidentemente, aportaba una renovación radical del panorama de la propiedad agraria y su función social que contrastaba abiertamente con la concepción civil tradicional de esta modalidad de propiedad. La Ley de Reforma Agraria de 1932 —con aspectos de dudosa constitucionalidad especialmente en relación con el sistema de indemnizaciones por la expropiación— no podía ser recurrida ante el Tribunal de Garantías Constitucionales por cuanto su Ley constitutiva de 14 de junio de 1933 en su Disposición Final exceptuaba del recurso de inconstitucionalidad a las leyes anteriores a su promulgación (por Sentencia de 14 de diciembre de 1935 dicho Tribunal inadmitió un recurso de inconstitucionalidad por la expropiación sin indemnización de una finca perteneciente a la Grandeza). Por el contrario, el Tribunal si conoció (Sentencia de 8 de junio de 1934) de la Ley del Parlamento de Cataluña sobre Contratos de Cultivo —las reformas propuestas de acceso a la propiedad de las fincas por arrendatario, aparcero y enfiteutas era, sin embargo, mucho menos radicales que la ley estatal de reforma agraria—, en la que declararía su inconstitucionalidad por falta de competencia autonómica, explicitándose que dicha Ley al tratarse de una materia agraria excedía de la competencia autonómica estrictamente civil de regulación de los contratos contemplados al incidir en materias hipotecarias y procesales, pero sobretodo por afectar a una materia de política social cuya atribución correspondía al Estado. La Sentencia tuvo una gran repercusión en el orden político y social dando lugar a una crisis institucional de envergadura sobre la que no podemos entrar en esta ocasión[48], al aprobar el Parlamento catalán, después de la Sentencia, una nueva ley reiterando exactamente el contenido de la declarada inconstitucional.

A partir de 1939 se produce un giro radical en la política agraria, volviéndose de nuevo a la idea inicial de Colonización (creación del Instituto Nacional de colonización), alterando las perspectivas ideológicas de la etapa anterior (especialmente en materia distributiva y de expropiaciones) y afrontando la cuestión agraria desde una perspectiva mas técnico-funcional. Las distintas políticas y normativas en la materia fueron finalmente objeto de refuncion en la llamada Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (Decreto 118/1973 de 12 de enero) en la que es perceptible también un cuadro declarativo de limitaciones administrativas de Derecho público Agrario (Grandes zonas Regables de interés nacional; concentración parcelaria; fincas mejorables;

[47] Vid. R. ROBLEDO, "Discursos sobre la reforma agraria", *Estudia de Historia Agraria* nº 17, 2004, págs. 789-812.

[48] MARTÍN BASSOLS COMA, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, Centro Estudios Constitucionales 1981.

expropiación por causa de interés social; patrimonio familiar indivisible, ordenación rural etc.), presididas también por una declaración del cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rusticas, tanto de naturaleza publica como privada.

La Constitución de 1978 si bien reconoce la función social de la propiedad (en general y, por lo tanto, comprendida la agraria) que delimita su contenido, no contiene otra referencia a la agricultura que la aséptica de su art. 130.1 sobre la modernización y desarrollo de la agricultura y las zonas de montaña, La única referencia a la Reforma Agraria se contendrá en el art. 12.11 del primer Estatuto de Autonomía de Andalucía (Ley Orgánica 6/1981 de 30 de diciembre), pero precisando que dicha reforma agraria debe ser "entendida como la transformación, modernización y desarrollo de las estructuras agrarias y como instrumento de la política de crecimiento, pleno empleo y corrección de desequilibrios territoriales". Para el desarrollo de este precepto estatutario se dicto la Ley autonómica 8/1984 de 3 de julio que fue enjuiciada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 37/1987 de 26 de marzo, con valiosas aportaciones sobre el contenido esencial del derecho de propiedad, que debe incluir necesariamente una referencia a la función social "entendida no como mero limite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por lo tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría de bienes". Con ello, puede decirse en cierta medida, que concluye en el orden teórico y doctrinal la definitiva asunción legitimadora del contenido institucional de la función social de la propiedad agraria y sus efectos en orden al régimen de limitaciones[48 Bis].

La incorporación de España a la Unión Europea a partir de 1986 ha propiciado un nuevo enfoque de nuestra agricultura y sus estructuras agrarias, dando lugar a cambios muy significativos en el tratamiento y concepción de la función social de la propiedad que no pueden ser analizados por los limites de este trabajo, pero si que debemos simplemente apuntar a la nueva orientación a la propiedad agraria y rural no solamente una función social, sino también y preferentemente una función ecológica o ambiental de la misma. Dos recientes Leyes de 2007 —42/2007 de 13 de diciembre del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad y 45/20077 de 13 diciembre para el Desarrollo Sostenible del Medio Rural— certifican este nuevo rumbo que va aportar al temas que estamos describiendo repercusiones muy profundas en orden al régimen de limitaciones de la propiedad.

[48 Bis] Vid. los trabajos contenidos en el nº 10 de Cuadernos y Debates del Centro de Estudios Constitucionales sobre "LA REFORMA AGRARIA". Madrid 1988. 214 páginas.

VII. PROPIEDAD URBANÍSTICA: RÉGIMEN DE LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS AL SERVICIO DE LA PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA

La propiedad urbanística ofrece una perspectiva diferente del proceso de progresiva administrativización de la propiedad en nuestro país. Con independencia del cambio social derivado del proceso de urbanización, han sido razones estructurales derivadas de la distribución e implantación de la propiedad inmobiliaria en el territorio, así como razones de técnica administrativa las que han moldeado un sistema de propiedad planificada de máxima intensidad[49]. Sus hitos principales pueden esquematizarse de la forma siguiente:

Si bien como señalaría CHUECA GOITIA "en España, el retraso industrial durante el siglo XIX evitó el nacimiento de las «ciudades carbón» desarrolladas de la noche a la mañana en la Europa industrial y en los Estados Unidos"[50], no es menos cierto que a partir del primer tercio del siglo XIX empiezan a plantearse las primeras transformaciones urbanísticas centradas inicialmente en el derribo de las murallas, la reforma y remodelación de los cascos urbanos abriendo nuevas vías urbanas y ampliando las existentes. Una serie de factores pueden invocarse para explicar este proceso: estabilización del régimen constitucional; desamortización de la propiedad y florecimiento de los negocios financieros, demandas de mejores comodidades de habitabilidad y de prestigio de la nuevas clases burguesas, incipiente industrialización y mejora en los sistemas de transporte y comunicación especialmente a partir de construcción de la red de ferrocarriles. Se tratara inicialmente de un desarrollo urbanístico no generalizado sino selectivo por la atracción que ofrecen las principales ciudades existentes (Madrid, Barcelona, Valencia, Bilbao), pues como señala gráficamente J. L. COMELLAS "la ciudad no es todavía en 1845 o 1850, la gran urbe tentacular y aplastante, pero constituye la meca de la vida y la fortuna, el centro común de las ambiciones humanas sobre todo la capital, donde la administración de los gobiernos moderados ha puesto el centro de todos los reclamos y la calve de todas las soluciones"[51].

A pesar de la modestia de esas aspiraciones y demandas sociales en el orden urbanísticas que, seguramente, hubiesen podido ser satisfechas con

---

[49] Sobre las características estructurales de la propiedad urbanística en relación al espacio y al paralelo proceso de su desmaterialización, vid. las aportaciones de R. SAVATIER, *La propriété de l'espace,* Dalloz, 1976 y *Le propriété des volumes dans l`espace et la tecchnique juridique des grandes ensembles immobiliers*, Dalloz, 1976.

[50] F. CHUECA GOITIA, *Breve historia del urbanismo*, Alianza Editorial, Madrid, 1968, pág. 176.

[51] J. L. COMELLAS, *Los moderados en el poder (1844-1854),* CSIC, Madrid, pág. 57.

simples retoques en los elementales instrumentos jurídicos disponibles en aquella etapa —las Ordenanzas Municipales, normas de Policía Urbana sobre solares yermos, edificaciones y eventuales demoliciones; legislación de fortificaciones y plazas militares, legislación de expropiación y los planes generales de vialidad y alineaciones con sus correspondientes servidumbres— la respuesta técnica y jurídica de aquella etapa sobrepasaría con creces dichos retos. Nuestro país fue capaz de articular una primera legislación urbanística propiamente dicha a nivel de Derecho comparado y legar al mundo, según se reconoce unánimemente por la doctrina especializada, el neologismo Urbanización[52] y el primer tratado de dicha disciplina: la *Teoría general de la urbanización* de IDELFONSO CERDÁ (1861). Efectivamente, CERDÁ (1815-1876) al desarrollar el Ensanche de Barcelona (1859) no se limitó a formular un Proyecto técnico de urbanización al estilo de ciudades europeas en aquellos años como París, Viena o Turín, sino que profundizo en todos aspectos económicos-sociales, higienistas y facultativos al punto que puso las bases para la construcción de una autentica disciplina científica. Pero al mismo tiempo, y ello es lo decisivo a nuestros efectos, fue capaz de suministrar, a pesar de no ser jurista (su especialidad profesional era la de Ingeniero de Caminos), una sistematización y fundamentación jurídica de los instrumentos urbanísticos y de los medios jurídico-financieros para su ejecución sobre la base de articular y soldar en un mismo instrumento tres piezas básicas anteriormente dispersas: el planeamiento prospectivo de base técnica apoyado sobre una base documental exhaustiva; el diseño las obras publicas requeridas para la transformación urbanísticas (viales y emplazamientos para servicios de interés general) y las Ordenanzas de Construcción del Ensanche (segregándolas de las antiguas, enciclopédicas e inadecuadas Ordenanzas Municipales) a efectos de definir el régimen jurídico especifico del uso del suelo y las construcciones[53]. Para la ejecución de los proyectos de Ensanche proponía también con gran originalidad: renuncia a la expropiación forzosa y sus sustitución por un régimen forzoso de cesiones de suelo por los propietarios de los viales y terrenos de lo que en terminología actual se llamarías sistemas generales y locales de urbanización; articulación de un sistema asociativo de los propietarios para superar el individualismo y la división de la propiedad, anticipando los perfiles de lo que actualmente se denomina compensación y reparcelación urbanísticos, y finalmente concesión de bene-

[52] Vid. MARTÍN BASSOLS COMA, *Génesis y evolución del derecho urbanístico español (1812-1956),* Ed. Montecirvo, 1983 y "Los inicios del derecho urbanístico en el periodo del liberalismo moderado y en el sexenio revolucionario (1864-1976): el ensanche de la ciudad como modelo urbanístico y sistema jurídico", en *Ciudad y Territorio*, Nº 107-108, 1966, págs. 19-53.

[53] Vid. MARTÍN BASSOLS COMA, "La influencia de Ildefonso Cerdá en la fundamentación jurídica de la urbanización", en *Ciudad y Territorio,* nº 119-120, 1999, págs. 189-207.

ficios fiscales a los propietarios que emprendieran la construcción de los edificios y viviendas. Para las operaciones de Reforma interior de las ciudades análogamente diseño instrumentos jurídicos y técnicos con ocasión del encargo de la Reforma interior de Madrid: aceptación para estos supuestos, ante las dificultades económicas de las Administraciones municipales, de la expropiación forzosa en su modalidad de zonas laterales a las vías publicas y atribución de la autoría de la urbanización a concesionarios privados seleccionados por concurso público (a modo de una anticipación de la concesión de obra publica urbanística o del moderno Agente urbanizador) que financiarían sus inversiones con los solares resultantes de la expropiación de las vías laterales y de las demoliciones junto con los beneficios fiscales derivados de la nueva edificabilidad.

Lógicamente, las propuestas de CERDÁ encontrarían fuerte resistencia fuera de los círculos próximos a su carrera profesional por su novedad y por el rigor en la imposición de deberes y obligaciones a la propiedad privada, sin embargo, progresivamente ante la necesidad imperiosa de afrontar los Ensanches y la Reforma interior de las principales ciudades ante las deficiencias higiénicas, de servidos municipales y de circulatorias en los centros urbanos fueron penetrando y traduciéndose en disposiciones jurídicas. La primera de ellas seria el, Proyecto de Ley sobre Reforma, Saneamiento, Ensanche y otras Mejoras de las poblaciones de 1861 que lleva la firma de POSADA HERRERA que recogía en un marco general la traducción normativa de prácticamente las propuestas de CERDÁ: cesión obligatoria y gratuita de viales, determinación de la anchura de las calles en relación con la altura de los edificaos, parcela mínima edificable, reparcelación en especie para distribuir con equidad las cargas y beneficios derivadas de la expropiación por zonas laterales; eliminación de los incrementos de valor en el justiprecio por expropiación y afectación de la riqueza imponible durante veinte años para la fina nación de las obras d reforma interior; además de todo ello se declaraba la edificación forzosa de todos los solares (recuperando la vieja institución sobre solares yermos prevista en la Novísima Recopilación) bajo amenaza de expropiación (lo que hoy día se denomina venta forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad) e incluso la previsión de incluir en las ordenanzas Municipales una bonificación para industrias insalubres y molestas; y finalmente la constitución en cada Municipio de una Comisión mixta de propietarios y concejales para la programación y gestión de todas estas operaciones. El referido Proyecto de ley, que recibiría grandes elogios en la Revista de Obras Publicas y en la prensa de la época gran expectación, fue remitido primeramente al Senado, levantando inmediatamente grandes protestas de los propietarios especialmente de Barcelona (Comisión de Propietarios del Ensanche e Instituto Agrícola catalán de San Isidro) que elevaron sus

quejas al Senado y al Gobierno por considerarlo "profundamente perturbador" por atacar directamente a la propiedad, la industria y los intereses generales. A raíz de estas protestas el Proyecto a los seis meses de su presentación se retiraría por el Gobierno sin haberse iniciado su discusión parlamentaria.

En 1864 se aprobaría definitivamente la primera Ley de Ensanche de las Poblaciones, siguiendo en sus grandes líneas el esquema de CERDÁ, si bien descargándolo de sus aspectos mas radicales aunque aceptando plenamente y así se reflejaría en el Reglamento de La ley sus iniciativas de carácter técnico-planificador, elaboración de los planes, documentación de los mismos, sistematización de las obras etc.). Como norma general, se aplicaba la expropiación forzosa para viales y sistemas generales y locales, a cuyo efecto se creaba por primera vez en nuestro Derecho la figura del Jurado de Expropiación forzosa a efectos fijación del justiprecio, si bien se admitía la posibilidad de la cesión meramente voluntaria de dichos suelos sobre la base de celebración de un convenio de los propietarios con el Ayuntamiento y otorgamiento a aquellos de los incrementos de riqueza imponible obtenida para el costeamiento de las obras y las bonificaciones fiscales a la construcción de viviendas. Sorprendentemente, en la reforma de la ley de Ensanche de 1876 las cesiones de suelo de voluntarias se convierten de obligatorias hasta la mitad de los viales y en la ulterior reforma de 1898 para el ensanche de Madrid y Barcelona (susceptible de ser extendida a otras poblaciones) las cesiones alcanzan ya la modalidad de estos suelo, convirtiéndose ya en un sistema obligatorio o forzoso, si bien compensado con las bonificaciones fiscales. En 1895 se aprobaría la Ley de Saneamiento y Mejora de las Poblaciones en la que las premisas propuestas por CERDÁ son aceptadas plenamente y se convierte la figura del concesionario de obra urbanizadora con apoyo de la expropiación de las zonas laterales en el sistema ordinario y sistemático de llevar a cabo este tipo de operaciones, si bien su aplicación global y sistemática fue escasa lenta y compleja como lo demuestran las iniciativas emblemáticas desarrolladas al amparo de esta normativa (Gran Vía de Madrid y Granada, así como la Vía Layetana de Barcelona). Importa destacar como resultado de esta breve síntesis histórica que el sistema de nuestro Derecho Urbanístico surge completamente conformado por las técnicas de Derecho Administrativo sin prácticamente resquicio alguno para introducir técnicas de Derecho privado —nuestra codificación civil ignorara prácticamente el fenómeno urbanizador a excepción de episódicas referencias del art. 350 del Código Civil de 1889 a las obras que convengan salvas las servidumbres y con sujeción a los Reglamentos de Policía, con la particularidad que las servidumbre urbanas procedían del lejano proyecto de Código Civil de 1851 y por lo tanto desfasado para las nuevas realidades constructivas— lo cual le imprimirá una trayectoria de inexorable capacidad sucesiva de conformación

administrativa del Derecho de propiedad, marginando posibles exploraciones de otras vías de carácter convencional privado que hubiesen podido ofrecer soluciones o modelos alternativos.

Si la primera etapa del Derecho urbanístico español fue brillante en comparación con las exigencias del incipiente proceso de urbanización, el cambio al siglo XX en su primera mitad registrara comparativamente un balance poco brillante y prácticamente negativo en el plano de las innovaciones legislativas. El proceso de emigración del campo a las capitales y ciudades medias empieza a ser significativo, la situación de falta de salubridad de los núcleos urbanos alarmante, los servicios municipales insuficientes e inadecuados y la aparición del problema de la escasez de vivienda para los nuevos desplazados a los núcleos urbanos industrializados junto con el desdoblamiento territorial de los primitivos Ensanches, dando lugar a los extrarradios sin servicios de urbanización e infraviviendas, van a dibujar panorama altamente preocupante que exigían una modificación a fondo de los esquemas de la legislación de ensanche y de reforma interior, junto con la revisión a fondo de la situación del régimen municipal absolutamente inadecuado a las nuevas exigencias de la población. A lo largo del primer tercio del siglo XX se van a suscitar múltiples iniciativas legislativas de reforma de la legislación urbanística pero sin resultado alguno; las innovaciones que se alcanzan son; la aparición de la política de protección publica a la vivienda con la ley de Casas Baratas de 1911; el primer reconocimiento de la posibilidad de utilizar el derechos de superficie en la legislación de protección a la vivienda junto con una incipiente prefiguración de patrimonio municipal del suelo (Ley de reforma de Casas baratas de 1921; iniciación del urbanismo fiscal (reconocimiento de recargos en el impuesto de solares sin edificar y admisión de la figura de las Contribuciones especiales), aparición de las primeras experiencias de planificación supramunicipal e incluso esbozos de planeamiento regional, todo ello culminado con el Estatuto Municipal y el Reglamento de Obras de 1924 que en esencia refundirá y perfeccionara la legislación de ensanche y de reforma interior heredada del siglo anterior pero sin renovar sus planteamientos fundacionales[54].

La referencia a estos esquemáticos antecedentes han sido imprescindibles para poder valorar adecuadamente la ruptura histórica que supuso la aparición de la Ley del Suelo y de Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 y su incidencia en la configuración de un nuevo modelo de limitaciones a la propiedad o de conformación administrativa integral del derecho de propie-

[54] Vid. MARTÍN BASSOLS COMA, "El derecho urbanístico de la Restauración a la II República (1876-1936). Crisis de los ensanches y las dificultades para alumbrar un nuevo modelo jurídico-urbanístico", en *Ciudad y Territorio,* nº 107-108, 1996, págs. 54-90.

dad. La nueva Ley desde una perspectiva estrictamente normativa, en el fondo constituía una estimable síntesis de distintas propuestas institucionales, procedentes de las mas variadas fuentes de inspiración (antecedentes históricos, legislación comparada, reelaboraciones propias, influencias técnico-urbanísticas, etc.) que en teoría incluso podrían estimarse contradictorias en algunos casos, pero presentadas y articuladas con una brillante técnica legislativa Efectivamente las diversas novedades legislativas introducidas: planeamiento urbanístico y sus clases (ahora no sólo de obras de urbanización, sino de usos y aprovechamientos del suelo), clases de suelo (urbano, reserva urbana y rustico, con sus correspondientes cesiones obligatorias de suelo), sistemas de ejecución del planeamiento (reparcelación cooperación, compensación, expropiación), instrumentos de intervención publica para combatir la especulación (sistema de valoraciones, expropiación en sus diversas modalidades, venta forzosa, patrimonios municipales del suelo), tendrán como referente y legitimación la nueva definición de propiedad urbanística: "las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los limites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación con arreglo a la calificación urbanística de los predios" (art. 61).

Si hasta aquel momento los instrumentos urbanísticos históricos de cuño administrativo habían incidido externamente en el derecho de propiedad (arts. 348 y 350 del Código Civil), ahora se interiorizan completamente en virtud de una Ley que remite a lo que dispongan dos instrumentos administrativos claves: el planeamiento urbanísticos en sus diversos niveles y la clasificación del suelo, generadores de los derechos o aprovechamientos y de los deberes urbanísticos, decisiones administrativas discrecionales (a los cuales se les exigen documentos justificativos como memorias y estudios económico-financieros —inicialmente con escaso rigor— y un procedimiento de aprobación municipal participativo). Del planeamiento urbanístico surgirán una pluralidad de efectos de conformación total del contenido de la propiedad: que prácticamente vienen a compendiar todas las técnicas de intervención administrativa anteriormente analizadas en los diversos sectores: definición del destino del uso de los predios; con prohibición de usos que no se ajusten a los planes; determinación, configuración y dimensiones de las parcelas edificables; construcción de los volúmenes edificatorios de conformidad con el plan y en los plazos previstos por el mismo bajo amenaza de expropiación o de venta forzosa; cesiones de suelos para viales y otros sistemas generales o locales adecuados a las necesidades colectivas en la proporción señalada y sometiéndose a procedimientos intervenidos administrativamente (reparcelacion y compensación) para impedir la desigual atribución de beneficios y cargas del planeamiento; legitimación para las diversas

modalidades de expropiación que defina la Ley (entre otras, las necesaria para dar vida a los Patrimonios municipales del Suelo); fijación de un sistema administrativo de valoraciones del suelo aplicable conforme a un procedimiento ordinario o de tasación conjunta del suelo; determinaciones urbanísticas de toda clase de emplazamientos y formulación de vías publicas y medios de comunicación; declaraciones de fuera de ordenación de suelos y edificios en función de cambios de uso o bien rectificación del sistema de vialidad.

Todo este conjunto meramente enunciativo de la potencialidad y de los efectos del planeamiento urbanístico venia coronado por una declaración normativa clave: "la ordenación del uso de los terrenos y construcciones enunciada en los artículos precedentes no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística" (art. 70.1 de la Ley con la adición de un párrafo 3 del siguiente tenor en todo caso será procedente o la reparcelación de terrenos para distribuir justamente los beneficios y cargas de la ordenación entre los propietarios de cada polígono y manzana, considerándolos al efecto en comunidad). Estos enunciados sintetizaban la culminación del paradigma de la función social de la propiedad, desde una perspectiva administrativista. con un régimen de limitaciones y deberes, en principio indeterminados, que no parecían tener otro punto de contención que el contenido normal de la propiedad, al que paradójicamente contribuían a definir, pero que en lógica interpretativa había que presumir que la alusión a un contenido normal postulaba la existencia de un contenido sustantivo "a priori" del derecho, máxime cuando remitía simplemente a mecanismos administrativos la determinación del reparto de beneficios y cargas y a la indemnización de vinculaciones singulares no susceptibles de entrar en este reparto. Este contenido normal quedaría, sin embargo, imprejuzgado al admitir la jurisprudencia del Tribunal Supremo que el planeamiento urbanístico lo que hacia precisamente era añadir contenidos artificiales al derecho de propiedad por lo que la noción de normalidad quedaba de hecho reducido o equiparado al contenido o valor natural del suelo rustico o no urbanizable. Esta desmaterialización del Derecho de propiedad urbanística con posterioridad a la Constitución ha persistido pese al reconocimiento de la existencia de la cláusula de un contenido esencial de los derechos, si bien con referencia al derecho de propiedad en conexión con la función social (arts. 33.2 y 53.1 CE), lo que ha permitido al Tribunal Constitucional (STC 61/1997) afirmar que el art. 149.1.1 CE permite al legislador estatal optar por modelos diferentes de propiedad urbana. Entre otros el que "disocia la propiedad del suelo del derecho a edificar, modelo este que ha venido siendo tradicional en nuestro urbanismo" (FJ. B.10) y al legislador desarrollar nuevas formulaciones con ocasión de las sucesivas reformas de

las leyes estatales: adquisición gradual de facultades urbanísticas (Texto refundido de 1992); definición del contenido básico del derecho de propiedad del suelo de acuerdo con su función social (Ley 6/1998 de 13 de abril); y carácter estatutario del derechos de propiedad del suelo (Texto Refundido 2008).

Este modelo de la función social de la propiedad urbanística que ha presentado indudables ventajas y atractivos para el Derecho administrativo ha encontrado dos obstáculos o puntos débiles que cuestionan en el terreno de los hechos su plena adhesión. El primero de ellos, el relativo a un alto grado de inestabilidad del planeamiento urbanístico determinante del contenido del derecho, a raíz de las sucesivas modificaciones y revisiones de los planes y las reclasificaciones del suelo lo cual atenta a la seguridad jurídica y genera desequilibrios en el mercado inmobiliario que sólo pueden corregirse con un ejercicio responsable de las intervenciones de las Administraciones publicas. El segundo de estos obstáculos de naturaleza mas estructural y económica deriva del resultado del propio modelo de la función social de la propiedad en cuanto aspira a conciliar el ejercicio del derecho individual con la satisfacción del interés público urbanístico, si bien este ultimo por la forma de desplegar en el territorio la disposición de las acciones urbanísticas e inmobiliarias se convierte en fuente de tales plusvalías o incrementos patrimoniales no justificados que pueden anulan o enturbian la faceta social del ejercicio del derecho, de tal suerte que el tipo de propiedad mas intervenida y limitada se transforma en la que mas rentabilidad económica produce. La acumulación de plusvalías por la propiedad derivadas de actuaciones administrativas ha acompañado desde un primer momento al nacimiento del régimen administrativo (piénsese en las Obras publicas desde el siglo XIX), habiéndose diseñado distintas técnicas para su rescate sin resultados demasiado satisfactorios[55]. En el campo concreto del urbanismo las técnicas antiespeculativas (nacionalizadoras, expropiatorias, patrimoniales, fiscales, etc.) han sido ensayadas en el derecho comparado con escaso éxito y en nuestro país pese al reconocimiento constitucional del rescate (art. 47 CE) con resultados prácticamente nulos.

No queremos concluir este apunte sobre la propiedad urbanística sin aludir a algunos aspectos civiles incorporados a la primera Ley del Suelo de 1956, máxime porque han desaparecido prácticamente de los textos de las reformas posteriores de 1976, 1992, 1998 y 2008 y podían haber sido un ger-

[55] Sobre los intentos de lucha contra la especulación del suelo desde el siglo XX a través de la absorción de plusvalías y su relativo fracaso Vid. "Le lutte contre la speculation immobiliere", en *Travaux de l'associaion Henri Capitant*, Université de LIege, 1966 y R. MARTIN MATEO y F. SOSA WAGNER, "Limitaciones a la propiedad y expropiaciones urbanísticas", en *Asentamientos humanos, urbanismo y vivienda*, Ed. Porrua, México, 1977.

men para alumbrar un régimen alternativo al administrativizado[56], además de los planes de iniciativa y colaboración particular (art. 40 a 42), configuración por primera vez de una acción civil especial contra las violaciones de distancias entre construcciones y demás elementos urbanos, así como las relativas a las disposiciones reguladoras de uso incómodos, insalubres o peligrosos (art. 225), reconocimiento indiciario de las Empresas urbanizadoras, régimen de convenios urbanísticos, (sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa art. 222). También la referida Ley otorgaba un cierto protagonismo a las Servidumbres de Derecho administrativo o civil que no ha sido después suficientemente destacado. Por lo pronto, la aprobación de los planes urbanísticos y polígonos de expropiación no sólo comportaba la declaración de utilidad publica de las obras a efectos expropiatorios, sino también a efectos de imposición forzosa de servidumbres (art. 52), imposición que cuando recaen en terrenos que no resultaren edificables debían llevarse a efecto en el plazo máximo de diez años, pudiendo solicitarse de la Administración su ejecución en el plazo de tres meses, bajo apercibimiento del recobrar el libre ejercicio de las facultades dominicales, Al mismo tiempo, el art. 55 permitía aplicar la expropiación forzosa cuando hubieren de modificarse o suprimirse servidumbres privadas.

[56] Desde la perspectiva del Derecho civil, entre otras, las interesantes aportaciones de A. CARRASCO PEREA *Ius aedificandi y accesión*, Ed. Montecorvo, 1986; J. MIGUEL LOBATO GÓMEZ, *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar,* Ed. Montecorvo, 1989; más recientemente G. VILLEN SALTO, *Limitaciones del dominio sobre luces y vistas. Tratamiento legal y convencional*, Ed. Comares, Granada, 2004.

REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO A LA SERVIDUMBRE EN EL CÓDIGO CIVIL

Mariano Alonso Pérez
Universidad de Salamanca

SUMARIO: **Reflexiones críticas en torno a la servidumbre en el Código civil.**—I. SOBRE LA SERVIDUMBRE Y SUS CARACTERES BÁSICOS EN EL CÓDIGO CIVIL: 1. La servidumbre, una necesidad de todos los tiempos. Servidumbre predial y personal. 2. Servidumbre y gravamen. 3. Propiedad y servidumbre. 4. Derecho real de goce. 5. Contenido abstencionista: (*pati* o tolerar). 6. Inherencia y predialidad. 7. Ajenidad. La llamada "servidumbre de propietario". 8. Atipicidad de las servidumbres. 9. Indivisibilidad. 10. *Causa servitutis*.—II. CONSTITUCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES: IDEAS GENERALES: 1. Sobre la posibilidad de eliminar la *usucapión* como modo constitutivo. 2. Una referencia al *título*. 3. Alusión a la servidumbre por destinación del propietario (o por signo aparente).—III. BREVE CONSIDERACIÓN FINAL: CRÍTICA A LA DISCIPLINA DE LAS SERVIDUMBRES EN EL CÓDIGO CIVIL. SERVIDUMBRE Y RELACIONES DE VECINDAD.

I. SOBRE LA SERVIDUMBRE Y SUS CARACTERES BÁSICOS EN EL CÓDIGO CIVIL

1. La servidumbre, una necesidad de todos los tiempos. Servidumbre predial y personal

Cicerón mencionaba las servidumbres prediales de acueducto, saca de agua y abrevadero, paso y "destinación del *pater familias*" entre los elementos esenciales de la vieja economía rural, cuya relevancia constatada fue asumida por el *ius civile*[1]. Sin duda, la servidumbre es una figura antiquísima e imprescindible, que ha engendrado litigios sin cuento a lo largo de la Historia. Una sociedad agraria, predominante hasta las nuevas formas de vida creadas por la burguesía liberal, protagonista de la revolución industrial y política, no podía vivir sin servidumbres. Tampoco, por supuesto, la sociedad

[1] *Aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur* (*Pro Caecina*, 74).

tecnificada moderna. Ihering pone a las servidumbres prediales como muestra palpable del desarrollo del Derecho. El progreso de los intereses, señala el insigne jurista, se prueba de una manera perentoria en las servidumbres prediales. Este derecho comenzó con las servidumbres que, en los albores de la economía agrícola, ofrecen ya interés: servidumbres de agua y paso. Vinieron los progresos de la economía agraria y el cambio de las relaciones del *ager publicus*, y entonces nacieron las otras servidumbres rústicas. Después, acostumbrados más y más a vivir en las ciudades, se desenvuelve el arte de edificar, y aparecen poco a poco las servidumbres urbanas. Estas debieron su origen al placer y al bienestar en las viviendas y construcciones, intereses que merecen ser protegidos y de ello se hizo cargo la Jurisprudencia. Ya no jugaba tanto la utilidad inmediata *(servitus fundo utilis esse debet)*, propia de las viejas servidumbres agrarias, cuanto otros modelos apoyados en valores del espíritu (tranquilidad, amenidad, ornato, luminosidad, bellas perspectivas, etc.)[2].

La servidumbre fue en sus orígenes un concepto general que designaba "todo derecho fruitivo sobre cosa ajena". Diríamos que fue el único y originario "derecho real" (según esta categoría se entiende en términos modernos) reconocido por el Derecho civil, que se agotaba en esas antiguas formas de servidumbre: paso y destinación *(iter, actus, via)*, acueducto *(aquae ductus)*, saca de agua y abrevadero *(haustus)*. Forman lo que desde la Ley de las XII Tablas se designó como *iura praediorum*[3], verdaderos ancestros de los modernos derechos reales, que nacen vinculadas a las necesidades de la agricultura primitiva y preceden a la gran proliferación de servidumbres urbanas configuradas por la última Jurisprudencia republicana y, en especial, por los juristas clásicos. La relevancia de la servidumbre fue tan notable, como para que sectores doctrinales importantes sostuvieran que la *servitus* no nace ni vive durante tiempo como *ius in re aliena*, sino como *pars dominii*: bien como ampliación de la propiedad del fundo dominante sobre el sendero, franja de tierra o acueducto del sirviente (Grosso, Biondi, Solazzi, por ejemplo); o quizá como una especie de dominio dividido, de modo que la vía, el paso o el acueducto eran propiedad directa o principal del sirviente, y el dueño del dominante tenía sobre ellos el dominio útil o de utilización (Kaser, Koschaker), a modo, diríamos, de "enfiteuta". La servidumbre sería una manifestación expansiva del dominio primitivo.

Sea lo que fuere de ello, el término *servitus* se refiere durante siglos a la "servidumbre predial". Es la única conocida por los juristas clási-

---

[2] R. v. IHERING, *El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. de E. Príncipe y Satorres, II, reedic. en Granada, Comares, 1998, p. 1036.

[3] D'ORS, *Introducción a su traducción a Las Leyes de Cicerón*, 3ª ed., CEPC, Madrid, 2000, p. 41.

cos[4] que distinguen muchos modelos y los regulan minuciosamente, de modo similar a como lo vemos en los códigos modernos. Sólo a partir del Derecho postclásico avanzado (s. IV) empieza a hablarse de "servidumbres personales" (usufructo y figuras próximas). Como si todos los modelos de derechos reales de goce se hubieran construido sobre el paradigma de la servidumbre.

Fueron, sin embargo, los compiladores de Justiniano los que dieron carta de naturaleza a la distinción, y diferenciaron (y separaron) *las servidumbres prediales* o *reales* (las auténticas *servitutes* de los clásicos) de las *personales (usufructus, usus, habitatio)*. Lo que demuestra la importancia y el protagonismo de las servidumbres. Fue una contraposición meramente formal, pues los justinianeos las agruparon en una unidad, como dos formas de derechos de goce, delimitada y contrapuesta —aquí sí— a los derechos de realización de valor (prenda, hipoteca). Según un texto de Marcelo (D. 8, 1, 1), que el Derecho romano justinianeo con toda probabilidad interpoló, "las servidumbres o son *personales*, como el uso y el usufructo, o prediales, como las servidumbres rústicas y urbanas"[5]. Frente a la vieja idea de los clásicos, que ven el usufructo como *pars dominii* (Paulo: D. 7, 1, 4; 9, 2, 12: el usufructuario puede reclamar por la Ley Aquilia *ut dominus*), otros textos un tanto forzados por los compiladores, lo ven como servidumbre (Paulo: D. 50, 16, 25), y ello nos lleva a sospechar de la manipulación bizantina con la finalidad de reconvertir la servidumbre en una categoría que comprenda tanto las prediales como las personales. Es posible que los justinianeos, para llevar el agua a su terreno, alteraran textos e imputaran a un mismo jurista, Paulo, el usufructo como *pars dominii* y como *servitus*. La alteración favorecía la configuración del usufructo como *servitus*. El sentido de aquel derecho como *pars dominii* parece clásico, y fue originariamente predicado del concepto de servidumbre[6].

Los autores alemanes han criticado la distinción justinianea de la *servitus*, que tuvo sentido en el Derecho Romano, pero hoy es superflua (M. Wolf). Kagan advierte que el usufructo es en la práctica una *pars dominii*; la servi-

---

[4] F. SCHULZ, *Derecho Romano clásico*, trad. esp. por Santa Cruz Tegeiro, Barcelona, Bosch, 1960, p. 366.

[5] Estas agrupaciones y clasificaciones son una muestra más del espíritu sistemático y ordenador de los compiladores bizantinos, del que ofrecen frecuentes muestras. Es muy notoria y difundida la clasificación tan simétrica de las fuentes de las obligaciones, quizá fruto de una paráfrasis postclásica de las Instituciones de Gayo (V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Napoli, 1980, p. 294).

[6] Vid. B. BIONDI, *La categoría romana della "servitutes"*, Milano, 1938; id. *Le servitú prediali in diritto romano*, Milano, 1954 (reimpr. 1969); G. GROSSO, *Le servitú prediali nel diritto romano*, Torino, 1969; SOLAZZI, *Servitutem debere*, IURA, 2, 1951, pp. 1 ss.

dumbre, en cambio, una *cualidad* del fundo por el lado activo y un gravamen por el sirviente.

En todo caso, desde el Derecho Romano quedó delimitada la distinción entre servidumbres *prediales* y *personales*. Ambas tienen en común la *alienidad*. Las primeras "sirven" a un fundo (el dominante) y gravan otro (el sirviente): *praedium "tuum" "mihi" serviat* (Paulo: D. 8, 1, 81) o, si *fundus, qui meo fundo serviebat* (Gayo: 30, 70, 1)[7]. Esquema que reproduce el art. 530 CC y 566-1 L.5 CCC. Las servidumbres personales se establecen en beneficio de un individuo determinado, de varios o de una colectividad o comunidad (art. 531 CC); mientras las prediales se vinculan al fundo dominante y su titularidad acompaña a quien en cada momento la ostente sobre él (ambulatoriedad), las personales son inseparables de la persona o comunidad a la que sirven; unas y otras inciden sobre un predio sirviente, pero en las personales no existe dominante. No son una cualidad de un fundo, sino un derecho vinculado a personas individuales o colectivas. Digamos que la servidumbre predial es "el tipo económica y socialmente más importante, el originario y clásico de servidumbre propiamente dicha" (STS. 6.IV.1946); "tipo regular de servidumbre (STS 27.IV.1977); el único conservado en los ordenamientos modernos es el de la servidumbre predial, consistente en poder servirse de las propiedades ajenas en utilidad de las nuestras[8].

Roma no conoció una categoría general de servidumbre. Sólo infinidad de casos concretos que van apareciendo cuando la necesidad social lo exige *(utilitas* o *neccessitas fundi)*. Y no concibe una categoría general no sólo por su consabida alergia a la formulación de conceptos generales, sino porque no le agrada limitar o comprimir el sacrosanto derecho de propiedad. La idea liberal de la propiedad, que llevará a sus últimas consecuencias el Iusnaturalismo racionalista y el pensamiento revolucionario francés, no casaba bien con una admisión generalizada y entusiasta de las servidumbres. Sólo las necesarias, que fueron y son muchas. Muy pronto se formuló la regla, hoy incesantemente repetida por la Jurisprudencia del TS: *omne praedium prae-*

---

[7] La expresión *praedia mea praedis tuis serviant* (D. 8, 2, 30, 1) denota un *debere* por parte de un fundo frente a un *habere servitutem* por parte del dominante, lo que sólo indica una *qualitas* del dominante para recibir una utilidad permanente del predio sirviente. En modo alguno puede creerse que los jurisconsultos romanos pensaran en "una relación entre fundo y fundo" (J. IGLESIAS, *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, 11ª ed., Barcelona, Ariel, 1994, p. 293. Vid. también SOLAZZI, *Servitutem debere*, cit., pp. 2 ss.), y menos todavía en una situación de esclavitud. Simplemente se traslada al ámbito de las relaciones entre predios la idea de *servicio*, que es consustancial al ser humano.

[8] LACRUZ-LUNA, *Elementos de Derecho civil*, III. *Derechos reales*, vol. 2º, Madrid, Dykinson, 2001, p. 90.

sumitur liberum: D. 8, 1, 14, 9. La *regula* se refirió fundamentalmente a las servidumbres[9].

2. Servidumbre y gravamen

Los códigos modernos utilizan la expresión *gravamen* para referirse a la servidumbre, y con ello quiere designarse la idea central de sujeción o sometimiento del predio sirviente (art. 530 CC español; 637 *Code* civil francés; art. 1027 *Codice civile*; parágrafo 1018 BGB: *belasten werden-Belastung*; art. 566-1.1 L. 5 CCC)[10]. Biondi manifiesta que esta denominación nada define: gravamen y sumisión son sinónimos[11], por lo que viene a incurrirse en una tautología. Pero la crítica no es correcta, porque si bien la servidumbre encierra un concepto más complejo, la figura denota por su misma esencia servicio, sometimiento de una finca a la *utilitas* de otra. El predio que sirve *(fundus serviens)* ha perdido una parte de su connatural *libertas*. Remedando el *status personarum*, "la servidumbre se adhiere al fundo, es inalie-

---

[9] F. SCHULZ ha puesto de relieve, en mi criterio con acierto, que tanto el pretor como los juristas sintieron una repugnancia sistemática a desviarse de los principios en que se inspiraba el número y la forma de las servidumbres admitidas. Una servidumbre predial con el contenido de un usufructo habría sido rechazada lo mismo que las cargas reales. Las partes no eran enteramente libres para crear nuevas servidumbres sino que estaban sometidas a una permanente y beneficiosa vigilancia a fin de evitar que las servidumbres pudiesen agotar totalmente el contenido de la propiedad (*Derecho Romano clásico*, trad. esp. cit., p. 367). La jurisprudencia y la jurisdicción honoraria trataron de impedir en Roma la hipertrofia de servidumbres acaecida durante el *ius communne* en determinadas zonas europeas, que acabó ahogando el desarrollo normal del dominio y desvirtuando, por tanto. la misma *utilitas* de la servidumbre.

[10] Son relevantes las expresiones del art. 1027 Cod. civ. italiano: La servidumbre predial consiste en la *carga*… "nel *peso* imposto sopra un fondo per l'utilitá di un altro fondo appartenente a diverso propietario"; o del parágr. 1018 BGB, es decir, "una finca puede ser *gravada* en beneficio del actual propietario de otra, de modo que éste se aproveche de ventajas concretas o que determinados actos sobre la finca queden prohibidos al dueño del predio sirviente o que el ejercicio de un derecho inherente a la propiedad de la finca gravada se excluya en provecho del dueño del predio dominante (servidumbre predial)"., que sería la versión del texto alemán: *Ein Grundstück kann zugunsten des jeweiligen Eigenthümers eines anderen Grundstücks in einzelnen Beziehungen benutzen darf oder dass auf dem Grundstücke gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen oder dass die Ausübung eines Rechtes ausgeschlosen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstücke dem anderen Grundstücke gegenüber ergibt (Grunddienstbarkeit)*. El concepto incluye el sentido positivo del dueño del sirviente (dejar que el propietario del dominante extraiga beneficios del predio gravado) y el negativo (abstenerse de determinado uso o goce de su finca en ventaja del dominante). Con otras palabras, expresa la misma idea esencial del art. 533 CC español y dice recoger el contenido legal de la servidumbre predial.

La idea de gravamen, que acoge como connatural a la servidumbre el art. 566-1, L. 5 CCC, está matizada porque se establece como regla primaria la naturaleza de "*derecho real* que *grava* parcialmente una finca…"

[11] B. BIONDI, *Las servidumbres*, trad. esp. anotada por J. M. González Porras, Madrid, Edersa, 1978, p. 94.

nable, indivisible, con tendencia perpetua, al igual que el estado de las personas"[12]. Por tanto, tales caracteres gravan el predio, *ius suum deminuit*, decían las fuentes (D. 39, 1, 5, 9). La servidumbre es un derecho real que establece, como caso único entre los *iura in re aliena*, una situación de servicio o sumisión de una finca en beneficio de otra colindante o vecina, por la que el titular del predio dominante obtiene un determinado goce sobre el inmueble sirviente, limitando o reduciendo alguna de las facultades ordinarias del dominio sobre el mismo[13]. Se establece así una especie de "estado de tensión" entre la utilidad o ventajas económicas (o de otra índole) que desea obtener el titular del predio dominante, y las perturbaciones derivadas del gravamen que ha de soportar el dueño del sirviente[14]. Situación que es fuente de constantes enfrentamientos y conflictos entre los propietarios o poseedores de las respectivas fincas.

Aunque el gravamen es característico de todo derecho real, tiene especial significación en la servidumbre, y provoca una especial relación de servicio, que recuerda, como dijimos, el *status personarum*: unos seres humanos sirven a otros, y les prestan sus servicios de forma gratuita o remunerada. Hay un *status praedii*, una *qualitas* o *conditio fundi* en el dominante frente al predio gravado. Si la necesidad justifica el *gravamen*, la utilidad fundamenta el derecho real de servidumbre.

La idea tradicional de la servidumbre como *gravamen*, propia de tantos códigos, hoy merece revisarse. El gravamen es contenido esencial de la servidumbre, pero no pertenece a su concepto. La servidumbre es un derecho del que sea titular del dominante que, eso sí, grava (como bien designa el art. 566-1.1 Libro 5º CCC). Hay que ver la servidumbre desde el lado del derecho, desde el lado activo (con todos los límites que queramos en el uso *civiliter*). La servidumbre, más que gravamen, es derecho. Por eso no es correcto el art. 530 CC, que centra la definición de servidumbre en el gravamen. Como el derecho de crédito, que es ante todo *ius creditoris*, un derecho

---

[12] B. BIONDI, *Las servidumbres*, cit., p. 101.

[13] Tanto la Ley 393 de la Compilación de Navarra, como el art. 566-1 L. 5º CCC, exponen el contenido del beneficio que otorga el derecho real de servidumbre en términos prácticamente idénticos: otorgar un determinado uso de la finca sirviente (contenido positivo), bien limitar (Ley 393) o reducir (art. 566-1) las facultades del titular de la finca gravada (contenido negativo). Sin duda, quien limita, reduce el derecho limitado y viceversa: toda reducción de facultades supone un límite que se impone a quien lo sufre.

[14] Sobre el tema ha insistido con buen criterio J. ROCA JUAN, *De las servidumbres. Texto. Jurisprudencia. Comentarios*, Colección Nereo, pp. 4 ss; *Comentarios al Código civil* y *Compilaciones forales*, VII-2º V..., arts. *530-608 del Código civil*, dirigidos por M. Albaladejo, Madrid, Edersa, 1978; *Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 530 ss. Vid también J. M. GONZÁLEZ PORRAS, *Anotaciones a Biondi*, pp. 115-117.

subjetivo del acreedor a exigir el cumplimiento satisfactorio de la prestación, y su ejercicio ha de estar dominado por el *favor debitoris*, pero no predomina éste. No debe prevalecer en la servidumbre el gravamen frente al derecho del dueño del dominante, como en el derecho de crédito no debe prevalecer el *vinculum iuris* o deber de prestación, sino el derecho del acreedor a exigirla mediante el cumplimiento esmerado y diligente. El predio sirviente está gravado y el deudor constreñido para satisfacer al dominante y al acreedor, respectivamente.

Nuestro Código no establece el contenido del gravamen en la definición del art. 530, a diferencia del parágrafo 1018 BGB o del art. 566-1.1 CCC. Pero se infiere de la exposición del art. 533 CC.

3. Propiedad y servidumbre

Las servidumbres nacen con la propiedad y han seguido las mismas vicisitudes. A más propiedad individual, a mayor absolutismo dominical, mayor es también la presencia de infinidad de servidumbres. El *arbor servitutum* de la Glosa lo prueba suficientemente, y algunos autores del Derecho común llegaron a incluir las cargas reales, nacidas dentro del ámbito de las relaciones feudales de vasallaje, en el modelo general de las servidumbres[15]. Paradójicamente, el dominio se hace cada vez más ilimitado, absoluto; tolera difícilmente su reducción o los límites. La libertad e igualdad entre fundos acompañan las relaciones dominicales como seguro guardián de su sacralidad jurídica. Sin embargo, en todo tiempo y lugar, siempre creciendo hasta el infinito, aparecen las servidumbres como expresión perenne del sometimiento de una finca a la *utilitas privada* de otra. En los tiempos actuales, en que la propiedad es un derecho constitucional intrínsecamente limitado, que apenas puede ejercerse si no es sometida inseparablemente a una titularidad o a un goce comunitario (comunidades de propietarios, complejos inmobiliarios, explotaciones agrícolas, por ejemplo), las servidumbres pueden representar —sobre todo concebidas en sus modelos clásicos— un inconveniente, un freno al desarrollo jurídico real y registral de los múltiples y complicados modelos de propiedad. Hoy más que nunca cobra vigencia el viejo principio de que "el dominio se presume libre" (SSTS 6 diciembre 1985, 21 octubre 1987, 23

[15] Así, S. STRYK (1640-1710), en su obra principal *Usus modernus Pandectorum,* 2, com. a D. 8, 1, aunque él mismo no lo dé como una opinión general (H. COING, *Derecho privado europeo*, I, FCN, Madrid, 1996, p. 397), porque concebir las cargas reales como *servitutes* era tanto como quebrar el viejo principio consustancial a la figura de que no puede imponerse al dueño del predio sirviente ninguna actividad positiva (*Servitus in faciendo consistere nequit*: D. 8, 1, 15, 1).

junio 1995, etc.). *"Omne praedium praesumitur liberum"*. Parece que hay una tensión entre el *"praesumitur liberum"*, entre la tendencia al absolutismo dominical, y las servidumbres, que lo restringen o reducen, y que no son simples limitaciones[16].

Con todo, las servidumbres se imponen inexorablemente. Limitar las servidumbres ha sido a menudo como poner puertas al campo. Institución siempre gravosa para los que tienen que soportarla, su constitución, modificación y extinción requieren una gran flexibilidad. En particular su existencia y su ejercicio han de someterse, como todo derecho, a la necesidad, a la pervivencia de la *causa servitutis*, en suma, a la función social y, en concreto, a la *utilidad del dominante* (art. 566-4.1 L. 5º CCC). Cuantas menos servidumbres, mejor, que siempre serán muchas. Las servidumbres permiten la intercomunicación de predios vecinos o próximos; son como las arterias de las relaciones entre fincas pertenecientes a titulares diversos (o al mismo, si creemos en la "servidumbre de propietario"), pero en el predio sirviente el flujo sanguíneo disminuye *(ius suum deminuit)* y en el dominante se incrementa *(ius alterius auxit)*. Las servidumbres constituyen el sistema circulatorio entre predios, e igualmente los límites por razón de vecindad.

La esencia misma de la servidumbre, en cuanto impone sumisión o servicio parcial del fundo sirviente a la *utilitas* o *neccessitas* del dominante, ha originado unos caracteres peculiares sólo predicables de este derecho real[17]. La sujeción de una finca a otra, la relación de gravamen o el estado del *fundus serviens*, que configuran las fuentes (*ei, cuius praedium mihi serviebat,* dice Pomponio en D. 8. 4. 9; o, *et si fundus, qui meo fundo serviebat,* señala Gayo en D. 30, 70, 1; *si praedium tuum mihi serviat*, afirma Paulo en D. 8, 1, 8, 1) en orden a satisfacer ciertas necesidades del predio dominante, ha marcado unos caracteres de perenne vigencia, casi absolutos[18].

---

[16] Como ya expusimos siguiendo a F. SCHULZ (*Derechos Romano clásico*, cit. p. 367), tanto el derecho civil como el derecho pretorio tendieron a conservar la propiedad libre de limitaciones y restricciones, por lo que sólo se crearon servidumbres y limitaciones vecinales en tanto eran precisas —y ya fueron muchas— para evitar en todo caso que la propiedad quedara vacía de contenido. Las cargas reales, ajenas al Derecho Romano, únicamente las podían imponer excepcionalmente el S*tatus rei romanae* y los *municipia*.

[17] Como bien señala M. R. LLÁCER MATACÁS, la idea de gravamen y la función económica que cumple porque permite poner un predio al servicio de otro, conlleva hablar de la función instrumental que caracteriza la servidumbre frente a los demás derechos reales (*El título constitutivo de servidumbre en el artículo 541 del Código civil*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 95).

[18] El paralelismo de las servidumbres con las relaciones humanas de sumisión y vasallaje, que el Derecho Romano refirió a las personas, pero no a esta institución entendida restrictivamente para no dañar la libertad del propietario, aparece como referencia en Las Partidas: "Servidumbre han los unos edificios sobre los otros: e las unas heredades en las otras: bien assí como los señores en sus siervos… que tal servidumbre es derecho e uso que ome ha en los edificios, o en las

4. Derecho real de goce

La servidumbre es un derecho real de goce (entendido el término en sentido amplio) parcial o limitado que ostenta el titular del predio dominante (propietario o poseedor) sobre el sirviente. El contenido fruitivo puede consistir en un comportamiento posesorio *(in habendo)*, como apoyar la viga en el predio vecino; o en acciones concretas *(in faciendo)*, como pasar o conducir aguas por el fundo sirviente; o en exigir una abstención *(in prohibendo)*, como edificar a más altura. Las dos primeras constituirían las servidumbres positivas y la última las negativas (art. 533 CC). El contenido lo expresa bien el art. 566-1.1 L. 5 CCC: "y puede consistir en un determinado *uso de la finca (in habendo vel faciendo)* o *reducción de facultades (in prohibendo, non faciendo*) v. gr. no edifiques, no eleves más, no abras huecos, etc. En la misma dirección, la ley 393 de la Compilación de Navarra. Mientras estos textos se fijan más en la titularidad del dueño de la finca dominante, los arts. 530 y 533 CC atienden preferentemente a las cargas u obligaciones del sirviente.

La servidumbre es un derecho de goce subjetivamente real, como afirma una jurisprudencia abrumadora, pues la titularidad se vincula a quien en cada momento la ostente sobre el predio dominante, mientras el *pati* lo asume quien sea dueño o poseedor del sirviente. Es la *ambulatoriedad* característica de los derechos reales, por predominar la predialidad o inherencia (titularidad *ob rem*) sobre la personalidad. Por lo demás, aunque se insista en la idea de gravamen como esencia de la servidumbre, debe valorarse, más bien, como elemento configurador de su contenido pasivo, pues por encima de todo destaca su significado como derecho de goce con la inmediatividad y absolutividad propias de los derechos reales.

Conviene delimitar el contenido esencial del instrumental o accesorio. El *contenido esencial* conforma el tipo de servidumbre y es inherente al mismo ser de la figura en sus múltiples variantes, v. gr. paso; conducción de agua, gas, electricidad, etc.; luces y vistas, etc. Lo determina o la voluntad de las partes (el título), o la posesión, bien en última instancia de ley (art. 598 CC). El contenido general no puede consistir en la "utilidad exclusiva de la finca dominante", como establece el art. 566-4.1 CCC, porque supone confundirlo con la *causa servitutis*. De igual modo, no se puede tampoco englobar en el

---

heredades agenas para servirse dellas, a pro de las suyas" (3, 31, 1). Como glosa Gregorio López, siguiendo a Bartolo, la servidumbre otorga un determinado derecho inherente al predio, y mientras éste obtiene utilidad (*ipsius utilitatem respicies)*, el otro ve reducida su libertad *(sive libertatem minues)* (*Las Siete Partidas* glosadas por el lic. Gregorio López, Salamanca, Andrea de Portonaris, 1555).

contenido general el uso *civiliter* de la servidumbre, que es una modalidad de la función social de la misma.

El *contenido accesorio* se refiere a las obras y actividades necesarias para el establecimiento, uso y conservación de la servidumbre *(adminicula servitutis)*. Lo constituyen una serie de facultades complementarias e instrumentales (arts. 542, 543, 556 CC; art. 566 CCC). El contenido accesorio no forma parte de las estructura de la servidumbre, sólo de su funcionamiento y operatividad. Así, el paso para limpiar el acueducto (STS 4 mayo 1981), abrevar los ganados o establecer conexiones a una red general. No es estructural, sino funcional. En realidad, es extrínseco a la servidumbre, no es elemento constituyente de la misma.

5. Contenido abstencionista (*pati* o tolerar)

Pero la servidumbre impone siempre una sujeción o gravamen al dueño de la finca sirviente, como esencia constituyente de la figura *(imponi servitutem patiatur*: D. 30, 116, 4*)*, que se traduce en una conducta de tolerancia o de omisión: *servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis..., sed ut aliquid patiatur aut non faciat* (D. 8, 1, 15)[19], tesis general delineada por Sabi-

[19] "La naturaleza de la servidumbre no consiste en hacer algo, sino en soportar o no hacer". Este texto dio origen a la famosa regla del *ius commune* —quizá nacida de la Glosa— *servitus in faciendo consistere nequit*, de modo que al titular de la finca sirviente se le impide hacer lo que sería normal de no existir el gravamen *(non facere),* o bien tolerar *(patiatur)* los actos propios de la servidumbre que lleva a cabo en su predio el dueño del dominante. Según esta enseñanza, quedaría fuera del concepto de servidumbre la regla del art. 533 CC: que el dueño del sirviente puede hacer alguna cosa por sí mismo. La regla formulada por Sabino en D. 8, 1, 15 lo dice con meridiana claridad: "la naturaleza de la servidumbre no consiste en hacer algo" (*ut aliquit faciat quis)*. La servidumbre, pues, como derecho real permite únicamente al titular de la finca dominante exigir al del sirviente un *pati* (tolerar, sufrir o permitir el goce parcial) o *non facere* (abstenerse de realizar ciertos actos). Los textos son machaconamente insistentes en el *pati*, como expresión típica de la servidumbre: *nisi legatarius imponi servitutem patiatur* (D. 30, 116, 4); *si non patiatur eas iterum imponi* (D. 8, 1, 18); *ut aliquid patiatur* (D. 8, 1, 15, 1). Por su parte, el dueño de la finca gravada cumple como sujeto pasivo del derecho real tolerando su ejercicio y omitiendo determinada conducta que tendría derecho a seguir de no mediar el gravamen. A diferencia de lo que acontece con las obligaciones negativas ex art. 1088 CC, los actos de tolerancia o abstención son inherentes al predio gravado, sea cual fuere su titular, y se deben por su situación de servicio frente al fundo dominante, con independencia de quien fuera su propietario en cada momento. Predialidad, inherencia y absolutividad delimitan el *pati* o el *non facere* de la mera obligación negativa, cuyo cumplimiento o incumplimiento tiene reglas propias de acuerdo con el criterio de relatividad de las obligaciones ex art. 1257 CC. Añade L. DIEZ-PICAZO que mientras la obligación negativa tiene una duración limitada, las servidumbres son por su naturaleza perpetuas (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, 6ª ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, p. 287). Por lo demás, la Pandectística acentuó la idea de que una servidumbre no podía consistir en una prestación del gravado. Un derecho a una prestación es siempre, decía WINDSCHEID, un derecho frente a una

no al comienzo de la jurisprudencia clásica. El servicio del predio que sufre el gravamen consiste en *soportar* la actuación del dueño del predio dominante o *no* hacer aquellos actos que sin la servidumbre serían lícitos. La sujeción o servicio del fundo sirviente no puede consistir en prestaciones positivas. Cuando el propietario de la finca gravada se obliga de tal modo, exorbita el concepto auténtico de servidumbre (la mal llamada servidumbre *in faciendo*) para asumir una obligación *propter rem* (arts. 599 y 575 CC). Ni el derecho real *in faciendo* constituye el fenómeno inverso y paralelo a la obligación *ob rem*[20], ni son dos caras de una misma realidad: la cara activa representada por el derecho real *in faciendo* y el lado pasivo por la obligación real[21]. Como bien observa Biondi, derecho real y pretensión *in faciendo* son incompatibles[22]. Cuando el dueño de la finca sirviente se obliga o le obliga la ley a hacer determinadas prestaciones en favor del dominante, o bien impone una obligación *propter rem* añadida o accesoria a la servidumbre como derecho real, o se trata de una conducta necesaria o inherente al *pati* o al *non facere*, v. gr. si el propietario del muro en que se apoya la viga no hace las reparaciones necesarias, su omisión causa un daño al titular de la servidumbre *oneris ferendi*, "pero no es propiamente una excepción al principio de pasividad del gravado"[23]. La tolerancia o la abstención no significan descuidar la finca sirviente de modo que se haga imposible o difícil el ejercicio del derecho real por parte del dueño del predio dominante.

A pesar de las observaciones anteriores y las correspondientes a n. 19, es menester ahondar en el tema de la *servitus in faciendo* y *obligaciones*

---

persona, no un derecho real sobre una cosa (*Pandekten*, I, p. 201). Podemos decir, concluyendo, que, como ha puesto de relieve el propio DIEZ-PICAZO siguiendo a Coviello, tanto el *pati* como el *non facere*, características de la servidumbre, configuran una actividad omisiva o de abstención y, por ende, una única obligación consistente en omitir todo acto que perjudique el desenvolvimiento de la actividad del titular del derecho (*Fundamentos*, II, 6ª ed., cit., p. 285). No obstante lo anterior, existen a menudo obligaciones impuestas a los dueños de las fincas dominante y sirviente, que tienen como finalidad asegurar el *usus servitutis*, o hacerlo más efectivo o menos incómodo, o contribuir a su conservación (arts. 544, 599 CC, por ejemplo). Se trata de obligaciones *propter rem*, accesorias al derecho real de servidumbre y ajenas a su esencia, consistentes en prestaciones de hacer; "sirven" a la servidumbre y a su mejor operatividad. Siguen la suerte del predio y cambian de titular con las transmisiones del mismo *(ambulat cum re)*. Acompañan, pues, al derecho real inseparablemente, pero son extrínsecas a su naturaleza constitutiva, y siempre a su contenido esencial. Por eso, el auténtico significado del llamado derecho real *in faciendo* aplicado a la servidumbre significa puramente que el titular del predio dominante, además de sus facultades usuales o inherentes a la figura, puede exigir al titular del fundo sirviente que lleve a cabo las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, cuyo deber de realizarlas constituye una obligación real.

[20] F. MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial, III*, Buenos Aires, 1954, p. 13.

[21] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, pp. 18 y 19; G. CERDEIRA, *Derecho o Carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Barcelona, Cedecs, 1998, p. 237.

[22] B. BIONDI, *Las servidumbres*, cit., p. 1307.

[23] A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1968, p. 197, n. 5.

propter rem. Un texto famoso de Ulpiano nos trasmite la famosa polémica sobre el tema a propósito del muro que soporta la viga o sirve de apoyo a la pared *(servitus oneris ferendi)*[24]. Se enfrentan en el texto las opiniones de dos grandes juristas republicanos de la escuela de Quinto Mucio Escévola. Aquilio Galo defiende que no se puede imponer al sirviente la obligación de *reficere parietem*, pues la *refectio* en toda servidumbre corresponde a quien favorece la servidumbre, no al dueño del predio gravado. Servio Sulpicio, por el contrario, entiende que ha de exigirse al propietario de la finca sirviente la reparación del muro o edificio sobre el que descansa la finca dominante. Diríamos que, en opinión de Servio, el *reficere parietem* es elemento esencial del *pati*. Opiniones que, tras muchos siglos, perduran en los arts. 533, 543, 575, 599 CC. Labeón considera válida la opinión de Servio, sin duda en su época comúnmente aceptada, pero da un paso más y añade que el *reficere* no es una obligación personal, sino real *(non hominem debere, sed rem)*. Este texto con algún otro más (D. 8, 5, 8 pr.: Ulp. 17 ad ed.; D. 8, 2, 33: Paulo 3 *epit*. Alf. *dig*), ha sido fundamental para que la dogmática moderna romanista y civilista haya construido los derechos reales *in faciendo*, las obligaciones *propter rem* u obligaciones reales y la renuncia liberatoria. Diríamos, en todo caso, que el art. 543 CC parece inclinarse por la opinión de Aquilio Galo, mientras el art. 599 CC permite asumir por parte del dueño del sirviente las *operae servitutis* y, en concreto, la *refectio parietis*. Claramente acoge la postura de Servio-Labeón la Ley 405 CN cuando determina que "en las servidumbres que facultan para apoyar alguna construcción sobre muro o edificio

[24] Ulp. 17 *ad ed*. D. 8, 5, 6, 2: *Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est: et Gallus putat non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, quid sibi servitutem adserit, non ad eum, cuius res servit sed evaluit Servi sententia, in proposita specie ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem non hominem debere sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit.* (*"Sobre la servidumbre que se ha constituido con el fin de tolerar una carga, tenemos acción para exigir que soporte las cargas y repare adecuadamente los edificios aquel a quien se determine al constituirse la servidumbre. A. Galo cree que no puede imponerse una servidumbre hasta el punto de obligar [al dueño del sirviente] a hacer algo, sólo a prohibirle impedirme que yo lo haga, pues en toda servidumbre la reparación compete a quien constituye la servidumbre para [su utilidad], no al titular del predio sirviente. Sin embargo, prevaleció la opinión de Servio en el supuesto contemplado para que el titular de [la servidumbre] pueda defender su derecho de obligar al adversario [propietario del sirviente] a reparar el muro y dejarlo en condiciones de soportar su carga [el edificio del dominante]. Labeón, por su parte, escribió que no se trata de una obligación personal, sino real, por lo que el dueño [del muro o edificio] sirviente está facultado para abandonarlo": según traducción hecha por mí* con algunas "libertades aclaratorias" para su adaptación al Derecho actual. No puede olvidarse que, como han recordado ilustres traductores de obras clásicas y modernas (v. gr. D. Samoilovich y A. D. Tursi), traducir del latín tiene la grave dificultad añadida de que la diferencia estructural con esta lengua es mucho más pronunciada que la que mantienen las lenguas modernas entre si).

ajeno, el propietario del fundo sirviente debe hacer a su costa las reparaciones necesarias para mantener la solidez de la estructura sirviente". En las demás servidumbres, no tiene esa carga que se le impone con claridad en la *refectio parietis*, y su conducta es simplemente la normal de toda servidumbre, tolerar *(pati)*, como establece el apartado final de la misma ley 405.

La admisión de derechos reales *in faciendo*, y en concreto la *servidumbre* de contenido positivo para el predio sirviente, viola el principio clásico *servitus in faciendo consistere nequit* (D. 8, 1, 15, 1), regla no romana, sino del *ius commune*, probablemente un brocardo de la Glosa, claramente comprendida en D. 8, 1, 15, 1, aunque no formulada literalmente. Para enjuiciar este tipo de servidumbres de contenido aparentemente positivo, se han buscado varias explicaciones: una excepción al contenido abstencionista *(pati)* de la servidumbre[25]; una carga, *modus* o deber accesorio a la esencia de la servidumbre del tipo *nebenpflichten*, que la doctrina alemana conecta el deber de prestación, como deberes de conservación, conducta o protección. Quizás la tesis más socorrida ve en este tipo de servidumbre una obligación añadida al derecho real, obligación instrumental que está al servicio o al mejor cumplimiento del *onus ferendi*, del *pati*. A. Torrent lo expresa bien en un notable trabajo: como a todo titular del predio dominante se le impone el deber de comportase *civiliter* (D. 8, 1, 9: Celso, 8 dig.), el *pati* en la *servitus oneris ferendi* impone al titular pasivo no sólo el gravamen de que su pared soporte el peso de la construcción dominante, sino que si la pared se deteriora de modo que no pueda servir para cumplir el fin de la servidumbre, ha de repararla y si no quiere, puede exonerarse de su obligación abandonando su predio el titular del dominante[26]. Desde el punto de vista moderno debe hablarse de una obligación *propter rem* inherente a la titularidad del sirviente e instru-

---

[25] Lo que se deduce de la Ley 405 de la Compilación de Navarra, próxima a la tesis de Servio-Labeón: "En las servidumbres que facultan para apoyar alguna construcción sobre muro o edificio ajeno, el propietario del fundo sirviente debe hacer a su costa las reparaciones necesarias para mantener la solidez de la estructura del sirviente". Pero el inciso final del ap. 1º, aplicable al resto de las servidumbres, se acerca a la enseñanza de Galo y entiende que el dueño del sirviente "debe tolerar que se hagan las obras necesarias para el buen uso del servicio". Por otra parte, la Ley 405, 2 recoge el abandono liberatorio que Labeón estableció en D. 8, 5, 6, 2 *(licere domino rem derelinquere)*.

[26] A. TORRENT, *Estudios sobre la "servitus oneris ferendi"*. III. *Obligaciones propter rem*, estratto di "Studi in onore di M. Talamanca", Jovene Editore, pp. 245, 246. Es evidente, reconoce el autor, que la *servitus oneris ferendi* se constituye para que la pared sirviente sostenga la construcción dominante, y de ahí las necesarias reparaciones para seguir prestando la utilidad típica de esta servidumbre a cargo del titular de la finca sirviente con el fin de mantener el muro o la construcción en buen estado de conservación por el tiempo que dure (*in perpetuum*: Alfeno Varo-Paulo en D. 8, 2, 33). Hay una correspondencia entre estos deberes inherentes a la servidumbre *oneris ferendi*, si quiere "servir" naturalmente como tal, y el *uti civiliter* del dueño del predio dominante (D. 8, 1, 9: Celso 5 dig.), que no puede hacer más gravosa la servidumbre (D. 8, 2, 24: Paulo 15 *ad Sab*.). Tal como se refleja en el art. 543 CC.

mental del *pati*[27] que no forma parte del contenido ni de la esencia de la servidumbre. Pero el Derecho Romano no conoció esta categoría, construida por la dogmática desde la *servitus oneris ferendi*[28]. Y menos conoció ni hoy tiene sentido la servidumbre de contenido positivo (*in faciendo*).

El *pati*, pues, comprende soportar la construcción que descansa sobre la pared sirviente en adecuado estado de conservación. Si así no fuera, la servidumbre no tendría razón de ser. "El que soporta, paga, afirma J. Iglesias, pues si la solidez del sostén interesa a la finca dominante, el sostén mismo pertenece al sirviente, y no es razonable que el propietario de aquel repare a sus expensas una cosa que no es suya[29]. Es la doctrina de Servio. De todos modos —y esto es clave— la servidumbre está en el *pati*. La reparación como obligación real accesoria puede asumirla el dueño dominante (art. 543 CC) o el sirviente (art. 599). El pacto es esencial. Pero en uno u otro caso, la obligación no altera el *ius in re*, ni la naturaleza pasiva del gravamen. Y a la vista de ambos artículos, la reparación se vincula al derecho de goce del que es titular el dueño del fundo dominante (art. 543 CC), y no al gravamen (art. 599 CC),

---

[27] J. L. DE LOS MOZOS ve en la *servitus oneris ferendi* el único supuesto seguro de reconocimiento de una obligación real en las fuentes, entendida como contenido accesorio de una servidumbre predial que confiere a su titular la pretensión de un *facere* positivo y que en la tradición romanista se presenta como una excepción al principio *servitus in faciendo consistere nequit* (*La obligación real. Aproximación a su concepto*, "Libro Homenaje a R. M. Roca-Sastre", II, Madrid, 1976, p. 337). Claro que, bien pensado, no puede verse en la *servitus in faciendo* excepción alguna a aquella regla, pues el *facere* es una añadido obligacional, puramente instrumental o ancilar, al *patiatur*: el hacer, reparar o reconstruir sirve para que se cumpla adecuadamente la tolerancia del gravamen impuesto sobre el predio sirviente.

Por lo demás, DE LOS MOZOS ve en D. 8, 2, 33 (Paulo *5 epit. Alfenus dig*) un "concepto riguroso de obligación real" (op. últ. cit., p. 338) y no le falta razón, ya que en este texto se impone la obligación de reparar la columna que soporta la carga de los edificios vecinos a quien fuera dueño de las edificaciones sirvientes, no a quien impuso la servidumbre (*...cuius essent aedes quae servirent, non eum, quae imponere vellet*), por establecerlo así la ley reguladora de las edificaciones: "la pared que ahora soporta la carga, siga así"…, lo que quiere significar "para siempre" *(in perpetuum)*, de modo que si se pactase con alguien gravarle con la servidumbre de soportar la carga de su finca, si la edificación sirviente y la carga impuesta por el dominante perecieran, debe dar otra prestación en lugar de la destruida (habría una *perpetuatio* de la obligación real).

[28] Asegura A. TORRENT (*Estudios sobre la "servitus oneris ferendi"*, cit., p. 246), siguiendo el criterio de TALAMANCA (*Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 68), que construir el deber del *reficere parietem* como *obligatio propter rem* no se compadece con las fuentes, ni con los *iura in re aliena* en general, ni con la *servitus oneris ferendi* en particular, sino que se trata de ejercitaciones de dogmática moderna sobre las fuentes romanas. Podemos decir nosotros que si bien es verdad que en Roma no existieron auténticas *obligaciones reales* en el sentido actual, allí como aquí el *pati* sólo es posible si se conserva la pared o construcción gravada en buen estado. Llámesele obligación *ob rem* o exigencia inexcusable del *aliquid patiatur* o cargas inherentes al mismo, pero en modo alguno hablemos de servidumbres *in faciendo*. Tolerar, permitir o no hacer de ninguna manera son situaciones inerciales o meramente pasivas, sino que han de estar en disposición de prestar la utilidad propia de la servidumbre al dueño del dominante.

[29] J. IGLESIAS, *Derecho Romano*, 11ª ed., cit., p. 295.

en caso de que nada se pacte. Como hace, y hace bien, el art. 566-6.1 L. 5º CCC. En definitiva, la opinión que hace más de dos mil años sostuvo Aquilio Galo[30], aunque en el texto catalán se matiza la opinión, implicando al dueño del sirviente en la contribución a los gastos, si la servidumbre reporta también utilidad efectiva a su finca.

Por lo demás, que el *reficere* no forma parte del *pati* lo confirman los artículos citados 542, 543, 575, 599 CC, que hablan de *obras* para el uso y conservación de la servidumbre; luego no son elementos constituyentes de la servidumbre en sí misma. Otra cosa es la facultad de pactar que sea uno u otro dueño el que las asuma[31]. Mientras el *aliquid patiatur* es inexcusable gravamen del sirviente y en modo alguno puede asumirlo el dominante, pues desaparecería la servidumbre. Pero es evidente que si asume aquellas obligaciones el sirviente ex art. 599 CC, ello no modifica el *servitutem patiatur*, sino que sirve de medio o instrumento para asegurarlo o tolerarlo con más "garantía" o seguridad. En modo alguno lo desvirtúa, pues su función es ancilar, está al servicio del mejor mantenimiento y conservación de la finca gravada. En suma, la obligación real es asumible por pacto; el *pati*, en cambio, es inmodificable.

6. Inherencia y predialidad

La íntima vinculación de la servidumbre a los fundos dominante y sirviente *(inherencia)*, hace que este derecho real viva únicamente en función de las fincas a las que activa y pasivamente pertenece. Es la llamada *predialidad* del art. 534 CC, que, como bien se ha señalado, es el primero y fundamental carácter de la servidumbre[32]. También corroborada por el art. 108.1 LH y 13 LH (sólo se inscriben como *cualidad* del fundo dominante), art. 66.3 RH ("el derecho de las fincas a beneficiarse de aguas situadas fuera de ellas, aunque pueda hacerse constar en la inscripción de dichas fincas como una *cualidad* determinante de su naturaleza,…"), art. 566-4.1 L. 5º CCC ("la servidumbre se constituye para utilidad exclusiva de la finca dominante, de la

[30] Se tuvo por innovadora, recuerda A. TORRENT *(op. últ. cit.,* p. 199), la opinión de Servio, refrendada y ampliada por Labeón, y no la clásica de Aquilio Galo.

[31] Precisa CUADRADO IGLESIAS que la asunción de los gastos de la servidumbre por parte del dueño del predio sirviente sólo tiene lugar en las servidumbres voluntarias constituidas por negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa* (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p. 1515). Sin embargo, si la servidumbre legal nada establece sobre gastos, las partes podrán acordar por pacto entre ellas la asunción de los mismos. Tal pacto no sería *contra legem*, sino *praeter legem*; no se opone a la ley, sino que la integra o completa.

[32] B. BIONDI, *Las servidumbres*, cit., p. 155.

que es *inseparable*"…), Ley 395 de la Compilación Navarra ("el derecho de servidumbre es indivisible e *inseparable* del fundo dominante…").

Estos artículos se refieren a la *inherencia* predial como *qualitas, conditio* o *habitus* fundi (D. 8, 3, 23, 2; D. 8, 6, 12). Hay, pues, una prioridad del *status praedii* frente a las distintas personas que puedan sucederse en la titularidad. Siempre predominando la utilidad del *predio dominante*, utilidad que no ha de ser de contenido estrictamente económico, y puede tener una finalidad meramente estética o de amenidad[33], de protección ambiental, etc.

La servidumbre, en conclusión, aparece tan adherida al predio dominante como derecho o cualidad y al sirviente como gravamen, que los titulares *ob rem* quedan en un lugar secundario. La lectura del art. 530 CC da esa impresión: gravamen sobre *uno* en beneficio de *otro inmueble*. La predialidad, por encima o más allá de la subjetividad real, permite que ciertas legislaciones modernas o determinados autores propugnen la *servidumbre sobre finca propia*.

La expresión *iura praediorum* se refería al régimen de las servidumbres y las fuentes expresaron con claridad que *sine praediis constitui non possunt* (D. 8, 4, 1). *Predio* equivale a finca o fundo no sólo rústico, sino que comprende también las edificaciones urbanas *(aedificia urbana praedia apellamus*: D. 8, 1, pr.; *urbana praedia omnia aedificia accepimus*: D. 50, 16, 198*)*[34]. De ahí que sólo el propietario o determinados poseedores especialmente vinculados a las fincas puedan constituir o ser gravados con servidumbre[35] (vid. art. 566-2.2 L. 5º CCC); también que se propugne la llamada "servidumbre de propietario", porque ante todo importa la separación de fincas, el estado de sujeción de un predio a otro. Con todo, no hay que olvidar que los bienes sólo pueden ser objeto de derechos, y es siempre la persona su titular y como tal extrae las utilidades y soporta el gravamen sobre los predios[36]. Parece claro que la predialidad valorada extremadamente conduce a anomalías, como "la servidumbre de propietario". La predialidad no impide, sino que presupone la *intersubjetividad: alguien* puede servirse de la finca e impedir que el disfrute se obstaculice, y *alguien* debe soportarlo. Sólo las

---

[33] P. DEL POZO, *Comentarios al art. 4.1 del Anteproyecto* de Ley de Cataluña de Regulación de derechos de Superficie, Servidumbre y Adquisición (convertido en la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, hoy integrada en el Libro 5 CCC).

[34] Como ha señalado ROCA JUAN, la expresión *inmueble* ha de referirse en el art. 530 CC al fundo o al predio, entendiendo por tales el terreno o las construcciones, perdiendo el sentido general y amplio del art. 334 (*Comentario al Código civil, I,* Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p. 1394). Comprendemos, por tanto, los inmuebles por naturaleza.

[35] Aunque la ley habla sólo de propietario, hay que extender la facultad de pedir la constitución de la servidumbre a toda persona que por virtud de un derecho real pueda cultivar y usar el fundo (STS 27 septiembre 1961).

[36] Cfr. ROCA JUAN, *Comentario, I,* cit., p. 1395.

personas ejercen derechos o sufren gravámenes. Como puse de relieve[37], parece evidente, según ya notó De Buen, que la inherencia real de la servidumbre a los predios es factor esencial, pero en modo alguno se puede prescindir de la *intersubjetividad*: el predio sirviente se somete a la *utilitas* o *neccessitas* del dominante, como cualidad o condición inevitable, pero son sus dueños o poseedores *ob rem* (los que lo sean en cada momento) quienes experimentan en un caso el gravamen y en otro el beneficio. Las expresiones de las fuentes evidencian siempre el inexcindible binomio finca-persona: *"ei", cuius praediis "mihi" serviebat* (D. 8, 4, 9);*…si praedia "mea" praediis "tuis" serviebant…"* (D. 8, 2, 30, 1); *si prope "tuum" fundum ius est "mihi" aquam rivo ducere* (D. 8, 4, 11, 1), etc. Y ese criterio pervive intacto en el Derecho actual.

7. Ajenidad. La llamada "servidumbre de propietario"

Los Códigos han señalado que sólo hay servidumbre si las fincas sirviente y dominante pertenecen a diversos propietarios (art. 637 Código civil francés; art. 1027 Código civil italiano; 1018 BGB; art. 530 Código civil español; art. 566.1 CCC; Ley 393 FN), aplicando el viejo principio romano *nulli res sua servit* (Paulo en D. 8, 2, 26), que impide constituir servidumbre en cosa propia, pues por esencia, se trata de un derecho real en cosa ajena. Se violaría aquel otro criterio de que "nadie puede ordenarse o prohibirse a si mismo" (*neque imperare sibi neque se prohibere quisquam potest*: D. 4, 8, 51). La ausencia de *alienidad* impide la servidumbre (el criterio siempre vigente de Paulo: *praedium "tuum" "mihi" serviat*), pues si hay un solo dueño, habrá relaciones dominicales, o mejor, ejercicio de facultades dominicales de servicio, pero no servidumbre (*cum utraque praedia eiusdem domini facta essent, ipsa sibi servire non potuissent*: D. 8, 3, 31), es decir, no hay servidumbre si uno y otro predio pertenecen al mismo dueño. En suma, el propietario único no establece "servidumbres", sino situaciones de servicio ex art. 348 CC, que pueden convertirse en servidumbres cuando, tras la enajenación, las fincas puestas por su dueño en relación servicial se atribuyan a titulares distintos.

Los mismos párrafos 1 y 2 del art. 566 CCC son contradictorios. No puede decirse que "la servidumbre es el derecho real que grava parcialmente una finca…", para decir a continuación… "en beneficio de otra que es el domi-

[37] *Prólogo* al libro de C. CUADRADO, *La servidumbre de propietario*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008, p. 18.

nante", y puede consistir en el otorgamiento a ésta de un determinado uso de la finca sirviente o en una reducción de las facultades del titular… de la finca sirviente". Es absurdo que el derecho a usar o a reducir lo tenga la finca dominante. Tratando de *objetivar* la relación de servidumbre en el Libro VCCC, viene a otorgar derechos al dominante, para luego recuperar la persona cuando se trata de reducir facultades al "titular del sirviente". Mientras el ap. 1 juega con la *predialidad*, el ap. 2 art. 566 juega con la *intersubjetividad*.

Por otra parte, el art. 566-3 ya no presupone la *intersubjetividad*, que en mayor o menor grado ha sido elemento constituyente del art. 566-1, o sea, del concepto: sólo las personas usan o reducen, no la finca dominante que no puede ostentar un derecho real. Y sólo el titular de aquella puede reducir la utilidad que la finca sirviente proporciona a su dueño. Sin embargo, para el art. 566-3 lo importante no es la dualidad de titulares, sino la relación de servicio: finca dominante-finca sirviente. Un solo propietario de varias fincas las declara o constituye como dominantes y sirvientes. La total prevalencia de la *predialidad* frente a la *subjetividad* en el Derecho catalán vigente tiene estas contradicciones.

La tensión subjetiva *tuyo-mío* es consustancial a las servidumbres, como a cualquier otro derecho real, que lo es en la medida en que su titular ejerce sobre un bien ajeno facultades de uso, goce, preferencia o realización. Sin duda, los predios se erigen en elementos constituyentes de la servidumbre, pero en tanto en cuanto el servicio de un inmueble a otro se traduzca en *onus* para un propietario y en *utilitas* para otro. A menudo, también en molesta confrontación inherente a la dependencia ancilar de un predio respecto del otro. Si un mismo titular soporta la carga y obtiene el disfrute, no habrá derecho en finca ajena, sino ventajas y desventajas derivadas del ejercicio dominical *(ex causa dominii)*, expresión de las vicisitudes fruitivas y onerosas que los predios sometidos a titularidad única experimentan como consecuencia del ejercicio del derecho de propiedad ex art. 348 CC. Si falla la intersubjetividad, no tiene sentido la relación de los derechos y deberes de los dueños dominante y sirviente, el ejercicio de acciones reales, los modos de constitución y extinción, etc. La servidumbre requiere por naturaleza el doble juego "predio tuyo-predio mío" en relación de servicio uno respecto del otro. Sin *ajenidad*, el dueño único puede crear una apariencia de servidumbre, v. gr., establecer en su finca servicios de luces, paso, vistas, formas de dependencia de unos elementos que sirven a otros, etc., pero esos actos sólo revelan facultades de uso, goce, destinación o gravamen sobre su inmueble como crea conveniente, puros actos dominicales aunque se disfracen de servidumbre, en cuanto una finca o varias del mismo titular quedan sometidas al servicio de otra u otras suyas. Hay una *imago servitutis*, una apariencia o *fenómeno* en términos kantianos que no capta el *nöumenos*, es decir, la esencia de la servi-

dumbre que conecta predios diversos pertenecientes a sus respectivos titulares. Por lo demás, si la servidumbre no grava una finca ajena, ¿qué sentido tiene el principio generalmente aceptado desde el Derecho Romano (D. 8, 1, 14, 9) de que "la propiedad se presume libre de gravámenes"? La libertad de los predios sólo puede reducirse desde fuera (ley, particulares, comunidad, etc.). Desde dentro, el propietario únicamente puede ejercer facultades dominicales. Unilateralmente no tiene posibilidad de gravar su finca con derechos de uso, goce, preferencia adquisitiva o garantía. La hipoteca unilateralmente constituida ex art. 141 LH, antes de aceptar el posible acreedor hipotecario, es un derecho en formación o expectante. Pero no un verdadero derecho real[38]. Porque, en suma, sigue vigente la regla de Africano, que estableció su maestro Salvio Juliano —el jurista más excelso de Roma— *nullum praedium ipsum sibi servire potest* (D. 8, 3, 33, 1), de modo que por su influencia la Jurisprudencia posterior cerró la puerta a la "servidumbre de propietario", hoy abierta sin pudor alguno.

El Derecho moderno presenta supuestos y en algún ordenamiento una regulación de la denominada servidumbre en cosa propia (art. 733 Código civil suizo, art. 566-3 CCC). Pero la servidumbre del propietario único en ciertas hipótesis que se mencionan[39] o la hipótesis del "destino del padre de familia" antes de su enajenación, no son verdaderas servidumbres. Si bien es evidente, como ya escribió De Buen, que la inherencia real de la servidumbre a los predios es el factor esencial[40], el predio sirviente se somete a la *utilitas* o *neccessitas* del dominante en cuanto sus dueños o poseedores (los que sean en cada momento) experimentan en un caso el gravamen y sus consecuencias, y en otro las ventajas del goce parcial. Si es el mismo propietario el que soporta la carga y disfruta la utilidad, no habrá *ius in alieno praedio*, sino que ventajas y desventajas se extraen como consecuencia del ejercicio de su derecho de propiedad *(iure dominii)*, no por vía de servidumbre *(iure servitutis)*. Ciertamente la vinculación entre los predios es tan fuerte en las

---

[38] Vid. mi *Prólogo* al libro de C. Cuadrado, *La servidumbre de propietario"*, cit., pp. 18-19, y mi trabajo *El derecho real de servidumbre y su contenido (desde la perspectiva de la legislación de Cataluña)*, "La Notaría", 9-10, septiembre-octubre 2001, pp. 229 ss., esp. 243 ss.

[39] Como refiere ALBALADEJO, (*Derecho civil III. Derecho de Bienes,* Vol. 2º, 6ª ed., Barcelona, Bosch, 1889, pp. 104-105; 9ª ed., Barcelona, Bosch, 2002, pp. 574-575), que si bien admite, al menos como excepción, la servidumbre sobre cosa propiedad del dueño dominante, aunque en tal caso *también* puede usar éste la cosa sirviente por derecho de propiedad. Para el tema es cardinal el libro de I. MATEO BORGE, *La servidumbre de propietario*, Ed. Pons, Madrid-Barcelona 2000, y últimamente, sobre todo, C. CUADRADO, *La servidumbre de propietario*, cit., *passim*. También LLÁCER MATACÁS *El título constitutivo de servidumbre en el art. 541 del Código civil*, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 125 ss.

[40] DE BUEN, *La teoría de la relación jurídica en el Derecho civil,* "libro homenaje al profesor D. Felipe Clemente de Diego", Madrid, 1940, p. 195, n. 16.

servidumbres, que parece viable que un mismo dueño goce y grave su propia finca. Pero tal situación no es propiamente un derecho real de disfrute en cosa ajena, sino expresión de las vicisitudes fruitivas y onerosas que los predios sometidos a titularidad única experimentan como consecuencia del ejercicio del derecho de propiedad ex art. 348 CC. Del art. 530 CC se infiere claramente "que la titularidad de un derecho de dominio sobre dos fincas, si la situación de hecho y de servicio permanece entre ellas, no se ejerce por un derecho de servidumbre, sino por el más amplio de propiedad"[41].

8. Atipicidad de las servidumbres

Hemos señalado en páginas anteriores que las servidumbres nacen de la propiedad y han desarrollado una función ancilar o de servicio a las exigencias dominicales. El dominio de las fincas las necesita, como la sangre las arterias y las venas para recorrer y vivificar las distintas partes del cuerpo; o como el universo sus células vitales, que son los cien millones de galaxias que lo constituyen. A más propiedad, a mayor expansión dominical, mayor es también la presencia de infinidad de servidumbres, que en sus modelos clásicos han convivido siempre entre fricciones con la concepción absolutista del dominio. Hoy esos tipos elaborados por la tradición histórica exigen cambios para adaptarse a la propiedad limitada y multicolor, especialmente en sus formas comunitarias (propiedad agrícola empresarial, propiedad horizontal, complejos inmobiliarios, urbanizaciones privadas, nuevos modelos de propiedad urbana, etc.). La tendencia a la ampliación de servidumbres, que los juristas clásicos intentaron contener para evitarle constricciones a la propiedad, se rompe inevitablemente en la práctica a lo largo del *ius commune* y es una realidad en la Codificación.

La tendencia moderna a la atipicidad jurídico-real, admitida en general siempre que la nueva figura reúna los caracteres básicos del derecho real (inmediatividad y eficacia *erga omnes*) y responda a una verdadera necesidad real, la recoge explícitamente para las servidumbres el art. 594 CC, naturalmente referida a las servidumbres voluntarias (art. 536 CC), que tiene una redacción similar al art. 1255 CC, referido a la autonomía privada en el plano contractual. La propiedad, que es un derecho constitucionalmente limitado por la función social (art. 33.2 CE), está más predispuesta en nuestros días a sufrir reducciones si las fincas contiguas lo requieren para desarrollar su utilidad individual y social.

---

[41] J. BONET CORREA, *La constitución de las servidumbres por signo aparente*. La "destinación del padre de familia", CSIC, Madrid, 1970, p. 137.

Que el dueño del sirviente en uso de su autonomía privada grave su finca con las servidumbres "que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere", para nada impide que, en la duda, estemos por la inexistencia de la servidumbre, pues se trata siempre de un gravamen que supone una excepción a la regla de que "la propiedad se presume libre"[42].

9. Indivisibilidad

La indivisibilidad es consustancial a las servidumbres. La regla del art. 535 CC (se soporta *pro* parte, aunque grava todo el predio, si el fundo sirviente se divide. Si se divide el dominante, cada porcionero es titular *pro toto* de la servidumbre sobre el sirviente) y de la Ley 395 de la Compilación Navarra obedecen a una tradición antiquísima reflejada nítidamente en las fuentes romanas: *servitutes dividi non possunt:* según la *Regula* atribuida a Sexto Pomponio; *pro partes servitus imponi non potest, sed nec adquiri:* (Ulpiano, D. 8, 4, 6, 1). La división de los predios dominante y sirviente no fracciona la servidumbre, cuya constitución, ejercicio o extinción ha de llevarse a cabo por entero. Es decir, el predio sirviente, tras la división, sigue gravado en su totalidad, aunque cada uno la soporte *pro* parte. A los titulares de la servidumbre no se les fracciona su derecho, sino que lo ejercen sobre toda la finca gravada. Como ha señalado Biondi, la indivisibilidad deriva del concepto mismo de servidumbre, concebida como situación jurídica de dos fundos, activo y pasivo, comparable al estado de las personas... Así como las personas no pueden ser al mismo tiempo ciudadano y extranjero, menor y mayor, casado y soltero..., tampoco un fundo puede ser en parte libre y en parte sirviente, en parte dominante y en parte no[43]. El mismo Pomponio, tras sentar la regla de la indivisibilidad, da la razón: el ejercicio de la servidumbre está tan entrelazado, que si se fracciona destruimos su misma esencia (*nam...usus ita conexus est, ut qui eum partiatur, naturam eius corrumpat*). No olvidemos que el disfrute de la servidumbre puede ser parcial, pero el ejercicio no (*frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus*: Paulo, D. 7, 8, 19).

El art. 566-12 CCC regula la división entre las causas de modificación y extinción de la servidumbre, y si bien señala como principio que la división ni extingue la servidumbre ni puede hacer más gravoso su ejercicio (art. 566-12.1), rompe con el criterio romano de la indivisibilidad, pues si la división sólo es

[42] Por eso tiene razón M. ALBALADEJO cuando señala que son de interpretación restrictiva tanto las disposiciones legales relativas a servidumbres como los negocios jurídicos que las establecen (*Derecho civil*. III, 9ª ed., Barcelona, Bosch, 2002, p. 572).

[43] B. BIONDI, *Las servidumbres*, cit., p. 353.

útil para alguna finca dominante, se puede exigir que se extinga la servidumbre respecto de las demás (art. 566-12.2). Si se divide la finca sirviente, y las demás parcelas no prestan utilidad a la dominante, puede exigir la desaparición de la servidumbre respecto de ésta (art. 566-12.4). La indivisibilidad de la servidumbre se ha convertido en un carácter secundario de la misma, pues aunque no impide en teoría su pervivencia, da ocasión para que pueda fraccionarse y reducirse cuando la utilidad de la finca dominante ha seguido la misma suerte. En suma, se huye del gravamen o de parte del mismo cuando la finca sirviente pierde en la misma medida su razón de ser, o la dominante de igual modo, tras la división, no precisa del predio gravado.

10. *Causa servitutis*

La servidumbre, como derecho real que sujeta un predio al servicio parcial de otro, sólo se justifica si hay razón para ello. Es incierto que el esquema de la esclavitud romana se adoptara para las servidumbres: "unas fincas podían ser sirvientes de otras al igual que los esclavos pertenecían a sus amos"[44]. El predio sirviente lo era entonces y ahora porque el propietario reduce alguna de sus facultades en beneficio de otro. Si así no fuera, sería muchas veces impracticable el ejercicio normal del dominio. Un predio no se esclaviza a otro cuyo dueño sería el amo de aquél. Hay, eso si, un servicio o sujeción parcial de una finca a las necesidades de otra, guardando siempre aquella idea de la menor gravosidad e incomodidad para el dueño del predio sirviente (arts. 535 y 543 CC: sin alterarla ni hacerla más gravosa), y sin olvidar que la propiedad en el Derecho romano, como en la actualidad, se presume libre y no esclava (*omne praedium presumitur liberum*: D. 8, 1, 14, 9 y SSTS 29 junio 1983, 21 octubre 1987, 23 junio 1995, etc.)[45].

---

[44] C. LASARTE, *Principios de Derecho civil, IV. Propiedad y Derechos Reales*, 8ª ed., Madrid/Barcelona/Buenos Aires, M. Pons, 2008, p. 297. Si así fuera, ¿por qué no desapareció la servidumbre cuando se extinguió la esclavitud? No comparto esta opinión que contradice la mentalidad jurídica romana: establecieron servidumbres siempre limitadamente, porque la propiedad les mereció un carácter sacral, y siempre se *presumía* sin cargas. Los romanos preferían la propiedad libre a gravada. Mientras la esclavitud fue un modo de ser en aquella sociedad, la servidumbre fue un modo de *estar* entre fincas contiguas o próximas para favorecer la utilidad y rendimiento de la propiedad. La esclavitud todo lo invade y se ve como una necesidad absoluta. La servidumbre, en cambio, sólo se admitió en la medida en que prestaba utilidad al dominio. Este era el importante: cuanto más amplio, mejor, y cuantos menos predios a su servicio, aún mejor, pues ello significaba gravar a los dueños de los fundos sirvientes.

[45] P. PERLINGIERI ha insistido en la idea, ciertamente moderna, de que en las servidumbres fundo dominante y sirviente no son la *res*, sino las situaciones reales a favor y a cargo de los que se establece la relación. Rechaza la idea de que la servidumbre sea una relación entre fundos materialmente entendida, y la sitúa en las relación jurídica que tiene como punto de enlace las situa-

Una regla de origen postclásico señaló que *omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent* (D. 8, 2, 28). La regla se acoge en la Ley 395 de la Compilación de Navarra, al señalar que "El derecho de servidumbre… tiene carácter permanente cuando no se hubiere constituido bajo término o condición…" (bajo condición serían las referidas a inmuebles de futura construcción o derribo, que proporcionen una utilidad futura). Dejando a un lado interminables discusiones de los romanistas, la máxima ha de interpretarse para excluir, en primer lugar, las ventajas de un uso temporal que no puede ser objeto de una servidumbre, sino de una obligación de permitir por parte de un propietario en favor de otro[46]. Donde no hay un interés permanente y duradero, no existirá derecho de servidumbre, sino vínculo obligatorio, señaló Dusi[47]. Por lo general al acreedor, cuanto antes se le pague, mejor. Es una relación hecha para acabar mediante un cumplimiento satisfactorio. La servidumbre, en cambio, está hecha para dar utilidad constante al predio dominante. Sin perjuicio de que en nuestros días abunden relaciones contractuales duraderas, como los préstamos hipotecarios, ventas o suministros a largo plazo, cuyo interés reside en que reportan una *utilitas* constante y duradera al acreedor mediante pagos fraccionados. Pero es una utilidad *crediticia* o en el ámbito de las relaciones entre productores y consumidores, no una *utilidad predial*, como la de las servidumbres. En segundo lugar, la perpetuidad sólo significa que el fundo sirviente ha de prestar al dominante una utilidad permanente, debe servir con mayor o menor continuidad a las necesidades del mismo[48]. La perpetuidad, que hoy ha de enten-

---

ciones subjetivas que pueden versar materialmente sobre los fundos en cuestión. No gravan las servidumbres el fundo, sino las situaciones subjetivas (vid., entre otras varias, *Introduzione* alla problematica della "proprietá", *El Derecho civil en la legalidad constitucional*, trad. esp. coord. por A. Luna y C. Maluquer de Motes, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 827, 851). En realidad, se trata de una corroboración de que la servidumbre no es una relación jurídica entre fincas dominante y sirviente, sino de personas, que en un caso perciben una utilidad recayente en el predio (situación de dominación) y en el otro una carga u *onus* que grava un fundo en beneficio de aquél (situación de servicio): sólo la *causa servitutis* fundamenta esta relación de sumisión o gravamen frente a unas necesidades o utilidades que se revelan imprescindibles para el titular del derecho de servidumbre. La idea de *servicio, utilidad* o *beneficio* en favor del predio dominante y su configuración como *gravamen* o *carga real* de carácter duradero (y, en no pocos casos, tendencialmente perpetuo) son características o notas inherentes a la servidumbre, en la que, sea voluntaria o legal, la *relación de servicio* no puede faltar (vid. C. LASARTE, *Propiedad y derechos reales*, 8ª ed., cit., p. 311).

[46] D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., p. 196, n. 3.

[47] B. DUSI, *Istituzioni de Diritto privato*, cit., p. 601, n. 17. Como ha precisado C. LASARTE, quizá sea correcto afirmar que la *servidumbre tendencialmente es perpetua* y que, en cambio, las relaciones de servicio de carácter temporal, en la generalidad de los supuestos, deben considerarse más como prestaciones de naturaleza personal que como verdaderas servidumbres (*Propiedad y Derechos Reales*, 8ª ed., cit., p. 321).

[48] Por su parte, una vieja sentencia de 13 noviembre 1929 ya señaló que la prestación pasiva a que un predio está afecto por la servidumbre ha de ser de modo definitivo, permanente y fijo, como todo derecho real, no en el sentido de perpetuo, sino también de temporal.

derse como permanencia, debe unirse a la utilidad "que es el contenido esencial de la servidumbre" dice Biondi[49], y la misma idea expresa la STS 31 mayo 1986, cuando señala que el "aprovechamiento de un fundo sobre otro constituye la esencia de toda servidumbre". Los Doctores del Derecho común (posiblemente algún glosador) formuló la regla *servitus fundo utilis esse debet*, que el art. 530 CC, al igual que tantos otros ordenamientos, tradujo como *gravamen* de un inmueble en *beneficio* de otro. La utilidad es inherente a la relación entre los fundos, aunque sea programada y disfrutada por el propietario del predio dominante y sufrida por el dueño del sirviente. La *utilitas fundi* es una cualidad esencial a la misma servidumbre y condiciona su pervivencia. Si ella deja de existir, desaparece la causa *servitutis*, la razón misma de su existencia[50]. La regla del art. 566-4.1 ("utilidad exclusiva del dominante", como *causa servitutis*) obedece a una larga y constante tradición.

Parece claro, en consecuencia, que la *utilitas fundi*, como función económico-social que el instituto satisface, forma parte esencial o es razón de ser de toda servidumbre y puede hablarse de ella como "causa y fundamento de la servidumbre". De ahí el art. 545., ap. 1º y 2º *in fine* CC, art. 566-4. 1 y 3 CCC. Mientras las servidumbres *voluntarias* pueden tener su causa en la *utilidad* o en la *necesidad* (queda su establecimiento por la razón que sea a merced de las partes), las servidumbres forzosas (legales), en las que la ley faculta a las partes para obtener su imposición, aunque se oponga el dueño del *sirviente*, sólo pueden ser solicitadas si se da la *necesidad* que las exige, que a su vez comporta utilidad al *dominante*. La verdad es que ambos aspectos de la *causa servitutis* se entremezclan e interfieren. La necesidad es utilidad para el dominante, aunque en las voluntarias la *utilidad* puede no implicar *necesidad*. No obstante, es difícil que se quiera constituir una servidumbre voluntaria, si amén de útil, no implica satisfacer un cierto grado de necesidad.

---

[49] B. BIONDI, *Las servidumbres*, cit., p. 373. Por mi parte, no creo que la utilidad se identifique con el contenido esencial, sino más bien es su causa o fundamentación; su razón de ser, su misma finalidad etiológica. Como contenido general la considera también el art. 566-4 CCC, al señalar que "la servidumbre se constituye para utilidad exclusiva de la finca dominante" (ap. 1) y "se ejerce de la forma más adecuada para obtener la utilidad… y, a la vez, de la menos incómoda y lesiva para la finca sirviente (ap. 2). Pero tales determinaciones, además de muy difíciles de conciliar en la práctica —por no decir imposibles—, no integran el contenido general de la servidumbre, sino que configuran, respectivamente, la *causa servitutis* y el *usus civiliter*. En modo alguno forman el contenido, que lo constituye el conjunto de facultades y poderes de actuación del titular del predio dominante, como así mismo el dejar hacer y soportar el ejercicio correcto de la servidumbre por parte del dueño o poseedor del sirviente.

[50] Cfr. I. MATEO BORGE, *La servidumbre de propietario*, Madrid-Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2000, p. 104. Por lo demás, según ha señalado la STS 31 mayo 1986, la servidumbre no debe persistir en cuanto desaparece la *utilitas praedio*, pues que es "un gravamen en *beneficio* de otro" (art. 530 CC).

Por lo demás, es menester compaginar *utilitas* y *neccessitas* del dominante con los perjuicios y perturbaciones del sirviente. No puede olvidarse que el ejercicio de la servidumbre se mueve dentro de una tensión dialéctica entre la utilidad del predio dominante y el uso menos perjudicial del fundo sirviente. He aquí la idea cardinal en torno a la cual gira el contenido de la servidumbre. Tensión entre derecho y gravamen dentro del uso racional o necesario (*non ultra posse quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit*: D. 8, 3, 5) o uso *civiliter* (D. 8, 1, 9), es decir, "con medida, corrección y buena fe[51] y las limitaciones procedentes de la menor incomodidad (compaginación ex art. 566-4-2 CCC, o arts. 543 y 545 CC).

Pero la utilidad exclusiva del dominante requiere un uso *civiliter* por parte de su titular[52] de modo que no sea abusivo y, por tanto, extraordinario o anormalmente excesivo; en último término, ha de ajustarse al principio de la buena fe que debe regir las relaciones entre propietarios vecinos o contiguos. Ello supone un uso que ocasione la menor incomodidad y gravosidad posible para el dueño del predio sirviente, conforme reflejan los arts. 535, 543, 545, 565 CC; o arts. 566-4.2, 566-7.2, 566-8.3, 566-9.3, 566-10.2 CCC; leyes 399, 401 CN. Todo ello con las adecuadas compensaciones económicas. Si es evidente que la *utilitas* o *necesitas* se proyectan sobre la finca dominante, el *civiliter uti* beneficia al fundo sirviente.

Hemos puesto de relieve que las servidumbres tienen como causa fundamentante la *utilidad* y han de ejercerse *civiliter*. Si en un momento determinado ambos criterios resultaran "incompatibles", y hubiera que elegir ¿Cuál prevalece? Hay un criterio armónico que parece predominar, tal como se establece en el art. 1065, ap. 2º CC italiano: "en la duda sobre la extensión y las modalidades de ejercicio, la servidumbre debe entenderse constituida de modo que satisfaga la necesidad del fundo dominante con el menor perjuicio para el sirviente. Necesidad, utilidad y menor incomodidad deben convivir[53],

---

[51] B. BIONDI, *Las servidumbres*, cit., pp. 768 ss.

[52] Como ha puesto de manifiesto ALBALADEJO, ya el Derecho Romano impuso esta modalidad de uso al dueño del predio dominante: *suo iure civiliter uti*. Así lo hacen expresamente algunos códigos modernos (Código civil alemán, § 1020; cc it., art. 1065, *in fine*). En cuanto al nuestro, no se proclama explícitamente en general. Pero sin duda, es principio que acogió nuestro legislador, como se induce de varios artículos relacionados con la cuestión (art. 543.2º; 545, 2º; 558, 2º; 560): *Derecho civil*. III. *Derecho de Bienes*, 9ª ed., puesta al día con la colaboración de J. M. González Porras, Barcelona, Bosch, 2002, p. 595). De forma muy explícita el art. 566-4.2 CCC, y también, aunque de modo más regular y clásico, la Ley 399 CN.

[53] B. BIONDI se inclina por la regla del equilibrio: "la extensión de la necesidad encuentra un límite en el perjuicio; en otras palabras, es posible la extensión de la necesidad, aunque produzca un perjuicio, pero es menester que sea el menor posible. Es un término medio entre la necesidad y el perjuicio" (*Las servidumbres*, cit., p. 771). Aunque yo no lo veo así, sino que hay una clara inclinación por la necesidad o utilidad siempre limitada por el uso *civiliter*. El perjuicio pue-

aunque parece inclinarse la balanza a favor del derecho de la finca dominante: se pone por delante la satisfacción de la necesidad.

Nuestro Código civil parece seguir un criterio similar, en el que prevalece la *utilitas* del dominante, como se deduce de la lectura de algunos preceptos, v. gr. art. 535.2 (cada porcionero del dominante dividido puede usar por entero de la servidumbre); art. 545, en que se veda al dueño del sirviente menoscabar el uso de la servidumbre y, en caso de variación, no puede resultar perjuicio alguno al dueño del predio dominante o a los que tenga el uso de la servidumbre); el mismo criterio reflejan los arts. 542 y 543, en cuanto ponen de relieve que el titular de la servidumbre tiene todos los poderes jurídicos inherentes a su uso y facultades para realizar en el predio gravado las obras necesarias para su uso y conservación. Eso si, el legislador siempre pone un límite a la prevalencia de la utilidad o necesidad del dominante, que no es otro que el propio del *civiliter uti*: esos mismos preceptos prohiben agravarla, alterarla, hacerla más gravosa o muy incómoda. La servidumbre, que por ser un gravamen ya supone una reducción de los poderes del dueño sobre la finca sirviente y una incomodidad para el mismo, debe ejercitarse siempre conforme a esas reglas correctoras, que son expresión del uso normal y no extralimitado de los derechos[54].

El Código civil catalán parece situar a un mismo nivel la utilidad de la finca dominante y la menor incomodidad y lesividad para la sirviente (art. 566-4.2), pero inclinándose el fiel de la balanza por el lado de la utilidad del dominante (art. 566-4.1 y 4.3). Sin embargo, tal criterio se rompe a favor del principio *pro fundo sirviente* (arts. 566-7.2, 566-8.3, 566-9.3, 566-12).

La *utilidad*, actual o futura (edificio por construir), siempre parcial y limitada (lo contrario chocaría contra la plenitud tendencial del dominio), reviste muchas matizaciones, variedad de aspectos[55]. Por ejemplo:

— Mejor aprovechamiento rústico o urbano, realización de obras y trabajos *ad meliorandum*.

— Facilitar el paso, la conducción de líquidos o gases, el acceso a la vía pública, etc.

---

de ceder a favor de la necesidad, pero siempre procurando al predio sirviente las menores incomodidades y daños posibles.

[54] Como ha dicho L. I. ARRECHEDERRA, la mayor o menor amplitud de la servidumbre se dará siempre dentro del ámbito de la utilidad, de la necesidad. Si este ámbito se rebasa ya no estamos ante un derecho de servidumbre, sino ante un aprovechamiento económico de la cosa ajena configurado como un derecho real sobre cosa ajena distinto del de servidumbre (*Comentario del Código civil,* I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1413).

[55] Sobre la *utilitas fundi*, LACRUZ y continuadores, *Elementos de Derecho civil. III. Derechos Reales*, vol. 2º, ed. revisada y puesta al día por A. Luna, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 94 ss.

— Servidumbre con fines industriales (STS 20 diciembre 1988).

— Razones de amenidad, comodidad u ornato *(amoenitatis causa)*: D. 43, 20, 3 pr.; art. 1028 CC italiano.

— Apertura a vistas o paisajes (Nov. 63).

— Calidad, salubridad y amplitud en el goce del predio dominante (... *"iura praediorum" quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo*: D. 50, 16, 86).

Como hemos reiterado, la servidumbre sólo justifica su existencia si la impone la necesidad o una causa adecuada. En caso contrario, la servidumbre no puede darse, pues su esencia se traduce en un gravamen y la propiedad desde el Derecho Romano "se presume libre". En todo caso, la servidumbre es un goce parcial y limitado sobre predio ajeno ("especialidad" de la servidumbre), por lo que se excluye la constitución de "una servidumbre general o universal" que comprendiera todas las utilidades de la finca (S. 23 marzo 1963) y vaciara sustancialmente de contenido el derecho de propiedad (S. 25 octubre 1974). La servidumbre es "una limitación del dominio que supone una restricción del normal régimen de la propiedad" (S. 27 junio 1980), "una excepción al caso general, que es el de la propiedad libre"[56]. Ello significa:

— Cuantas menos servidumbres, mejor.

— Cuanto menos extensión e intensidad tenga el gravamen, mejor.

— Cuanto más se abstenga o no haga el sirviente, mejor. Sólo debe cooperar *(facere)* para que la servidumbre funcione adecuadamente en beneficio del dominante e incluso del titular del sirviente, y no impedir las obras necesarias para su uso y conservación (v. gr. la *refectio parietis*, arts. 543, 545, 569, 599 CC; 566-1.1, 566-4.2 CCC, ley 405 CN).

— Cuanto mejor se revele y fundamente la *causa servitutis*, más se justifica su existencia; a medida que aquella se reduzca o desaparezca, el fundo ha de recobrar su connatural libertad dominical y fruitiva.

— Cuantas menos cargas, obligaciones *ob rem* o, si se prefiere, modos de hacer eficaz el *pati* o el *non facere* tenga el dueño de la finca sirviente, mejor. Lo mismo diremos del dominante ex art. 543 CC.

---

[56] M. ALBALADEJO, *Derecho civil,* III. *Derecho de Bienes*, 9ª ed., cit., p. 572, "por lo que si el presunto dueño sirviente lo niega, la servidumbre ha de probarse por quien la alegue", añade con razón el autor.

— En suma, cuanto menos se moleste o "incordie" al propietario del sirviente, salvando siempre la *utilitas* o *neccessitas* del dueño del predio dominante y el uso *civiliter* de su derecho, mejor. En todo caso, el principio *"pro sirviente"* como el *"pro debitore"* sólo opera si se satisface *civiliter* la utilidad o necesidad del dominante; como en el otro supuesto, el interés del acreedor.

— Hay que entender, pues, que son de interpretación restrictiva tanto las disposiciones legales relativas a servidumbres, como los negocios jurídicos que las establezcan. En caso de duda, hay que inclinarse por el menor alcance del texto que establezca el gravamen y la menor extensión de éste (SSTS 21 nov. 1981, 11 oct. 1988, entre otras)[57].

Hoy día no podemos admitir que perviva el viejo *modus servitutis* de los juristas romanos, como correctivo de equidad que las partes añadían al tipo de servidumbre para hacer más flexible la regulación legal. Pero perdura su espíritu y finalidad. Como ha recordado Biondi, ha desaparecido el *modus servitutis*, que atemperaba la rígida tipicidad de las antiguas servidumbres, pero subsiste el concepto de *modalidad*, como parte integrante e inseparable de la servidumbre[58]. El ejercicio de las servidumbres requiere una determinada forma y manera, a que alude el art. 547 CC (heredero del art. 708 *Code civil*), manifestada en esas expresiones "no hacerla más gravosa" (art. 543 CC) o "muy incómoda" (art. 545 CC), "de la menos incómoda o lesiva" (art. 564-4.2 CCC), "de la forma más adecuada para obtener la utilidad…" (art. 564-4.2 CCC), etc. En conclusión, la servidumbre presenta aspectos muy variados en orden al ejercicio del derecho, así como sobre la extensión y límites del gravamen, que se refieren al tiempo, lugar, comodidad, medida, utilidad, etc. La "extensión y modalidad" del ejercicio se configuran en el título y, en la duda, por la regla de la satisfacción de la necesidad del fundo dominante con el menor perjuicio para el sirviente, como determina el art. 1065 CC italiano. Armonizar ambos criterios es el arte supremo del *modus servitutis* en su valoración actual.

Incluso, *la utilidad es con frecuencia necesidad*[59]: servidumbres de saca, de agua y abrevadero, de extracción de materiales o de acceso a vía pública se hacen útiles para el predio dominante en la medida en que son imprescindibles para el ejercicio normal de su derecho de propiedad, y en modo algu-

---

[57] M. ALBALADEJO, *op. últ, cit.,* p. 572.

[58] B. BIONDI, *Las servidumbres*, cit., pp. 776 ss., esp. p. 780.

[59] M. ALBALADEJO delimita necesidad y utilidad, para así distinguir, respectivamente, servidumbres forzosas y voluntarias (*Derecho civil, III. Derecho de Bienes*, vol. 2, Barcelona, Bosch, 1989, p. 119; cfr. 9ª ed., Barcelona, Bosch, 2002, p. 588).

no pueden exceder la medida de lo necesario (*non ultra posse quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit:* D. 8, 3, 5). Porque, a fin de cuentas, la servidumbre no se constituye caprichosamente, lo que contrastaría con la estructura de la institución y, sobre todo, con la misma función social de la propiedad[60], ni satisface intereses públicos, pero no puede subsistir sin la presencia de la necesidad o utilidad, efectiva y real, como *causa servitutis* e incluso "como cualidad jurídica suya"[61].

II. CONSTITUCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES: IDEAS GENERALES

1. Sobre la posibilidad de eliminar la usucapión como modo constitutivo

El Código civil delimita en orden a los modos de adquirir las servidumbres, según se trate de servidumbres continuas y aparentes, en cuyo caso se adquieren por título, o por prescripción de veinte años (art. 537), o de servidumbre continuas no aparentes, y discontinuas, sean o no aparentes, en cuyo caso sólo podrán adquirirse en virtud del título (art. 539). La regla es coherente con la distinción y con los requisitos de la usucapión, pues las servidumbres no aparentes carecen de la titularidad posesoria *pública* exigida por el art. 1941 CC, y las discontinuas están privadas, a su vez, de la *no interrupción* que requiere también el mismo artículo citado. Razón de ser de toda posesión en concepto de dueño es su publicidad y continuidad. Sin ellas no hay usucapión posible[62]. Por otra parte, parece normal que, dada la utilidad que prestan las servidumbres a todo propietario o poseedor, puedan constituir servidumbre no sólo los propietarios, sino los titulares de derechos reales posesorios sobre las fincas sirvientes o dominantes (art. 566-2.2)[63].

Dentro del ordenamiento español reciente, y en el ámbito del nacionalismo autonómico que ha sobrepasado manifiestamente los límites bien precisos del art. 149.1.8ª, el Libro V CCC ha suprimido la división entre servidumbres continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes, que el art. 532 CC recogió

---

[60] PUGLIATTI, *La proprietá nel nuevo diritto*, Milano, Giuffré, 1954, p. 140 ss., 274 ss.

[61] B. BIONDI, *Las servidumbres*, cit., p. 257.

[62] Vid mi estudio *Valoraciones históricas y criterios reguladores de la usucapión en el Código civil*, "Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola", I, Madrid, C.E. 2006, pp. 25-75.

[63] Como señala M. ALBALADEJO, "quien sin ser propietario, tiene sobre la cosa un derecho que le atribuye las facultades que la servidumbre conferirá al dueño dominante, puede también constituir ésta (con las mismas cortapisas señaladas antes para el dueño con dominio limitado) para el tiempo que dure el derecho (*Derecho civil*, III. *Derecho de Bienes*, 9ª ed., cit., p. 598).

por herencia del *ius commune* (desde la famosa *regula infallibilis* de Bartolo)[64], pero es ajena al Derecho Romano y al catalán (salvo la Compilación de Derecho civil, que acogió la distinción con el eterno pretexto de fijar la usucapibilidad de unas y no de otras). Desde la Ley 13/1990 de 9 de julio, de la Acción Negatoria, Inmisiones, Servidumbres y Relaciones de Vecindad, se ha olvidado deliberadamente estas categorías, al tiempo que se elimina cualquier referencia a la usucapión inmemorial[65].

Pero lo relevante es que aquélla ley fue la última que mantuvo tres causas constitutivas (título, ley, usucapión). Desde la ley 22/2001, las servidumbres sólo se constituyen por *título* otorgado de forma voluntaria o forzosa (vid. art. 566-2.1 CCC). Se suprime la usucapión como causa adquisitiva de la servidumbre. Se vuelve al Derecho Romano, en que la *Lex Scribonia* (s. I a C.) prohibió esta forma de adquirir, y así pervivió durante siglos, pues se enten-

---

[64] La distinción entre servidumbres aparentes o no tiene su origen en la Glosa y la desarrollan los comentaristas del s. XIV. Dos razones, sobre todo, influyeron en su creación: la primera, preservar la buena fe del adquirente de un bien gravado con servidumbre, pues la apariencia o visibilidad del gravamen garantizaba que el causahabiente había adquirido conociendo la carga que pesaba sobre el bien y estaba obligado a soportarla. La segunda, la apariencia delimita el concepto de servidumbre, pues si no existen signos aparenciales habría que pensar que estábamos ante una situación de mera tolerancia o *"iure" familiaritatis*. El *Droit coutumier* hizo uso frecuente de la distinción y la consolida. De él pasó al *Code* civil francés y de éste al nuestro.

[65] Los derechos, como las servidumbres, no pueden poseerse (*nec possideri intelligitur ius incorporale*: D. 41, 3, 4, 26). Precisamente como cosas incorporales las califica Gayo (*incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in iure consistunt, sicut…sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum*: 2, 14). Las cosas incorporales durante siglos son objeto de *usus* o ejercicio. Sólo se poseían las cosas corporales. *Possessio* y *usus* hasta la época posclásica son dos líneas paralelas que no se encuentran. El texto de Gayo sobre la Jurisdicción interdictal de los magistrados *(…cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur*), que para muchos autores pudo ser un glosema (Albertario, Perozzi, Appleton, etc.), puede entenderse más bien (Riccobono, Arangio Ruiz, Di Marzo) como una tendencia clásica tardía a aproximar el *usus iuris* a la *possessio*, propia de las cosas corporales, de modo que el *usus*, como ejercicio o disfrute de un derecho, hoy auténtica posesión (arts. 430, 431, 432, 437…CC, o art. 1140 Código civil italiano), quiere acercarse, operar o parecerse a la posesión, sin llegar a serlo *(quasipossessio)*. El pensamiento posclásico, el derecho vulgar y, sobre todo, Justiniano acaban convirtiendo el *usus* en *possessio*, de modo que ésta puede ser de cosas (tenencia, poder sobre ellas) o de derechos (uso, ejercicio o disfrute).

Como ha recordado J. IGLESIAS, a partir de los justinianeos no sólo hay *possessio* de los *corpora*, sino de los *iura*: del usufructo, del uso…, de las servidumbres prediales…, (*Derecho Romano*, 11ª ed., cit., pp. 291-292). Al *usus* lo absorbió la posesión en toda su amplitud. A su vez, el *usus* no se ha convertido en posesión gratuitamente, pues se ha transformado en su núcleo esencial, en su mismo contenido, ya que la posesión es siempre la apariencia de un derecho, su mismo disfrute o realización, el ejercicio , en suma, de un derecho más allá de que se sea o no titular del mismo. Se gozan las cosas o los derechos (art. 2228 *Code*) y eso significa el *uso*, pero también la posesión. Las servidumbres fueron la piedra de toque que sirvió para hacer a ellas extensiva la tutela general que se daba para la posesión de cosas corporales (SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, 7ª ed., Viena, 1865, pp. 990 ss., 407 ss., 472 ss.). En otras palabras, el *usus* se hizo *quasipossessio* y definitivamente *posesión* a través de la protección posesoria extendida desde las cosas corporales a las servidumbres.

día que la servidumbre, como derecho, era objeto de *usus,* no de *possessio*. Cuando el *usus* se transforma en *quasi possessio* (los derechos podían ejercitarse a manera de posesión), lo que, según el testimonio tardío, acontece fundamentalmente con las servidumbres, a partir de la época postclásica se inicia el camino que Justiniano consagra de la usucapibilidad de los derechos reales y, en especial, de las servidumbres. El *usus* no sólo se ha transformado en *possessio*, sino que ésta se extiende a cosas y derechos. Ella misma es ya un derecho[66]. Cualquier servidumbre era usucapible, siempre que reuniera los requisitos de la propia usucapión, sin que fuera preciso apoyarse en las clases de servidumbres, sino en las exigencias legales de la prescripción adquisitiva[67].

Yo apoyé en su día la desaparición de la *usucapión* en el Derecho catalán[68], como modo constitutivo de las servidumbres, y también defiendo su supresión en el Código civil, por las siguientes razones:

---

[66] D'ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 143, idea que en su momento también defendió SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Napoli, 1949; *Servitutem debere*, IURA, 2 (1951), pp. 1 ss.

[67] Sobre la usucapión de servidumbres es fundamental la obra de G. CERDEIRA, *Usucapión de servidumbres*, Madrid-Barcelona, M. Pons, 2000, 216 pp.

[68] En mi trabajo, *El derecho real de servidumbre y su contenido (desde la perspectiva de la legislación de Cataluña)*, "La Notaría", 9-10, septiembre-octubre 2001, pp. 241-242. Es memorable la discusión que se suscitó en el Parlament de Cataluña en torno a la supresión de la usucapión de servidumbres, cuando se discutió el Proyecto de Ley de Regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y derechos de adquisición (Ley 22/2001, 31 diciembre). Esta ley modificó la 13/1990, y establece como único modo adquisitivo el título, que luego aceptaría el art. 566-2.1 CCC, título que, añade el precepto, puede otorgarse de forma voluntaria o forzosa.

Los diversos grupos políticos de la Cámara legislativa catalana van exponiendo sus argumento en pro o en contra de la supresión. El Conseller de Justicia, en la presentación del Proyecto, pone de relieve la apuesta de la ley por la eliminación de la figura, frente a la tradición del Derecho romano a partir de la época posclásica, en que es posible la *iuris possessio* y, por tanto, la de algunas servidumbres.

Contra el criterio del Proyecto y a favor de la usucapión de servidumbres se manifestó en su momento el Grupo Popular, para acabar cambiando y entender, con la Comisión Codificadora, que es mejor la solución eliminadora del texto en discusión. Sobre todo, se opuso a la supresión de la usucapión de servidumbres el Grupo Socialista-Ciudadanos para el Cambio, aportando argumentos varios tradicionalmente invocados que toma como referencia esencial de la profesora Cortada i Cortijo: la importancia de la usucapión se debe a que el fundamento principal y básico de la misma se halla en el principio de seguridad jurídica, en la necesidad de fijar las relaciones de derechos inciertos [vieja idea de Gayo: *ne rerum dominia diutius in incerto essent*: 2, 44], susceptibles de dudas y controversias, "encerrándolas en un determinado periodo de tiempo". La necesidad que satisface la usucapión es la de garantizar el goce pacífico de los derechos… Cita este grupo parlamentario, de acuerdo con las ideas de la profesora Cortada i Cortijo, la opinión de Durán y Bas que en su libro relativo a la *Memoria sobre las Instituciones del Derecho civil catalán*, además de situar el fundamento de la usucapión en el principio de seguridad jurídica, siguiendo a diversos autores, lo coloca también en la utilidad, en la equidad —opinión a la que se adhiere— y en la preterición del particular que colisiona con el designio de paz y de riqueza progresiva de toda la sociedad.

El representante del Grupo parlamentario socialista refuta los argumentos de los oponentes a la usucapión: prevalencia del principio de libertad de dominio, que se defiende con la acción negatoria; reducir los conflictos posesorios, que por esta vía no se conseguirá; la ley protege la pose-

Razones en contra de la usucapión de servidumbres:

1. El dominio debe tener los menos gravámenes y restricciones posibles, y la usucapión significa caminar hacia un derecho, como la servidumbre, no sólo oneroso, reductor y molesto, sino perpetuo. Véase lo que hemos escrito en páginas anteriores sobre la *perpetua causa servitutis* o utilidad permanente que ha de prestar al dominante la finca sirviente. Añádase a ello que, en los veinte años que han de transcurrir para adquirir por usucapión las servidumbres continuas y aparentes (art. 537 CC), el dominio usucapible ha de estar gravado por quien posea en concepto de titular de la servidumbre (art. 1941 CC), y eso requiere no la posesión por mera tolerancia o paciencia del dueño (*iure familiaritatis* ex art. 1942 CC), que no aprovecha para la posesión *ut dominus*, sino con justo título (arts. 1942, 1952 CC). Sabemos que los derechos reales sólo se adquieren por las causas del art. 609 CC, y la prescripción es una de ellas, pero con justo título (contrato traslativo, sucesión, ley, donación). Pero cuando el poseedor de la servidumbre tiene justo título, verdadero y válido (art. 1952), estará usucapiendo la servidumbre legítimamente, más por otro conducto: existió un acto constitutivo o traslativo de la servidumbre a *non domino* y por vía de usucapión ordinaria o extraordinaria, se purgará el vicio originario de titularidad. Esta es una cuestión distinta a la contemplada, pues aquí la servidumbre se constituye por título ex arts. 537 y 539 CC, y no por usucapión, que en este caso se limita a purgar la consecuencia de recibir el derecho de servidumbre de un *tradens non dominus*: el título existía y gozaba de validez, pero procede de quien no es titular del derecho transmitido.

---

sión en concepto de dueño, y ésta es la base jurídica sobre la que se apoya la figura de la usucapión; que la eliminación supone una sobreprotección excesiva del derecho de propiedad; treinta años de ocupación pública y pacífica, como estableció la Ley 13/90, es tiempo suficiente para posibilitar los derechos de las partes implicadas. Tampoco puede decirse que se rompe con la tradición jurídica catalana, pues la usucapión de algunas servidumbres la estableció la Compilación y la ley 13/90 lo que hace es modernizar aquella idea vigente desde 1960. En once años desde 1990 no puede establecerse un diagnóstico sobre la conflictividad o la excesiva litigiosidad de la usucapión de servidumbres, mientras otros ordenamientos de nuestro entorno (Francia, Italia, Inglaterra) la mantienen.

El Grupo presentador del Proyecto, el mayoritario de Convergència i Unió, se opone a los argumentos del diputado socialista y mantiene la supresión de la usucapión de servidumbres como modo constitutivo: por el principio de libertad del dominio tan importante; la dificultad para deslindar la posesión *ad usucapionem* de los actos de mera tolerancia, con la dificultad añadida de la prueba, fuente de máxima conflictividad en esta figura; han sido cortos años de vigencia de la *usucapio servitutis*, admitida sólo en algunos casos y con muchas matizaciones, lo que no puede romper una tradición multisecular en contra. El parlamentario de CIU cita elogiosamente como argumentos finales, poniendo nombre y apellidos, los expuestos por mí en las jornadas entonces recientes de Tarragona, donde yo presenté mi ponencia sobre "El derecho real de servidumbre y su contenido (desde la perspectiva de la legislación de Cataluña)".

2. Hay una dificultad manifiesta para deslindar los actos de tolerancia o licencia del dueño ex art. 1942 CC (*iure familiaritatis* o concesión precaria) de la verdadera posesión *ut dominus*, con los requisitos del art. 1941 CC. Confundir la posesión de mera tolerancia con la posesión como titular de la servidumbre y tratar de delimitarlas, ha dado lugar desde siempre a discusiones y litigios sin cuento. Salvo que se pruebe la posesión en concepto de dueño, muy difícil si no hay título, como acontece a menudo en tema de servidumbres "toleradas" por el titular de la finca gravada.

3. Significa, en fin, dejar el derecho de propiedad abandonado a la inseguridad jurídica, por el hecho de no ejercerlo constantemente, revelar cierta negligencia o cualquier género de incuria. Ya sabemos que *"qui suo iure utitur neminem laedit*, salvo que se violen las exigencias de la función social ex art. 33 CE, lo que acarrearía otras consecuencias, no la adquisición de una servidumbre. Utilizar el silencio, la tolerancia o la posible incuria del dueño del sirviente para premiar al actor con la servidumbre, puede suponer una forma de recompensar a personas que han actuado premeditada y dolosamente o, al menos, con ánimo de servirse indebidamente de la propiedad ajena. Aquí no se trata de evitar la incertidumbre del dominio por largo tiempo, fundamento de la usucapión según Gayo (2, 44), sino de eliminar un gravamen de gran relevancia por su duración e intensidad que a menudo sólo se apoya para invocar su adquisición en la tolerancia y benevolencia del dueño, no en un justo título verdadero y válido emanado a *non domino*.

4. En el Derecho del s. XXI la seguridad de los derechos exige el título para constituirlas. Una sociedad altamente industrializada e intercomunicada, en la era de la informatización, tiene que buscar la garantía del *título* notarial o judicial, o de la norma legal, y no utilizar la usucapión para adquirir un derecho tan heterogéneo y gravoso, como es la servidumbre.

5. Sólo cuando sea posible determinar nítidamente una conducta posesoria con los requisitos del art. 1941 CC, tendrá razón de ser la *usucapio servitutis*. Como en la práctica esto resulta en verdad complicado, vale más eliminar la institución, que crea incertidumbre más que seguridad jurídica, verdadera causa generadora de la institución en sus orígenes[69]. Autorizar la

[69] El argumento de que la usucapión se introdujo por razones de utilidad pública, para que no fuera incierta por largo tiempo la propiedad de determinados bienes, empleado por Gayo (D. 41, 3, 1) y las mismas Partidas (3, 29, 1), no tiene en la actualidad la fuerza que tuvo en otras épocas, si tenemos en cuenta la concepción de la propiedad como derecho-deber, caracterizada por su dinamismo, sus constantes transformaciones y su vinculación a la productividad de la empresa, frente al viejo dominio de contenido estático y fruitivo, asentado en la inmovilidad de la tierra y de la antigua economía artesanal. La usucapión, fundada en la antigua enseñanza de premiar al que posee y sancionar al titular negligente (G. CERDEIRA, *Usucapión de servidumbres*, cit., p. 23),

apertura de huecos, ventanas, o el tránsito por mi finca, pueden significar un verdadero otorgamiento de título. Pero si no consta claramente, hay que pensar en actos de tolerancia, benevolencia o amistad, que no aprovechan para la posesión en concepto de dueño (concesión precaria).

6. Sobreproteger la propiedad es bueno, siempre que se salve el principio constitucional de la función social. Gravar el dominio de un inmueble de modo oneroso y duradero sin tener título de poseedor *ut dominus*, como es habitual en quienes hacen uso de fincas "sirvientes" en su condición de titulares del predio "dominante", que lo hacen *animo familiaritatis* (mejor diríamos, por abuso de familiaridad), no sólo es un modo de limitar el dominio innecesariamente, sino, lo que es más grave, de reducirlo y derogar el régimen normal de la propiedad libre.

2. Una referencia al *título*

El título puede significar no el contrato o negocio jurídico (título en sentido *material*) ex art. 609 CC, o el documento donde consta (título en sentido *formal*) sino el entero acto constituyente, el título y el modo. El *acto dispositivo* que engendra el derecho real y comprende *acto obligacional* y *acto traditorio*. "Produce de manera inmediata el efecto jurídico real"[70]. Parece que tratándose de servidumbre negativa, según opinión generalizada, no hace falta la tradición que la servidumbre requiere para su constitución y transmisión ex arts. 609, 1095, etc. CC. Al menos, creo yo, hace falta la *traditio ficta*, v. gr. instrumental (art. 1462, 2 en conexión con el art. 1464, inciso 1º), documental (art. 1464) o cuasitradición consensual. Por lo demás, puede pensarse que *título* en los arts. 537 y 539 CC está significando lo mismo que en el art. 609 CC, que ha de completarse con la tradición, bien instrumental ex art. 1462.2 CC, documental o consensual ex arts. 1463 y 1464 CC. En suma, con alguna de las formas de *traditio ficta*.

---

puede resultar innecesaria en nuestro tiempo respecto de las servidumbres. Basta aplicar la doctrina del TC sobre la propiedad como "haz de facultades individuales...y al mismo tiempo, como un conjunto de *deberes* y *obligaciones*..." (S. 26 marzo 1987), para impedir la negligencia del dueño del predio sirviente e interrumpir u obstaculizar la inmisión posesoria por parte del dominante. Verdaderamente, siempre queda el problema de fondo sin resolver: cómo delimitar los actos de tolerancia de los actos verdaderamente posesorios en concepto de titular del derecho de servidumbre. Los conflictos jurídicos que ello implica no compensan la conservación de la *usucapio servitutis*.

[70] DIEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, III. *Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 377.

3. Alusión a la servidumbre por destinación del propietario (o por signo aparente)

El art. 541 CC, tan conocido y valorado doctrinal y jurisprudencialmente, establece que "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".

Una interpretación correcta del art. 541 nos llevaría a estas conclusiones, por supuesto referida únicamente al núcleo vital, no a las muchas cuestiones colaterales —aunque importantes— que plantea. Veamos:

a) El signo aparente o *"corpus servitutis"* lo estableció el *propietario* de ambas fincas. Luego se trató de un acto de *servicio* o destinación que creó tan sólo una apariencia de servidumbre. El dueño único ejerció un acto dominical por el que *destina* una de sus fincas al servicio de otra. No hay servidumbre, pues lo impide el art. 530 y 546.1º CC. Sólo actos dominicales ex art. 348 CC. Actos dominicales que han creado un "fenómeno" en términos kantianos, una *apparientia servitutis*, no un *nöumenos* o auténtica servidumbre[71], por mucha intención que tenga de establecerla el propietario de ambas fincas.

b) La enajenación de una supone ante todo la *separación* dominical y el legislador la convierte en *título* para la *creación* de la servidumbre. No para que continúe lo que no era antes de la enajenación servidumbre, sino *"imago o apparientia" servitutis*. La enajenación separa propiedades y coloca el *corpus servitutis* en situación de convertirse en auténtica servidumbre ex arts. 530 y 546.1 CC. Frente a la opinión de aquellos autores, que consideran un caso de constitución legal[72], me sumo a la doctrina

---

[71] Por eso es indefendible la postura de DE BUEN, para quien la servidumbre no brota ex art. 541 CC, sino que preexistía en estado de latencia o *quiescencia* cuando las dos fincas aún pertenecían al mismo dueño (voz *Servidumbre*, EJE, 28, Seix, Barcelona, p. 460). Tesis que no puede admitirse por oponerse frontalmente al art. 530 CC. Otra cosa sería que pensáramos en una expectativa de servidumbre, que puede llegar a ser verdadera *servitus* o desaparecer como tal derecho real expectante.

[72] Como REBOLLEGO VARELA, *Tratado de servidumbres*, Navarra, Aranzadi, 2002, pp. 233, 234; OSSORIO MORALES, *Comentario a la sentencia de 3 de marzo de 1942*, RGLJ, 171, 1942, p. 548; M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, III. *Derecho de Bienes*, 9ª ed., cit., p. 608 ("la creación de la servidumbre se produce *ex lege*… por la concurrencia de los requisitos que la ley marca"); LACRUZ-LUNA, *Elementos*…, III. *Derechos Reales,* vol. 2º, cit., p. 118 ("Parece claro que se trata, como en la constitución de servidumbres por usucapión, de un supuesto de adquisición originaria… que tiene lugar por determinación legal").

voluntarista[73]. La ley no crea automáticamente la servidumbre y hasta tal punto es así que, si nada se establece en contra, es la ley la que respeta y considera el signo aparente establecido por el "paterfamilias" como prueba manifiesta de que quería crear una servidumbre a través de la destinación. La

[73] Ya hemos afirmado en la línea de Bonet Correa y Peña Bernaldo de Quirós, que la servidumbre por destinación del art. 541 CC nace sólo del *título de enajenación*, si bien ha de entenderse que los actos reveladores de la destinación al servicio (signos aparentes) realizados previamente a la enajenación de una de ellas por el propietario de ambas (actos dominicales, no constitutivos de servidumbre), modulan previamente el carácter de esta servidumbre, nacida del título, pero enraizada en "la conducta de destinación". A esta situación descrita ha de referirse la expresión *continúe* del Código civil, no a la servidumbre, que sólo puede nacer cuando cualquiera de las fincas se hace ajena. Como ha escrito ALBALADEJO, *continúe* del art. 541 CC, es sólo "una expresión defectuosa, porque realmente la servidumbre no existía antes... Se refiere a que *continúe* la utilización que por derecho de propiedad se hacía de un fundo en beneficio del otro. Así que, *en adelante*, la utilización se hace por derecho de servidumbre, que surge, pues, al enajenarse un fundo" (cita abundante jurisprudencia: *Derecho civil. III. Derecho de Bienes,* 9ª ed., Barcelona, Bosch, 2002, p. 608, n. 23). La misma idea sostiene M. R. LLÁCER, en el sentido de entender que "la continuación no puede predicarse de la servidumbre porque aún no ha nacido, pero si cabe hablar de la conservación del aprovechamiento o de la situación creada por el propietario" (*El título constitutivo de servidumbre en el artículo 541 del Código civil*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 127). Quizá sea mejor entender que el acto de enajenación transfigura o transforma los signos dominicales de apariencia en verdadera servidumbre, aunque *continuando* el mismo uso o servicio que había establecido el propietario de ambas fincas. Por lo demás, si nada se expresa en el título de enajenación o no se destruyen los signos antes de otorgarse la escritura, no puede pensarse, como ALBALADEJO, que la servidumbre se constituya *ex lege* (*Derecho civil. III,* 2º vol., cit., p. 141; 9ª ed., Barcelona, Bosch, 2002, p. 608), sino en virtud de la voluntad tácita de las partes, que no se han opuesto al acto de destinación unilateral revelado por signos aparentes y, por tanto, han permitido con su silencio que la servidumbre surja en virtud de la enajenación. Estaría presente esa presunción de voluntad tácita, a que se refiere M. R. LLÁCER, favorable en este caso al nacimiento de la servidumbre (cfr., *op. últ.* cit., p. 121). Como bien expresó D. ESPIN, "el título constitutivo tiene su fundamento en la voluntad de las partes, tanto porque es su propietario quien establece el signo aparente o utilidad económica entre fundos, como porque en el acto de enajenación se consiente doblemente la permanencia del signo y su consecuencia al no expresar el efecto contrario" (*Manual de Derecho civil,* II. *Derechos Reales*, 7ª ed., Madrid, 1985, p. 473); en el tema es fundamental la clásica y excelente monografía de J. BONET CORREA, *La constitución de las servidumbres por signo aparente*, Madrid, C.S.I.C., 1970, donde en las pp. 138-139 afirma: "el nacimiento y adquisición de la servidumbre… se produce desde el momento en que pasan a ser de distinto dueño…, un modo constitutivo de las servidumbres según la tradición romanista que ocurre en el momento de la enajenación"… "No se constituye ni automáticamente… ni por virtud de la ley… La naturaleza y causa de la destinación del padre de familia está en la actuación volitiva de las partes". (pp. 135-136). Últimamente son de especial relevancia las notables monografías de C. CUADRADO*, Constitución de servidumbre por signo aparente*. Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2007, pues en su opinión la presunción contenida en el art. 541 CC afirma la teoría voluntarista, ya que es *iuris tantum*. Si se dan los presupuestos del precepto, el legislador presume que se pretende el establecimiento del gravamen. También su otro estudio, *La servidumbre de propietario*, Madrid, 2008, en la que delimita con precisión la constitución de servidumbre por signo aparente de la llamada servidumbre sobre finca propia, pues "el dueño común de los predios afectados por el gravamen se halla facultado, únicamente, para exigir una relación de servicio entre ambos evidenciada por un signo aparente, pero no una servidumbre propiamente dicha. Tal servidumbre brotará en el momento en que se separen los predios, si no se impide a través de su exclusión en el título de enajenación de uno de ellos, o mediante la remoción de los signos" (p. 172).

ley sólo valora y refrenda el *acto de enajenación* como título constitutivo ex art. 537 CC. La servidumbre no nace por disposición legal, sino por el acto alienatorio, aunque la ley marque el camino y designe el título adecuado. Es más, la ley da tal protagonismo al acto transmisivo, que en el propio acto se puede establecer la "no continuidad", o sea, que la servidumbre no nazca y desaparezca la *imago servitutis* anterior al título de enajenación. Tal desaparición puede tener su causa en el acto alienatorio, o porque el *dominus* único de ambas fincas destruyó "la apariencia de servidumbre antes de otorgarse escritura de enajenación". En suma, digamos concluyendo, que el acto de destinación crea la *imago servitutis*, una "servidumbre" en sentido material, pero la auténtica servidumbre nace del título de enajenación, pero también de dicho título puede brotar la no conversión de la apariencia de servidumbre en auténtico gravamen. Creación y "descreación" de la servidumbre nacen de la voluntad del propietario, y también de su voluntad deriva la destrucción del signo aparente antes de otorgarse la escritura de enajenación. De la voluntad del dueño que hizo el acto de destinación depende que el fundo hipotéticamente sirviente se adquiera libre o gravado con la servidumbre tras el acto de enajenación. La ley, respetuosa con los actos de destinación del *dominus*, deja a la autonomía privada la facultad de *crear* o "*descrear"* la servidumbre a través del acto alienatorio como *título*, de conformidad con los arts. 1255, 547 y 594 CC. Si el propietario único destruye la apariencia de servidumbre antes de la enajenación, lo que hace es un acto de disposición ex art. 348 CC eliminador de aquella imagen o apariencia. La ley es *recta ratio* que faculta el acto, pero es la enajenación la que separa las propiedades y a la vez crea la servidumbre. Incluso el signo aparente creador del *corpus servitutis* es acto voluntario dominical, que la ley valora y considera suficiente para que la enajenación lo convierta en servidumbre o para que ésta no llegue a nacer mediante su destrucción voluntaria antes de otorgarse la escritura.

c) El art. 566-3.2 CCC[74] ha seguido un camino diverso al del legislador español. Al legislador catalán no le interesa introducir una figura ajena al Derecho Romano y a su Derecho Histórico, sino liberar la regulación de la

[74] El art. 566-3.2 CCC, tomado literalmente del art. 8.2 de la Llei 22/2001, de 31 de diciembre, establece que "la servidumbre sobre una finca propia publicada únicamente por la existencia de un signo aparente, si se enajena la finca dominante o sirviente, sólo subsiste si se establece expresamente en el acto de enajenación". Diríamos que sólo subsiste como "servidumbre sobre finca propia" (ampliamente admitida en el art. 566-3.1, y de la que se excluye la consolidación ex art. 566-3.3 CCC), o servidumbre impropia *(mera imago servitutis)* en la tradición multisecular romanista, pues nada impide que mediante el signo aparente y la declaración expresa en el acto de enajenación, la servidumbre propiamente dicha nazca de las cenizas de la denominada "servidumbre de propietario" (para el tema es importante el libro de I. MATEO BORGE, *La servidumbre de propietario*, Madrid-Barcelona, Pons, 2000; fundamental el libro de C. CUADRADO, *La servidumbre de propietario*, cit., esp., pp. 125-147 referidas a la legislación catalana).

figura del régimen del art. 541 CC e incardinarla en la institución novedosa de la *servidumbre sobre finca propia*. Reconversión del instituto en "servidumbre de propietario" publicada por existencia de signo aparente. En ese precepto hay una *novación* de "la servidumbre sobre finca propia" en servidumbre ordinaria operada por el acto de enajenación, si no se establece su desaparición definitiva, pero ya como servidumbre clásica. La expresión "sólo subsiste" es incorrecta, pues mal puede subsistir "la servidumbre de propietario" si con la enajenación aparecen dueños distintos. En el Código civil hay una voluntad de perduración (la servidumbre *continua*); en el art. 566-3.2 CCC, lo contrario: el legislador sólo permite la subsistencia "novada" de la servidumbre, si se establece expresamente en el acto de enajenación. Como si aquí se estuviera a favor de la extinción de la carga, salvo declaración en contra.

d) Diríamos que se da el fenómeno inverso: mientras en el Código civil la "servidumbre de propietario", que es un mero *corpus* o *imago servitutis*, se transforma en servidumbre auténtica ex art. 530 CC tras el negocio dispositivo (salvo expresión en contra en la enajenación o destruyendo la apariencia de servidumbre), en el art. 566-3.2 CCC la "servidumbre de propietario" se extingue con el acto alienatorio, salvo que éste establezca expresamente la subsistencia novada en servidumbre ordinaria. En el Código civil tiende a perdurar la mal llamada "servidumbre en finca propia" con la enajenación, porque se desea que aparezca la verdadera servidumbre con dueños distintos; en el Derecho catalán, se está por la "servidumbre de propietario" y no interesa que aparezca la ordinaria. Si la quieren las partes tienen que establecerlo expresamente en el acto de enajenación (art. 566-3.2 *in fine*), que no puede significar subsistencia de servidumbre en finca propia, como dice el art. 566-3.2 CCC, sino nacimiento tras la enajenación de la verdadera servidumbre con propietarios distintos del dominante y del sirviente. El negocio alienatorio extingue la *servitus in praedio suo* y constituye la *servitus in fundo alieno*. Si bien se mira, el art. 566-3.2 CCC difiere profundamente del art. 541 CC, pues mientras en el catalán los actos de destinación constituyen servidumbre en finca propia y la ley no tiene mucho interés en que subsista transformada después de la enajenación de las fincas dominante o sirviente, el art. 541 CC, en cambio, valora los actos de destinación o signo aparente como muestras de "servidumbre *material*", y presume favorable y ampliamente que va a "continuar" como servidumbre auténtica tras la separación, salvo que las partes expresen lo contrario en el título alienatorio o destruyendo los signos de apariencia. La enajenación en el texto catalán sirve para excepcionalmente continuar la servidumbre ("sólo subsistirá"); en el español, en cambio, para oponerse a su "continuación", es decir, a su constitución generosamente predispuesta.

III. BREVE CONSIDERACIÓN FINAL: CRÍTICA A LA DISCIPLINA DE LAS SERVIDUMBRES EN EL CÓDIGO CIVIL. SERVIDUMBRE Y RELACIONES DE VECINDAD

Nuestro Código civil, en tema de servidumbres, como en general en grandes sectores del Derecho de bienes, está anticuado. Suena demasiado a "servidumbres rurales", más propias de una sociedad agraria y pastoril, que de una burguesía urbana ya existente en 1889. Las servidumbres de acueducto, saca de agua y abrevadero, de paso, luces o vistas, por ejemplo, están contempladas desde una agricultura estática, asentada en animales de carga y tracción. Servidumbres propias de familias agrarias de otras épocas preindustriales, hechas a su medida. Sucede lo mismo con otras figuras de falsas servidumbres, como la medianería, distancias entre construcciones y plantaciones, comunidades de pastos, etc. En una época, como la actual, de grandes edificaciones, conjuntos inmobiliarios, urbanizaciones, complejos industriales, etc.; en unas sociedades intercomunicadas por grandes redes de distribución de energía eléctrica, gaseoductos, oleoductos, ingentes obras hidráulicas, sociedades muy urbanas (las mismas zonas rurales están fuertemente urbanizadas y la agricultura está mecanizada y se ejerce empresarialmente), requiere otros modelos de servidumbre. El modelo catalán desarrollado en el capítulo VI del Libro VCCC es incompleto y no responde más que en algunos aspectos concretos a ese mundo urbano e industrial, característico de nuestro tiempo. La servidumbre con sus muchas variedades es una institución sumamente compleja, y su modificación para adaptarla a los tiempos actuales requiere gran preparación jurídica y clara conciencia de las necesidades modernas que demandan las fincas y edificaciones tanto rústicas como urbanas propias del siglo XXI. Las servidumbres no pueden responder ahora a los mismos esquemas que en los códigos civiles decimonónicos.

Pero incluso contemplada en sus principios básicos, la servidumbre en el Código civil adolece de defectos de concepción, contenido y sistematización. Sobre todo, manifiesta el defecto siempre resaltado de confundir el derecho de servidumbre y las relaciones vecinales, como limitaciones del dominio. El Derecho de vecindad ha supuesto siempre una manifestación del régimen ordinario de la propiedad. El más antiguo contorno o ámbito en que apareció el dominio como un derecho forzosamente limitado. Fue sin duda durante siglos el freno más importante al expansionismo absoluto de la propiedad. Hoy configuran una propiedad sometida a la función social por razones de utilidad privada. Las normas vecinales forman parte del régimen normal u ordinario del dominio, siempre que no rebasen la esfera de la tolerancia sostenible, y conforman una relación dominical

afectada y limitada por los inconvenientes derivados de la vecindad o proximidad entre fincas[75].

El Código civil las confunde a menudo con las servidumbres legales y las engloba en el mismo título y capítulo que éstas, v. gr. arts. 552, 569, 586 CC (recogida de aguas en suelo propio); arts. 581-585 (distancias relativas a luces y vistas); plantaciones y construcciones (arts. 589-592); medianería (arts. 571-579); persecución de un enjambre por finca ajena (art. 612), si bien éste se halla en título de ocupación; ramas o raíces de árboles que se extienden a la propiedad contigua (art. 592); paredes, edificios o árboles que amenazan ruina sobre la finca del vecino (arts. 389-390), aunque no introducidos en el título de servidumbres.

¿Cuáles son las diferencias?[76]

1. Las servidumbres legales las impone la ley, pero han de constituirse por título. Nacen no de la imposición de la ley, sino del acto jurídico o sentencia estimatoria de la pretensión. Las limitaciones vecinales nacen directamente de la norma o son inherentes al mismo derecho de propiedad. No es menester un acto de constitución.

2. Mientras las servidumbres legales se adquieren por usucapión, con las limitaciones impuestas por el art. 551 CC y sus remisiones, las relaciones de vecindad, como señala Hernández Gil, del mismo modo que no requieren título constitutivo, tampoco precisan de usucapión, pues "son facultades o deberes que conforman el derecho de propiedad"[77]. O mejor diríamos, de las relaciones vecinales nacen esas facultades o deberes, y forman el régimen ordinario de la propiedad en sus vínculos de intercomunicación con otras fincas, que dura mientras subsistan tales relaciones o interrelaciones.

3. Las servidumbres están tuteladas, como derechos reales autónomos, por las acciones confesorias, y para rechazarlas cuando proceda al objeto de mantener libre la propiedad por la negatoria. Por otra parte, el Derecho moderno protege también a los vecinos frente a inmisiones nocivas o peligrosas mediante *acciones negatorias* que han nacido por paralelismo con la negatoria de servidumbre[78]. En realidad, ya existían en el Derecho Romano, y se

---

[75] Sobre el tema hay que volver una vez más a la gran obra pionera en los tiempos modernos, siempre nueva y nunca vieja, de P. BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, traducida, prologada y concordada por Alfonso García Valdecasas, Madrid, Reus, 1932.

[76] Vid. mi trabajo, *Las relaciones de vecindad*, ADC, Madrid, 1983, p. 365; A. HERNÁNDEZ GIL, *Las relaciones de vecindad en el Código civil*, Madrid, 1975, p. 23.

[77] A. HERNÁNDEZ GIL, *Las relaciones de vecindad…*, cit. p. 23.

[78] Vid. sobre el tema fundamentalmente J. EGEA FERNÁNDEZ, *Acción Negatoria, Inmisiones y defensa de la Propiedad*, Marcial Pons, Barcelona, 1994; R. EVANGELIO, *La acción negatoria de inmisiones en el ámbito de las relaciones de vecindad*, Comares, Granada, 2001.

han recogido en el Derecho catalán moderno desde la famosa Ley 13/1990. En todo caso la propia acción real defensora de las servidumbres, la *confesoria*, en modo alguno puede predicarse del derecho vecinal, porque las relaciones vecinales en sí mismas no forman parte de la categoría de los derechos reales, sino de los límites dominicales, e incluso son extensibles a otros derechos posesorios fruitivos (arrendatarios, usufructuarios, superficiarios, enfiteutas, etc.).

4. Las limitaciones por razón de vecindad se basan en la idea de libertad e independencia de los respectivos fundos; las servidumbres colocan una finca en relación de servicio o gravamen respecto de otra. Por eso, mientras las limitaciones vecinales obedecen en su esencia a un afán de igualdad, equilibrio y reciprocidad de goce y respeto, las servidumbres comprimen el contenido de la propiedad sometiéndola a un gravamen y haciéndola depender de otra.

5. La relación vecinal incide sobre las propiedades afectadas en forma de límite, sometidas a la función social ex art. 33.2 CE, a diferencia de la servidumbre, que reduce el goce dominical de una finca para prestar utilidad o cubrir una necesidad de otra. Mientras las relaciones de vecindad señalan hasta donde llega el ámbito normal del dominio, por principio un derecho limitado y relativo, las servidumbres comprimen y restringen el contorno ordinario de la propiedad.

6. Las limitaciones vecinales no suponen disminución patrimonial de las fincas afectadas por inmisiones, y sólo son indemnizables cuando se quebrantan las relaciones y exceden el nivel de tolerancia permitido o sostenible[79]. Ejemplo bien patente el supuesto legal del art. 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal. Las servidumbres legales, por el contrario, como reducen el contenido normal de la propiedad, demandan, en justa compensación, una indemnización a favor del dueño del predio sirviente.

7. Los límites vecinales no se extinguen por el no uso, son imprescriptibles como "derecho común de la propiedad" —vieja idea de Pothier—, mientras las servidumbres legales no están exentas del régimen de la prescripción extintiva, por suponer derogación del derecho común u ordinario de la propiedad.

---

[79] Sobre el tema vid. fundamentalmente M. ALONSO PÉREZ, *Las relaciones de* vecindad, cit., pp. 357 ss.; Idem. *La protección jurídica frente a inmisiones molestas y nocivas*, AC, 1994/2, pp. 385 ss.; Idem. *La tutela del Derecho civil frente a inmisiones molestas y nocivas*, Separata de los "Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez", IV, Edit. Civitas, Madrid, 1996, pp. 4783 ss. E. ALGARRA, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, Mc Graw Hill, Madrid, 1995; J. EGEA, *Acción Negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Barcelona, 1994; E. MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch, Barcelona, 1991; R. EVANGELIO, *La acción negatoria de inmisiones...*, Granada, 2001; A. MACÍAS CASTILLO, *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, Madrid, La Ley, 2004.

8. En fin, las limitaciones por razón de vecindad protegen los intereses ligados a la buena convivencia y al uso tolerable de las fincas contiguas, pero sin atribuir a sus dueños un derecho real. Sólo en las servidumbres y no en la relación vecinal se distinguen claramente un fundo dominante y otro sirviente, y desde el primero se ejerce una titularidad real sobre el segundo.

Digamos, para concluir, que las relaciones de vecindad, a diferencia de las servidumbres que suelen moverse en ámbitos más concretos (con excepciones notables, como oleoductos, gaseoductos, extensas conducciones de aguas, etc., que atraviesan numerosas fincas sirvientes), a menudo se ven afectadas por grandes y graves inmisiones procedentes de zonas altamente industriales: sus propietarios, arrendatarios, poseedores de todo tipo se encuentran perjudicados por ellas. Como se ha recordado, hoy, el concepto de "relaciones de vecindad" ha adquirido una amplitud especial antes insospechada: la capacidad de la industria moderna para proyectar fuera de su sede fenómenos o efectos que en ella se inician se ha multiplicado por una cifra muy alta, y también la diversidad de tales fenómenos, su intensidad y su radio de acción[80]. Como ya expuse años ha, la vecindad se ha masificado, se ha hecho universal. Tenemos que defendernos no sólo y no tanto del vecino que nos corta los veneros o nos levanta un muro para quitarnos las vistas, cuanto de los innumerables vecinos anónimos que nos tensan con sus motos, sus músicas o sus televisores ultradecibélicos (también de las altisonantes conversaciones por los teléfonos móviles en medios públicos de transporte, insustanciales y sin interés para los demás), sus olores o sus humos, residuos de la industrialización, sus palabras estridentes y malsonantes, por decir algo suave, sus ingerencias en nuestro descanso y en nuestra intimidad personal[81]. Las servidumbres gravan una o varias fincas en concreto, mientras las relaciones vecinales, aunque otra cosa diga el término, pueden verse afectadas por inmisiones molestas y nocivas que invaden amplias zonas en perjuicio de personas, cultivos y del medio ambiente en general. Son tributos que se pagan al industrialismo global. El individuo en sí mismo no cuenta, es un número más atrapado en una tupida red de relaciones más complejas y fluidas que nunca. Sea cual sea el estado o condición en que se encuentre, su situación en medio de multitud de vasos comunicantes experimenta constantes inmisiones no deseadas. Porque también en el ámbito de las relaciones vecinales entre infinidad de colmenas humanas, la persona se ha quedado "sin atributos"[82].

---

[80] LACRUZ-LUNA, *Elementos de Derecho civil*, III. *Derechos Reales*, vol. 1º, Madrid, Dykinson, 2000, p. 68.

[81] M. ALONSO, *Las relaciones de vecindad*, p. 360.

[82] Evocando el libro de R. MUSIL, Rowhlt, Hamburg, 1930-33; traducción española, *El hombre sin atributos*, Barcelona, Seix Barral, vols. I (1969), II (1970), III (1973).

SERVIDUMBRES PREDIALES Y LIMITACIONES DE DOMINIO: ENTRE LA DIFERENCIACIÓN Y LA CONFUSIÓN (A propósito del VI Encuentro sobre Historia de la propiedad)[1]

Margarita Serna Vallejo
Universidad de Cantabria

[1] El origen de este trabajo se encuentra en mi participación como relatora en el VI Encuentro de Historia de la Propiedad. Es por tanto un trabajo de síntesis realizado a partir de todo cuanto se planteó y discutió en el desarrollo de la reunión y de posteriores lecturas.

Aprovecho esta oportunidad, para expresar, una vez más, mi gratitud a Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo Robledo y Eugenia Torijano por la oportunidad que me ofrecieron de volver a Salamanca y seguir avanzando en el conocimiento del complejo mundo de la historia de la propiedad y de entablar relación con compañeros de distintas especialidades históricas y jurídicas de gran valía intelectual y humana.

I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS SITUACIONES A LAS QUE SIRVEN LAS SERVIDUMBRES Y LAS LIMITACIONES DE DOMINIO.—III. SERVIDUMBRES Y OTRAS SOLUCIONES JURÍDICAS PARA LOS PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LA VECINDAD DE FUNDOS PERTENECIENTES A PROPIETARIOS DISTINTOS. 1. El derecho real de servidumbre. A. Las servidumbres, *iura in re aliena* en el derecho romano clásico. B. El comienzo de la crisis del concepto romano clásico de servidumbre en el derecho postclásico y la continuidad del proceso en el derecho justinianeo y en la legislación visigoda. C. La recuperación del concepto justinianeo de servidumbre con la Recepción del Derecho común. D. Las servidumbres a partir de las reformas liberales del siglo XIX. a. En el derecho privado. b. En el derecho público. 2. Mecanismos altomedievales alternativos de las servidumbres.—IV. LAS LIMITACIONES DE DOMINIO, RESTRICCIONES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.—V. OTRAS REALIDADES, EXTRAVAGANTES A LAS SERVIDUMBRES Y LAS LIMITACIONES DE DOMINIO Y VINCULADAS A LA PROPIEDAD RURAL, TRATADAS EN SALAMANCA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El VI Encuentro Interdisciplinar sobre Historia de la Propiedad, organizado, como en anteriores ediciones, a impulso de los profesores SALUSTIANO DE DIOS, JAVIER INFANTE, RICARDO ROBLEDO y EUGENIA TORIJANO[2], se celebró en Salamanca entre los días 17 y 19 de septiembre de 2008. "Servidumbres y limitaciones de dominio" fue el tema elegido, en esta oportunidad, como hilo conductor de la reunión[3].

[2] En esta ocasión, los organizadores del Encuentro contaron de nuevo con el patrocinio del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y también con la colaboración de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León y del Ministerio de Ciencia e Innovación.

[3] La reunión se celebró en las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca. El programa de este VI Encuentro, de igual modo que el texto íntegro de los volúmenes correspondientes a los cinco Encuentros anteriores, puede consultarse en la página: www.historiapropiedad.es.

La materia seleccionada para la reflexión por parte de la comisión organizadora es una pieza fundamental en la historia de la propiedad y, quizás también, uno de los temas más complicados de cuantos se han tratado en los sucesivos Encuentros sobre Historia de la propiedad celebrados hasta la fecha. El largo, confuso y complejo desenvolvimiento que las servidumbres y las limitaciones de dominio han tenido a lo largo de la historia explica la dificultad de la materia. Una realidad que, lejos de haberse aclarado con el paso del tiempo, se ha prolongado hasta nuestros días y aún se ha intensificado en el ordenamiento español en vigor.

Tropezamos con los primeros motivos de reflexión con sólo aproximarnos al título del Encuentro. Estos iniciales interrogantes guardan relación con dos cuestiones. Por un lado, con la histórica confusión que ha existido entre los conceptos "servidumbre" y "limitación de dominio". Y, por otro, con la visión que mantengamos de la vinculación que existe entre el derecho de propiedad y los demás derechos reales.

En lo que concierne al primer asunto, podemos adelantar que el afianzamiento de la confusión entre ambas instituciones jurídicas se produjo en el siglo XIX, una vez que se generalizó el empleo del término "servidumbre" para nombrar no sólo el derecho real de servidumbre sino también las limitaciones de la propiedad. Con anterioridad, en el Antiguo Régimen, ya se habían planteado situaciones en las que no se distinguía adecuadamente entre ambos institutos, pero la agudización más grave del proceso se produjo al tiempo de las reformas legislativas liberales.

Y en lo que afecta a la segunda idea, cabe señalar que el mantenimiento de una posición más o menos propietarista de los derechos sobre los bienes condiciona inevitablemente la perspectiva desde la que observemos las servidumbres y las limitaciones de dominio.

Una visión exclusiva o predominantemente propietarista de los derechos reales coloca el derecho de propiedad en el centro del universo de estos derechos y en torno al mismo hace girar todos los demás como si éstos fueran derechos satélites de aquél. De ahí que los partidarios de esta visión tiendan a considerar los *iura in re aliena*, incluido el derecho de servidumbre, como limitaciones del dominio o como desmembraciones del derecho de propiedad.

En contraste con este planteamiento, alcanzamos unas conclusiones bien distintas si consideramos, como en alguna ocasión ha propuesto el profesor DIEZ-PICAZO, que el derecho de servidumbre y los otros derechos reales distintos de la propiedad son "cauces autónomos de realizar fines e intereses,

sociales e individuales, merecedores de tutela"[4]. Lo que permite, si no desechar, al menos restringir el alcance de la idea de la existencia de una relación de subordinación de los derechos en cosa ajena respecto del derecho de propiedad y, por tanto, concebir el derecho real de servidumbre de modo autónomo, fuera del ámbito de las limitaciones de dominio.

Al margen de las consideraciones anteriores, desde otro enfoque distinto, ajeno a la cuestión de los vínculos que existen entre el derecho de propiedad y los demás derechos reales, es probable que la diferencia más significativa entre las servidumbres y las limitaciones de dominio resida en la existencia o inexistencia de una relación entre fundos. Si hay tal vinculación y apreciamos la realidad de un fundo dominante y otro sirviente es probable que nos encontremos en el ámbito natural de las servidumbres prediales. Si, por el contrario, no cabe advertir aquella relación y nos resulta imposible la identificación de un fundo que sirva a otro, estaremos moviéndonos, con bastante seguridad, en el campo propio de las limitaciones dominio. Y ello porque, en sentido estricto, las servidumbres no son sino derechos de los predios, situaciones objetivas que afectan a los fundos al margen de cuál sea la voluntad de sus titulares. No obstante lo cual no podemos obviar que, con demasiada frecuencia, el legislador ha prescindido de este esquema y ha utilizado la voz "servidumbre" para nombrar situaciones en las que no existe ningún tipo de relación fundiaria por tratarse de simples limitaciones de dominio. Así ha sucedido en el ámbito de las servidumbres de derecho civil y particularmente en el campo de las servidumbres de derecho administrativo, introducidas en la legislación española a partir del siglo XIX.

La consideración de estas últimas afirmaciones me permite apuntar algunas notas acerca de la importancia de identificar la dogmática propia de cada período y de definir el contenido y alcance de los conceptos jurídicos en los distintos momentos históricos.

Compartiendo el planteamiento expresado por otros profesores que se han referido a estas mismas cuestiones con anterioridad a mí, entiendo que es conveniente que los historiadores del derecho nos preocupemos, entre otros cometidos, de hacer historia de los conceptos jurídicos[5].

---

[4] Diez-Picazo, Luis. 1995. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. III. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*. 4ª ed. Madrid: Civitas, p. 96.

[5] Iglesia Ferreirós, Aquilino. 1995. "El panorama autonómico español: entre el mito y la historia". En Iglesia Ferreirós, Aquilino (ed.). *El Dret comú i Catalunya. Actes del IV Simposi Internacional Homenatge al professor Josep M. Gay Escoda. Barcelona, 27-28 de maig de 1994*. Barcelona: Fundació Noguera, pp. 274-369, por la cita, pp. 352-353; Bueno Salinas, Marta. 1999. "El valor de la terminología jurídica", *Initium*, 4: 449-478, por la cita, pp. 449-450 y 2005. "Anotaciones metodológicas: sobre la continuidad en la reflexión iushistórica", *Initium*, 10: 311-324, por la cita, p. 319.

En esta parcela de la investigación es necesario, en primer lugar, reconocer los conceptos propios de cada período y, a continuación, determinar su contenido y alcance para procurar su correcta utilización en las diferentes etapas. Todo ello sin perjuicio de que en ocasiones, con el fin de facilitar el discurso expositivo, pueda resultar útil e incluso aconsejable el manejo instrumental de términos propios de una época en otra o bien el empleo genérico de un vocablo. En las oportunidades en que optemos por esta posibilidad deberemos ser particularmente cuidadosos y no olvidar que a cada etapa le corresponde una dogmática y unos conceptos propios, con contenidos particulares, y que el uso de un término extraño a su época o el empleo generalista de un vocablo debe tener mero carácter auxiliar.

Las aplicación de las anteriores premisas cobra pleno sentido en relación al tema objeto de nuestra atención. La categoría de las servidumbres como derechos en cosa ajena tomó carta de naturaleza en el derecho romano clásico, iniciándose, ya en la etapa postclásica, un prolongado proceso de transformación del concepto original que ha llegado a nuestros días. En este largo devenir observamos cierta tendencia a incluir bajo la idea de "servidumbre" realidades ajenas por completo al sentido primigenio que los juristas del derecho romano clásico dieron al término. Pero también notamos otras situaciones en las que se han excluido del concepto de "servidumbre" ciertos derechos que tenían tal consideración en época clásica[6].

Ante esta realidad y para facilitar la exposición y movernos con mayor comodidad en etapas muy distantes en el tiempo y con dogmáticas diferentes, utilizaremos el término "servidumbre", con carácter auxiliar, sin olvidar que el contenido preciso del vocablo jurídico ha variado en las diferentes etapas sin perjuicio de que la palabra haya permanecido constante a lo largo de los siglos.

La utilización del término "servidumbre" resulta práctica, aún cuando en algunas situaciones su empleo pueda considerarse anacrónico, siempre y cuando formulemos las oportunas aclaraciones. En todo caso, conviene tener en cuenta que el empleo extemporáneo del término "servidumbre" con un

---

[6] Sin perjuicio de que volvamos a esta cuestión, cabe señalar como testimonios de esta doble realidad el caso de las actuales servidumbres forzosas sin acomodo en el derecho romano clásico y el relativo al derecho de pastos, hoy en día fuera del ámbito de las servidumbres, incluido, en cambio, por los juristas clásicos en la categoría de las servidumbres.

El *ius pascendi* del derecho romano (D. 8.3.1.1 y D. 8.3.3. pr.) era considerado uno más de entre los *iura praediorum rusticorum* siempre y cuando el ganado fuera considerado fruto del fundo (D. 8.3.4). En cambio, en la actualidad, el Código civil lo configura como una servidumbre personal en beneficio de una persona o una comunidad. Pacheco Caballero, Francisco Luis. 1991. *Las servidumbres prediales en el Derecho histórico español anterior a la Recepción del Derecho común*. Prólogo de Aquilino Iglesia Ferreirós. Lleida: Pagès editors, p. 11.

contenido concreto puede producirse en una doble dirección. Del presente al pasado, si trasladamos el contenido actual del concepto a épocas anteriores, pero también del pasado más remoto, el del derecho romano clásico, a otros pasados más recientes como es el del Antiguo Régimen o el del siglo XIX en el caso de que empleemos el concepto con el contenido propio del derecho romano clásico en relación a situaciones de estos períodos.

Por último, y antes de avanzar en los asuntos tratados, en sentido estricto, en el VI Encuentro de Historia de la propiedad, procede efectuar una precisión más. Las servidumbres objeto de estudio en la reunión de Salamanca fueron las servidumbres originarias del derecho romano clásico, aquéllas que coinciden con las que, con el paso del tiempo, habrían de llamarse prediales. De ahí que, salvo ocasionales referencias, las servidumbres personales, introducidas en el derecho justinianeo, quedaran al margen de las ponencias y de los debates.

II. LAS SITUACIONES A LAS QUE SIRVEN LAS SERVIDUMBRES Y LAS LIMITACIONES DE DOMINIO

La histórica confusión entre las servidumbres y las limitaciones de dominio, acentuada, como hemos señalado, a partir de los cambios legislativos del siglo XIX, resulta difícil de comprender si nos fijamos en las situaciones fácticas que se encuentran detrás de ambas instituciones. Los supuestos de hecho vinculados a las servidumbres nada tienen que ver con aquéllos con los que guardan relación las limitaciones de dominio. No obstante lo cual, ha sido frecuente la confusión legislativa entre las servidumbres y las limitaciones de dominio.

Por esta razón, anotar, siquiera brevemente, las distintas realidades en las que cada institución tiene su razón de ser puede resultar de utilidad para comprender el alcance real de los dos institutos y también su funcionamiento, aunque no sirva de mucho a los efectos de entender las razones que han llevado al legislador a confundir ambas instituciones.

La conveniencia de dar solución a las necesidades y problemas suscitados a partir de la situación de vecindad de fundos pertenecientes a propietarios diferentes ha conducido, a lo largo del tiempo, a la articulación de distintas soluciones jurídicas. Entre ellas, la fórmula de las servidumbres prediales es la que ha alcanzado un mayor desarrollo.

Pero al margen de las servidumbres, en el derecho romano arcaico y en los derechos altomedievales se recurrió a otras técnicas, muy distintas, para dar solución a las mismas cuestiones. Estos mecanismos permitían, de igual modo que en el caso de las servidumbres, cierta utilización del fundo ajeno

para solucionar los inconvenientes ocasionados a partir de la vecindad de predios pertenecientes a sujetos distintos. A estos recursos alternativos de las servidumbres volveremos más adelante.

En lo que concierne a las limitaciones de dominio, éstas tienen sentido en las oportunidades en las que existe la voluntad de restringir, por un motivo u otro, el abanico de posibilidades es amplio, el ejercicio absoluto e ilimitado del derecho de propiedad. De ahí que el fin perseguido con la imposición de una limitación sea ajeno por completo al interés en resolver los problemas derivados de la vecindad de fundos cuya titularidad corresponde a sujetos distintos.

Las limitaciones de dominio, con independencia de la razón última que las justifica, y a diferencia de las servidumbres, pueden afectar a las facultades de uso y goce pero también a las de disposición que corresponden a los propietarios. Además, las limitaciones de la propiedad afectan a todas las propiedades por igual. En la búsqueda de un beneficio mutuo, se coordinan los intereses de todos, de manera que, en el caso de las limitaciones, todas las propiedades quedan situadas en un mismo plano de igualdad. No sucede, por tanto, como acontece en las servidumbres, en las que una propiedad quede sacrificada en beneficio de otra.

III. SERVIDUMBRES Y OTRAS SOLUCIONES JURÍDICAS PARA LOS PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LA VECINDAD DE FUNDOS PERTENECIENTES A PROPIETARIOS DISTINTOS

La conceptualización de las servidumbres como *iura in re aliena* y como instrumentos aptos para proporcionar cobertura a las necesidades surgidas a partir de la vecindad de fundos pertenecientes a titulares diferentes, se la debemos a los juristas del derecho romano clásico.

El planteamiento enunciado no significa, sin embargo, que con anterioridad a la articulación de las servidumbres como derechos en cosa ajena no existieran los mismos o similares problemas en las situaciones en que dos o más fundos compartían vecindad y eran "propiedad" de sujetos diferentes o que no se pensaran soluciones para tales conflictos. Las fuentes muestran cómo en el derecho romano arcaico, con anterioridad a la disposición de las servidumbres como *iura in re aliena*, se emplearon otros mecanismos jurídicos para solventar las necesidades planteadas por la vecindad de fundos "propiedad" de distintos individuos[7].

[7] Ponemos entre comillas los términos "propiedad" y "dominio" en relación al derecho romano arcaico porque la noción de propiedad propia de este derecho no se ajustaba a la idea de un derecho real pleno del modo en que se configura con posterioridad.

De modo similar habría de suceder en la alta edad media, una vez que el concepto romano de servidumbre desaparece, al menos por un tiempo, del mundo jurídico europeo. Y lo mismo podemos afirmar en relación a los derechos germánicos en los que tampoco hay constancia de la existencia de una institución de características similares a las de las servidumbres del derecho romano clásico[8].

1. El derecho real de servidumbre

El punto de referencia para el estudio de las servidumbres debe ser necesariamente el derecho romano y, en especial, el derecho romano clásico porque, como hemos apuntado, fueron los juristas de este período quienes configuraron el derecho real de servidumbre como *ius in re aliena*. Sólo sobre la base del conocimiento del régimen jurídico de las servidumbres en el derecho romano clásico, podremos aproximarnos a los cambios introducidos en la institución, de modo progresivo, hasta desembocar en la situación en la que se encuentra en la actualidad.

A. Las servidumbres, iura in re aliena en el derecho romano clásico

Hacia mediados del siglo II a.C. ya existían en el derecho romano las servidumbres entendidas como derechos en cosa ajena. Entonces se empezó a hablar de *ius praedii*, de *iura praediorum* y se diferenció entre los *iura praediorum rusticorum* y los *iura praediorum urbanorum*. Más tarde, se introdujo el término *servitus* y la locución *servitutes praediorum*.

Los juristas romanos clásicos configuraron las servidumbres como *iura in re aliena* lo que no es sinónimo de que definieran un concepto general de servidumbre. Para estos juristas no existía la categoría de la *servitus* sino particulares *servitutes*. De ahí que la profundización en el concepto romano de servidumbre obligue a su abstracción a partir de las diferentes servidumbres contempladas en las fuentes. Unos derechos in-

---

Y de otra parte, también conviene apuntar en este momento que en el derecho arcaico tampoco existía el concepto de *iura in re aliena*. De la inexistencia de las nociones de propiedad y de derecho en cosa ajena se deriva que, en el derecho romano antiguo, las primeras "servidumbres", de nuevo entre comillas porque en sentido estricto no existían aún, se configuraran en términos de pertenencia del terreno preciso para el paso de personas, animales o agua en beneficio del titular del que ya en el derecho clásico será el fundo dominante.

[8] Caravale, Mario. 1969. *Ricerche sulle servitù prediali nel medio evo*. I. *L'età romano-barbarica*. Varese: Giuffrè, pp. 21-24.

troducidos, de modo paulatino, al compás de la necesidad de resolver problemas concretos.

Del estudio de las múltiples servidumbres del derecho romano clásico, la doctrina ha deducido varias ideas generales o exigencias en torno a la institución. Su recordatorio será útil para comprender los cambios que con posterioridad se han ido introduciendo en la institución.

1) En primer lugar, la existencia de dos predios, pertenecientes a propietarios distintos, de modo que uno se beneficiara de la servidumbre y otro la padeciera, resultaba un requisito indispensable para la constitución del derecho real.

2) Las servidumbres se establecían en virtud de la utilidad objetiva que fuera a recibir uno de los predios. Ello explica que no se considerara servidumbre el derecho cuyo contenido consistía en ventajas de naturaleza personal.

3) Las servidumbres no podían desligarse del fundo ni transmitirse como derecho independiente, de ahí que quepa hablar de inherencia predial. Los cambios producidos, bajo cualquier forma, en la titularidad de los fundos no afectaban a la existencia de la servidumbre. El derecho real sólo se establecía en función de los predios, nunca de sus titulares.

4) La utilidad de la servidumbre debía ser permanente y constante, razón por la cual carecían de acomodo, en la concepción romana clásica del derecho real de servidumbre, las servidumbres para un cierto tiempo o hasta el cumplimiento de una condición.

5) Los fundos debían ser vecinos, lo que no significaba necesariamente que hubiera contigüidad entre ellos. De este modo, cabía la posibilidad, de que estuvieran separados por una vía pública.

6) De otra parte, los fundos debían pertenecer a distintos propietarios y ser bienes *in commercio*[9]. Tampoco era posible que fueran *res nullius*, salvo que esta situación sobreviniera con posterioridad a la constitución del derecho real de servidumbre.

7) El propietario del fundo no podía ser, de modo simultáneo, titular de una servidumbre constituida sobre el mismo bien.

8) La obligación impuesta al propietario del fundo sirviente debía ser negativa. Es decir, su titular debía tolerar que el propietario del predio dominante hiciera algo o bien abstenerse de realizar una conducta, pero no podía estar obligado a observar una acción positiva.

---

[9] La única excepción es la del fundo sirviente en el caso del *iter ad sepulcrum*.

9) Las servidumbres eran indivisibles e inalienables. En consecuencia, no cabía su constitución o extinción por fracciones de condominio y no podían ser objeto de relaciones jurídicas. El titular del fundo dominante no podía entregar en usufructo, prenda o arrendamiento la servidumbre de que era titular.

10) Y, por último, las servidumbres, en el derecho romano clásico, eran siempre voluntarias, no existían las servidumbres forzosas.

Los derechos reales de servidumbre más antiguos fueron los de paso por el fundo sirviente (*iter* o de tránsito a pie o sobre caballo, gestatoria o litera; *actus* o de paso de ganado, que incluía el *iter* para conducir los animales; y *via* o de paso de carruajes o animales) y el de acueducto o de conducción de agua por superficie, derecho interpretado ampliamente por la jurisprudencia como de toma de agua (*aquae ductus*)[10]. Estas cuatro servidumbres quedaron englobadas bajo la expresión *servitutes praediorum rusticorum* una vez que se definieron las *servitutes praediorum urbanorum*.

Esta segunda categoría comprendía la de vertiente de aguas de lluvia desde el propio tejado de modo natural (*servitus stillicidii*) o por conductos o canalones (*servitus fluminis*); la de desagüe mediante tuberías o canales (*servitus cloacae*); la de apoyo de viga (*servitus tigni immittendi*); la de apoyo de muro (*servitus oneris ferendi*); la de avanzar sobre el fundo vecino los balcones, galerías y tejados (*servitus proiiciendi protegendive*); la que prohíbe elevar el edificio sobrepasando cierta altura (*servitus altius non tollendi*); las que impiden que el vecino prive al edificio de luces (*servitus ne luminibus officiatur*) o de vistas (*servitus ne prospectui officiatur*); y la que autoriza a abrir ventanas sobre el terreno del vecino para tener luces (*servitus luminum*).

Las fuentes no expresan de modo preciso el criterio que permitía distinguir entre las servidumbres rústicas y urbanas. En un primer momento, el elemento a tener en cuenta pudo ser de carácter topográfico, de modo que el lugar o situación de los fundos, campo o ciudad, podría ser el factor determinante de la distinción, pero más tarde se consolidó el de la finalidad y función económica de la servidumbre. A partir de entonces, habrían de considerarse servidumbres rústicas las establecidas para satisfacer necesidades agrícolas y facilitar la producción económica del predio y urbanas las constituidas para cubrir exigencias vinculadas con las condiciones de habitabilidad de los edi-

[10] Más tarde aparecen otras servidumbres rústicas como son la de extracción de agua (*servitus aquae haustus*), la de abrevadero (*servitus pecoris ad aquam appellendi* o *adpulsus*) y las de cocer cal y extraer greda o arena del fundo sirviente para atender las necesidades del fundo dominante, no para fines industriales (*servitus calcis coquendae*, *servitus cretae exhimendae*, *servitus harenae fodiendae*).

ficios, con independencia de que éstos estuvieran sitos en el campo o en la ciudad.

En el derecho clásico, la constitución de las servidumbres en los fundos itálicos sólo podía efectuarse por los modos formales previstos en el derecho civil. Es decir por *mancipatio*; por *in iure cessio*; por reserva de la servidumbre al efectuarse la enajenación de una cosa mediante *mancipatio* o *in iure cessio*; por legado; por *adiudicatio*; y por *usucapio*. Y en el caso de los fundos provinciales, dada la imposibilidad de utilizar la *mancipatio* y la *in iure cessio*, la constitución de las servidumbres se articuló por la vía de los pactos acompañados de estipulaciones. En cualquier caso, sólo el propietario del fundo podía constituir una servidumbre. El usufructuario o el poseedor del fundo no podían crear el derecho de servidumbre.

Y, finalmente, la extinción de las servidumbres se producía por pasar el fundo sirviente a la condición de *res extra commercium*; por la desaparición de cualquiera de los predios; por confusión cuando la propiedad sobre los dos fundos coincidía en una misma persona; por renuncia del titular; por resolución del derecho del concedente; y por el *non usus*.

B. El comienzo de la crisis del concepto romano clásico de servidumbre en el derecho postclásico y la continuidad del proceso en el derecho justinianeo y en la legislación visigoda[11]

En el período postclásico, las servidumbres sufren significativas modificaciones al compás de las novedades que se introducen en el derecho de propiedad y en los demás derechos reales. De modo particular por la doble confusión que se generaliza entre el *dominium* y la *possessio* y entre la propiedad y los derechos reales limitados. Y la situación se intensifica en el derecho justinianeo. La presencia de las servidumbres en las constituciones imperiales es escasa e insuficiente.

Al tiempo de estos cambios, el término *servitus* comienza a utilizarse para nombrar no sólo las servidumbres sino también algunas limitaciones de dominio; aparecen las servidumbres forzosas; surge la categoría de las servidumbres personales; se acepta la usucapión de algunas servidumbres; y se generaliza la constitución de los derechos reales de servidumbre por modos no formales. Los pactos y estipulaciones se consolidan así como la manera

[11] Para estas cuestiones véase Pacheco Caballero, 1991, *Las servidumbres prediales*…, cit., pp. 77-85.

habitual, aunque no única, de constitución de las servidumbres una vez que desaparecen la *mancipatio* y la *in iure cessio* y pierde sentido la antigua distinción entre fundos itálicos y provinciales[12].

En definitiva, como distintos autores han resaltado, en el derecho postclásico, el concepto clásico de servidumbre ha desaparecido. Las necesidades de paso y de irrigación de los campos planteadas a partir de la vecindad de fundos pertenecientes a distintos sujetos debieron cubrirse con otras soluciones jurídicas próximas, probablemente, a las diseñadas en el derecho arcaico y más tarde en los derechos altomedievales para dar solución a los mismos problemas[13].

La crisis del concepto de servidumbre predial iniciada en el derecho romano postclásico y continuada en el derecho justinianeo se extiende a los textos legales visigodos[14]. Estos códigos apenas si tratan la materia o bien guardan silencio sobre la misma. En concreto, en el Breviario se avanza en la alteración del régimen jurídico primigenio de la institución y en el Código de Eurico y en el *Liber Iudiciorum* se ignora la figura, de igual modo que ya había sucedido en el Código Teodosiano. En el *Liber* la utilización del término *servitus* se utiliza únicamente en el ámbito de las servidumbres personales.

En el Breviario, en la mayor parte de las ocasiones se conserva la terminología clásica para nombrar las servidumbres, sin embargo, se introducen algunas novedades. Así sucede, entre otras situaciones, en las oportunidades en que se utiliza el término "usus" para designar las servidumbres de aguas. También pervive la distinción entre servidumbres rústicas y urbanas. En relación a la constitución de las servidumbres, el Breviario guarda silencio sobre la mayor parte de las posiblidades, limitándose a referir el paso del tiempo como forma de creación de las servidumbres rústicas de acueducto y saca de agua. Y, por lo que se refiere a su extinción, el único mecanismo previsto es el del no uso.

C. La recuperación del concepto justinianeo de servidumbre con la Recepción del Derecho común

Superada la alta edad media, etapa en la que las servidumbres prediales desaparecen en la mayor parte de los derechos europeos de tradición roma-

---

[12] Otros modos fueran la *adiudicatio*, el legado y la *deductio*, la *patientia*, el *diuturnus usus* o la *vetustas* y la prescripción.

[13] Pacheco Caballero, 1991, *Las servidumbres prediales*…, cit., pp. 84-85.

[14] Acerca de las servidumbres prediales en el derecho visigodo véase Pacheco Caballero, 1991, *Las servidumbres prediales*…, cit., pp. 89-124.

nística, la institución resurge, sobre la base del concepto justinianeo, al compás de la Recepción del Derecho común. La figura reaparece en los textos legales y reclama la atención de los juristas europeos en algunas oportunidades. De ahí que varias de las intervenciones del Encuentro de Salamanca tuvieran como finalidad el análisis del tratamiento que las servidumbres recibieron en la legislación y en la doctrina de los distintos reinos peninsulares en la baja edad media y en época moderna.

Las ponencias de SALUSTIANO DE DIOS[15], FRANCISCO PACHECO[16] y PASCUAL MARZAL[17] permitieron a los asistentes al Encuentro conocer el desigual tratamiento legislativo que la institución recibió en los territorios de las Coronas de Castilla y Aragón; el escaso desarrollo doctrinal que el instituto llegó a tener entre los siglos XIII y XVIII; y el interés que reviste manejar, junto a las fuentes legales y doctrinales, las de aplicación del derecho con el fin de alcanzar un mejor conocimiento del funcionamiento práctico de las servidumbres y también para deslindar los casos de servidumbres y los supuestos que, pese a las apariencias, no se ajustan en sentido estricto a la estructura clásica de la institución por tratarse de limitaciones de dominio.

Al tiempo, hubo oportunidad de conocer el modo en que los legisladores y juristas de los distintos reinos peninsulares se esforzaron por adaptar la tradición jurídica romana en materia de servidumbres a las circunstancias y situaciones de los diferentes territorios en los siglos bajomedievales y modernos, lo que explica la originalidad de algunas soluciones previstas en los textos legales y en las obras doctrinales[18].

Por lo que se refiere al derecho castellano, SALUSTIANO DE DIOS relató cómo el régimen jurídico de las servidumbres quedó limitado al texto bajomedieval de Partidas[19], sin que, con posterioridad, la institución volviera a tener ningún otro desarrollo legislativo. Nada se contempla en relación a las servidumbres prediales en las Ordenanza Reales, ni en la Nueva Recopilación, ni en la Novísima Recopilación. La minuciosidad y la extensión con

---

[15] "Doctrina jurídica castellana sobre el régimen de servidumbres (1480-1640)". Universidad de Salamanca.

[16] "Servidumbres en las fuentes del derecho aragonés". Universitat de Barcelona.

[17] "La rúbrica *De servitutibus* en los Fueros de Valencia". Universitat de València.

[18] Este esfuerzo de adaptación se resalta, de modo muy nítido, en relación a los Furs de Valencia y a las Costums de Tortosa en Pacheco Caballero. 1995. "Derecho valenciano, Derecho catalán y Recepción del Derecho común: reflexiones en torno a la institución de las servidumbres prediales", *Historia, Instituciones, Documentos* 22: 371-430.

[19] La edición que manejo de la obra alfonsina es la de Gregorio López (1555. *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nueuamente glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Majestad*. Salamanca: Andrea de Portonaris. [Edición facísimil, 1985. Madrid: Boletín Oficial del Estado]).

que el legislador alfonsino contempló el derecho real de servidumbre en la Partida III[20] justifica, de algún modo, el silencio sobre la materia en las recopilaciones modernas.

El legislador castellano define y señala en el Título XXXI de la Partida III el concepto de servidumbre; las clases de servidumbres; quién las puede constituir; las cosas sobre las que cabe la constitución de un derecho real de servidumbre; la forma en que se constituye el derecho; y el modo en que las servidumbres se extinguen[21].

La influencia del derecho justinianeo en la regulación de Partidas, principalmente a través del Digesto[22], y, por tanto, el alejamiento respecto del régimen jurídico primigenio del derecho romano clásico, se manifiesta, entre otras oportunidades, en la primera ley del Título XXXI. En ella se distingue entre las servidumbres prediales, rústicas y urbanas, y las servidumbres personales (usufructo, uso y habitación y el derecho sobre las ganancias de los siervos)[23]. Con todo, las servidumbres prediales y las personales se sitúan en distinto nivel, una vez que sólo las primeras se consideran servidumbres en sentido estricto[24].

La influencia justinianea también se percibe en la previsión referida a la existencia de servidumbres temporales (ley 8) y en los plazos previstos para la constitución de las servidumbres por prescripción. Conforme a Partidas, las servidumbres continuas pueden adquirirse por el transcurso de diez años entre presentes y de veinte entre ausentes, siempre y cuando no haya contradicción por parte de aquél que debe soportar la servidumbre, haya buena fe y no hayan existido actos de fuerza ni requerimientos al titular del fundo sirviente para que accediese a consentir la inmisión. Y por lo que toca a las servidumbres discontinuas, el plazo de prescripción previsto por el legislador castellano es el de la prescripción inmemorial (ley 15).

---

[20] Los autores de Partidas reservaron el título XXXI de la Partida III para tratar de las servidumbres, pero además, en varias leyes de otros títulos también incluyeron distintas previsiones que afectan a la institución.

[21] En relación al régimen jurídico de las servidumbres en Partidas véase Pacheco Caballero. 2001. "Fueros y Partidas: algunas páginas más sobre servidumbres", *Initium* 6: 285-305, por la cita, pp. 296-305.

[22] Pacheco Caballero, 2001, "Fueros y Partidas…", cit. p. 297.

[23] El régimen jurídico de las servidumbres prediales se contiene, en sus aspectos fundamentales, en las leyes 20 a 27 del Título XXI.

[24] Ley 1: "Propiamente dixeron los sabios que tal seruidumbre como esta es derecho e vso que ome ha en los edificios, o en las heredades agenas para seruirse dellas, a pro de las suyas. E son dos maneras de seruidumbres. La primera es quella que ha vna casa en otra , e a esta llaman en latin vrbana. La segunda es, la que ha vna heredad en otra, e a esta dizen en latin rustica. E avn es otra seruidumbre que gana ome en las cosas agenas para pro de su persona, e non han pro señaladamente de su heredad".

Una novedad importante incorporada a Partidas y vinculada a los cambios que se introducen en época medieval en el concepto de dominio a partir de la diferenciación entre dominio directo y dominio útil es la que se contempla en la ley 11. La disposición admite que los titulares del dominio útil puedan constituir una servidumbre. En concreto, la norma prevé el caso del feudatario y del enfiteuta quienes pueden constituir servidumbre de modo similar a si la constituyesen sobre o a favor de un fundo propio. Y ello porque el legislador castellano entiende que uno y otro tienen los predios como si fuesen suyos aunque no sean los verdaderos propietarios.

En lo que atañe a la Corona de Aragón, y a diferencia de lo que sucedió en Castilla, los legisladores prestaron escasa atención a las servidumbres prediales. Con todo, la figura se contempla en algunas fuentes. Es el caso de los Furs de Valencia[25], el Vidal Mayor[26] y las Costums de Tortosa[27].

En líneas generales, los autores de los textos bajomedievales de los reinos orientales se limitaron a regular casos concretos de servidumbres, tomados total o parcialmente del derecho romano justinianeo, sin que quepa hablar de una categorización más o menos amplia de la institución de características similares a la prevista en Partidas. Por ello, de igual modo que hemos apuntado en relación al derecho romano clásico, los principios generales que regían la institución así como los aspectos relativos a las formas de constitución y extinción de las servidumbres en los derechos de la Corona de Aragón deben extraerse a partir de las diferentes servidumbres previstas en los textos.

En el desarrollo del Encuentro de Salamanca, la exposición del régimen jurídico de las servidumbres en el derecho aragonés correspondió a FRANCISCO PACHECO. El ponente dedicó la mayor parte de su intervención al tratamiento que la institución recibió en el Vidal Mayor, en cuyo Libro IV se contempla la primera regulación sistemática del derecho real de servidumbre en el derecho aragonés. Con anterioridad, en otros textos, singularmente en el Fuero de Jaca y en los Fueros de Aragón, se habían incluido algunos supuestos que, en sentido estricto, no pueden considerarse servidumbres. Es

[25] Manejo la edición latina del texto valenciano de Dualde Serrano, Manuel. 1950-1967. *Fori antiqui valentiae*. Edición crítica por. Madrid-Valencia: Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Jerónimo Zurita. Escuela de Estudios Medievales. Y la romance de Colon, Germà y Arcadi Garcia i Sanz (eds.). 1978. *Furs de València*. III. Barcelona: Editorial Barcino.

[26] La edición que he utilizado del Vidal Mayor se corresponde con la editada a cargo de Cabanes Pecour[t], Mª. de los Desamparados y Asunción Blasco Martínez y Pilar Pueyo Colomina. 1996. *Vidal Mayor*. Edición, introducción y notas al manuscrito. Zaragoza: Libros Certeza.

[27] He consultado la siguiente edición del texto tortosino: Oliver y Esteller, Bienvenido. 1876-1881. *Código de las costumbres de Tortosa*. [4 vols.]. Madrid: Imprenta de Miguel Ginesta. [Edición facsímil, 1995. 6 vols. Tortosa: Centre de Lectura de les Terres de l'Ebre, D.L.].

el caso del derecho de paso forzoso, la obligación de recoger las aguas fluviales que cayeren sobre el fundo propio para evitar su inmisión en el vecino y el derecho de pastos recíprocos.

La regulación de las servidumbres en el Vidal Mayor se inicia con la distinción entre las servidumbres urbanas y las rústicas. El criterio delimitador que se utiliza, de modo similar a lo que sucede en el derecho castellano, es el del uso económico del predio. De este modo, se relega el topográfico de la localización. También se señala la diferencia entre las servidumbres voluntarias, ya sean de "facer" o de "no facer", y las servidumbres forzosas establecidas por los jueces para permitir la salida de una finca cercada por todas partes.

El texto aragonés incluye en la categoría de las servidumbres urbanas, entre otras, la de miradores; la de metimiento de agua; la de no alzar más alto; la de recibimiento de suciedad; la de prendimiento de agua de río, que de igual modo que sucede con otras se incluye también entre las rústicas; y la de hacer pozo o cisterna. Y entre las servidumbres rústicas se señalan, entre otras, la de pastos para el ganado y la de cortar leñas.

Las lagunas de la legislación aragonesa en materia de servidumbres se cubrieron, de igual modo que en relación a otras instituciones, por la vía de las Observancias. A partir de las previsiones contenidas en el Vidal Mayor y con el auxilio de los principios del Derecho común, los autores de esta particular fuente del derecho aragonés completaron el régimen de las servidumbres.

De las servidumbres en las fuentes legales valencianas se ocupó PASCUAL MARZAL. Desde la perspectiva legislativa, su interés se centró, de modo especial, en la rúbrica *De servitutibus*, del Libro III, de los Furs de Valencia, tal y como el propio autor puso de relieve en el mismo título de su intervención[28].

En la rúbrica de referencia, el legislador valenciano no proporciona una definición de servidumbre; tampoco habla de lo que se entiende por fundo dominante y sirviente; ni recoge la distinción entre servidumbres prediales y personales; además, deja el usufructo fuera del fuero dedicado a las servidumbres; y guarda silencio en relación a las formas de constitución y extinción de las servidumbres. En realidad en los sucesivos preceptos se limita a contemplar distintos tipos de servidumbres tomados, en buena medida, del derecho romano. De este modo, de manera similar a la realidad del derecho

[28] El ponente realizó el estudio a partir de la edición de los *Fori Valentiae* promovida por Joan Francesc Pastor en los años centrales del siglo XVI.

aragonés y a diferencia del caso castellano, cabe afirmar que el texto foral valenciano carece de una regulación extensa de la institución.

Tras el estudio de la rúbrica dedicada a las servidumbres en los Furs de Valencia, el autor de la ponencia señaló como principios generales y fundamentales de la institución el de la existencia de cierta utilidad para uno de los fundos vecinos; el de la pertenencia de los fundos a distintos propietarios; y, por último, el de la indivisibilidad de las servidumbres.

La influencia del derecho romano justinianeo en los Furs de Valencia, quizás menos intensa que en Partidas, procede del Código más que del Digesto. Y junto a este influjo cabe tener en cuenta que los autores del texto incorporaron a la rúbrica de las servidumbres diferentes previsiones tomadas de los privilegios concedidos a la ciudad de Valencia. De ahí que algunos de los preceptos del texto foral valenciano carezcan de correspondencia en la obra justinianea[29].

Las servidumbres forzosas, de igual modo que sucede en Partidas, también están previstas en los Furs de Valencia y en las Costums de Tortosa, si bien la regulación no es exactamente la misma en uno y otro texto. La posibilidad se prevé en el texto valenciano, entre otros supuestos, para el caso de que un predio estuviese enclavado o rodeado de tal manera que su titular no tuviere lugar por donde salir o entrar o conducir agua. Y en el código tortosino se contempla para el mismo supuesto de finca enclavada pero tan sólo para el caso de necesidad de paso, no para la de acueducto.

En el momento de abordar los aspectos concernientes al interés que los juristas castellanos y aragoneses mostraron por el derecho real de servidumbre, SALUSTIANO DE DIOS, FRANCISCO PACHECO y PASCUAL MARZAL coincidieron en señalar la escasa inquietud manifestada hacia las servidumbres por parte de la doctrina bajomedieval y moderna así en la Corona de Castilla como en los reinos de Aragón, Cataluña y Valencia. Una realidad muy distinta de la referida a otras instituciones del derecho civil que fueron minuciosamente construidas o reelaboradas por los juristas del Derecho común.

Los juristas castellanos y aragoneses del *Ius Commune* mostraron mayor inquietud por amoldar la figura romana de la servidumbre a las circunstancias socioeconómicas existentes en los diferentes territorios al tiempo en que escriben sus obras que por la construcción doctrinal de la institución. Y ello porque aceptaron que la conceptualización y sistematización del derecho de servidumbre habían quedado perfectamente establecidas en el derecho romano.

---

[29] Pacheco Caballero, 1995, "Derecho valenciano, Derecho catalán…", cit.

En relación al ámbito castellano, SALUSTIANO DE DIOS resaltó que, en la mayor parte de las ocasiones, los juristas que se aproximaron a las servidumbres prediales lo hicieron de manera colateral e indirecta con motivo de los estudios que efectuaron sobre otras instituciones. Es el caso del usufructo; del mayorazgo y demás vinculaciones; de la prescripción; de los derechos de pastos; y de las amortizaciones de las ciudades. Fueron contadas las obras destinadas de manera monográfica el estudio de las servidumbres.

La doctrina sobre el régimen del derecho real de servidumbre tratada por SALUSTIANO DE DIOS coincide con la elaborada, aproximadamente, entre 1480 y 1640, la que se corresponde, por consiguiente, con el período más relevante, en cantidad y calidad, de la doctrina castellana. Entre los juristas castellanos que escribieron algunas páginas en materia de servidumbres, SALUSTIANO DE DIOS trajo a colación, entre otros, a ANTONIO FERNÁNDEZ DE OTERO quien, en su obra sobre los derechos de pastos, dedicó un capítulo a las servidumbres de pastos insistiendo en la naturaleza real de tal derecho[30]; DIEGO DE COVARRUBIAS Y LEYVA quien se refiere a las servidumbres al tratar del derecho de pastos y de la prescripción; HUGO DE CELSO; ALONSO DE MONTALVO; GREGORIO LÓPEZ; ANTONIO GÓMEZ; ANTONIO PADILLA Y MENESES; y ÁLVAREZ DE MANZANO, autor, éste último, de un tratado sobre servidumbres[31].

Varios de los autores castellanos de época moderna estudiados por SALUSTIANO DE DIOS se aproximaron a las servidumbres a partir de la atención que prestaron a la obra de las Partidas, de ahí que en sus escritos se refieran a las servidumbres prediales pero también a las personales. Esto justifica el interés del conferenciante por concretar el concepto de servidumbre manejado por estos autores y la distinción entre servidumbres reales y personales.

En relación a la inclinación mostrada por la doctrina valenciana y aragonesa hacia el estudio de las servidumbres, PASCUAL MARZAL y FRANCISCO PACHECO expusieron unas conclusiones muy parecidas a las planteadas por SALUSTIANO DE DIOS para el caso castellano. Ambos historiadores del dere-

---

[30] Férnández de Otero, Antonio. 1700. *Tractatus de pascuis et jure pascendi perutilis et necessarius, omnibus in foro iuridico versantibus : duplici indice, capitum scilicet, & rerum locupletatus*. [3ª ed.]. Lugduni: sumptibus Anisson & Posuel.

[31] Acerca de esta obra, véase Alonso Romero, Mª. Paz. 2004. "*Ius commune* y derecho patrio en la Universidad de Salamanca durante los siglos modernos. Trayectoria docente y métodos de enseñanza de Antonio Pichardo Vinuesa, Juan de Solórzano Pereira, Francisco Ramos del Manzano y José Fernández de Retes". En Dios, Salustiano de y Javier Infante y Eugenia Torijano (coords.). *El Derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX). En Memoria de Francisco Tomás y Valiente*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. Pp. 43-148, por la cita, pp. 115 y 125-128.

cho afirmaron el escaso desarrollo doctrinal que hubo en torno al derecho real de servidumbre así en Aragón como en Valencia.

Otra característica de la producción doctrinal en materia de servidumbres en los reinos de la Corona de Aragón, en especial en el de Valencia, resaltada en el Encuentro de Salamanca, es la referida a la frecuente discusión suscitada entre los autores, incluso entre autores contemporáneos, acerca del acierto del legislador a la hora de incluir o excluir ciertos derechos de la categoría de las servidumbres.

En la reunión salmantina, más allá de las reflexiones habidas en torno al tratamiento legislativo y doctrinal que las servidumbres tuvieron en los derechos peninsulares, también hubo ocasión de meditar acerca de la importancia de manejar documentos de aplicación del derecho a los efectos de mejorar el conocimiento de la realidad práctica de las servidumbres, completando así la información obtenida de la institución a partir de las fuentes legales y doctrinales.

La oportunidad de utilizar este tipo de documentación, útil y necesaria en múltiples situaciones, ofrece un interés particular en relación al funcionamiento de las servidumbres en el marco de la Recepción del Derecho común por la concurrencia de dos circunstancias, a las que ya hemos hecho referencia, que terminaron por conferir a la costumbre un protagonismo especial en asuntos de servidumbres. De un lado, el escaso o nulo tratamiento que la institución tuvo en la mayor parte de los textos legales medievales y modernos. Y de otro, la adaptación práctica de la figura romana a la realidad de los nuevos tiempos efectuada por los juristas del Derecho común y por la propia sociedad. Un acomodo que se efectuó a través de la práctica cotidiana, por tanto, por vía consuetudinaria.

Desde tal perspectiva PASCUAL MARZAL destinó una parte de su intervención a resaltar el atractivo del uso de este tipo de fuentes, ajenas a las legales y doctrinales, para comprender la realidad práctica de las servidumbres. En particular las inquietudes del ponente se inclinaron hacia la documentación judicial en materia de servidumbres conservada en los archivos del reino de Valencia. Una fuente de difícil manejo por el abundante número de instancias judiciales con competencias en asuntos de servidumbres; por la deficiente conservación de la documentación de muchos de estos órganos judiciales; y por la frecuente conclusión anticipada de los procesos por el juego de las conciliaciones y los acuerdos entre las partes.

D. Las servidumbres a partir de las reformas liberales del siglo XIX

Las reformas introducidas en la legislación española en el transcurso del siglo XIX conllevaron significativas novedades en materia de servidumbres. Las más importantes están relacionadas, por un lado, con el aumento de la confusión entre el derecho real de servidumbre y las limitaciones de dominio una vez que el uso del término "servidumbre" se generalizó para nombrar no sólo el derecho real de servidumbre sino también las limitaciones de dominio. Y, por otro, con la aparición de la problemática categoría de las servidumbres públicas o de derecho administrativo, coincidiendo con el nacimiento de este sector del ordenamiento jurídico.

La realidad descrita justifica que el estudio de las servidumbres y las limitaciones de dominio a partir del siglo XIX exceda del ámbito del derecho civil para ampliarse al campo del derecho público. Una circunstancia que tuvieron en cuenta los organizadores del Encuentro.

a. En el derecho privado

La primera aproximación a los cambios que se introducen en las servidumbres de derecho civil en la legislación decimonónica correspondió, en Salamanca, a EUGENIA TORIJANO[32].

En este ámbito, la profesora de la Universidad anfitriona dio cuenta, en primer lugar, del tratamiento que las servidumbres recibieron en la legislación que liberalizó la propiedad de la tierra y, a continuación, en los sucesivos proyectos de Código civil elaborados a lo largo del siglo XIX con anterioridad a la promulgación del texto definitivo de 1888-1889.

Las normas dictadas en el siglo XIX para liberalizar la propiedad de la tierra, así las que suprimen el régimen señorial, como las que promueven la desamortización y desvinculación de la tierra, respetaron, como regla general, la continuidad de las servidumbres heredadas del Antiguo Régimen, al tiempo que acentuaron la confusión entre las servidumbres y las limitaciones de dominio desde el momento en que calificaron de servidumbres algunas realidades que no eran sino simples limitaciones de propiedad.

El legislador español del siglo XIX desechó la posibilidad de abolir las servidumbres por entender que su mantenimiento era necesario para conseguir, en algunas situaciones, el ideal de derecho de propiedad absoluta. Así se des-

[32] "Las servidumbres ante el derecho: entre Antiguo Régimen y liberalismo". Universidad de Salamanca.

prende de diferentes normas, con contenidos diversos, entre las que cabe mencionar, para el período gaditano, el decreto de 6 de agosto de 1811 que suprime el régimen señorial en España y el decreto de 8 de junio de 1813 sobre fomento de la agricultura y la ganadería. La misma política se mantiene en el Trienio liberal en las normas desamortizadoras y de reducción de baldíos.

En lo que atañe a las previsiones que incorporan los sucesivos proyectos de Código civil en relación a las servidumbres, EUGENIA TORIJANO se refirió, en primer lugar, a la ubicación de la institución en el inacabado Proyecto de 1821. Conforme al plan previsto, las servidumbres deberían haberse incluido en el Título IV del Libro III, destinado a los gravámenes de la propiedad. A continuación, la ponente abordó el deficiente tratamiento que la institución tuvo en el Proyecto de 1836 en el que las servidumbres, reales y personales, se contemplan, conjuntamente, en el Título IV, del Libro II destinado al derecho de propiedad. Por último, EUGENIA TORIJANO abordó las mejoras introducidas por los autores del Proyecto de 1851 en relación a la sistematización de las servidumbres previstas en el Libro II, en los artículos 476 a 547. En esta oportunidad los miembros de la Comisión General de Codificación encargados de la redacción del Proyecto optaron por separar, en títulos distintos del Libro II, el usufructo, el uso y la habitación (Título IV) y las servidumbres (Título V).

Una vez expuestas las previsiones contempladas en los sucesivos proyectos de código civil en relación a las servidumbres, el profesor MARIANO ALONSO PÉREZ, asumió la tarea de dar cuenta a los asistentes al Encuentro del régimen jurídico del derecho real de servidumbre incluido, finalmente, en el Código civil español[33].

A partir de la idea del deficitario tratamiento que las servidumbres reciben en el Código español, de modo especial, por la confusión que se consolida entre las servidumbres y las limitaciones de dominio, MARIANO ALONSO se ocupó, en primer lugar, de señalar las diferencias más importantes que existen entre las servidumbres, concebidas como derechos reales, y las limitaciones de dominio. Y a continuación centró su discurso en formular un estudio comparativo entre el régimen jurídico de las servidumbres en el Código civil español y los principios fundamentales o espirituales que la institución tuvo en el derecho romano.

Como expuso el profesor ALONSO el régimen jurídico de las servidumbres en el Código civil español se ajusta a la tradición del derecho justinianeo y se

[33] "El derecho real de servidumbre en el Código civil (servidumbre y relaciones de vecindad)". Universidad de Salamanca.

aleja del derecho romano clásico. De ahí que prevea la distinción entre las servidumbres prediales, constituidas a favor de un inmueble, y las personales establecidas en provecho de un sujeto o de una comunidad; que contemple la distinción entre servidumbres voluntarias y legales, por causa de utilidad pública o privada; y que distinga entre servidumbres positivas y negativas.

Desde la perspectiva de la legislación registral, JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO se aproximó a los problemas que se suscitan a los registradores de la propiedad en materia de servidumbres urbanas como consecuencia de tres factores. En primer lugar, la frecuente confusión legislativa entre las servidumbres y las limitaciones de la propiedad. En segundo término, la complejidad del régimen jurídico en vigor, en el que hay que tener en cuenta no sólo las previsiones del Código civil, sino también las incluidas en la legislación sobre propiedad urbana y en las leyes del suelo. Y, por último, la insuficiencia de la categoría de las servidumbres, un déficit que en el ámbito de la propiedad urbana tiende a subsanarse a través de las reglas de la propiedad horizontal[34].

Desde la perspectiva del derecho civil positivo, ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO destinó el tiempo de su intervención a la medianería, institución contemplada en el Código civil dentro del ámbito de las servidumbres, en la misma línea que habían previsto los redactores del Proyecto de código civil de 1851 (arts. 511-521)[35].

El ponente se manifestó contrario a la inclusión de la medianería entre las servidumbres por considerar que esta figura es, en realidad, una comunidad especial en virtud de su objeto. Sobre la base de este planteamiento inicial, DOMÍNGUEZ LUELMO, en una sistemática y ordenada exposición, dio cuenta, a continuación, del concepto y la naturaleza jurídica de la medianería; de las fuentes que la regulan, así en la legislación estatal como en las normativas autonómicas; de las diferentes maneras en que cabe su constitución; y de algunas cuestiones de su régimen jurídico.

b. En el derecho público

En los años centrales del siglo XIX, coincidiendo con el nacimiento del derecho administrativo, el inicio de la doctrina administrativista y la promulgación de las primeras leyes demaniales surgió en nuestro país la categoría de las servidumbres administrativas, llamadas también servidumbres legales

[34] "Servidumbres y limitaciones de dominio en la propiedad urbana". Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

[35] "La medianería". Universidad de Valladolid.

de utilidad pública[36]. Al tiempo de su aparición estas servidumbres quedaron asimiladas a la noción de limitación de la propiedad por causa de utilidad pública, o como se afirma en la actualidad, por su función social, acentuándose así la confusión entre las servidumbres y las limitaciones de la propiedad.

El repaso de la legislación administrativa a partir del siglo XIX muestra la introducción de múltiples servidumbres y limitaciones de dominio por razones de interés público en este sector del ordenamiento jurídico. A algunas de ellas se refirió el profesor MARTIN BASSOLS en su intervención en Salamanca[37]. Sin embargo, tal afirmación debe matizarse porque, en realidad, una parte importante de las situaciones calificadas como servidumbres por la legislación administrativa decimonónica son simples limitaciones de la propiedad, por lo que resulta inapropiado nombrarlas con el término servidumbre. Incluso, en algunos supuestos, más que de limitaciones de la propiedad, cabría hablar de la existencia de límites del derecho de propiedad definitorios de su contenido.

Entres las "falsas" servidumbres introducidas en las leyes demaniales del siglo XIX cabe mencionar, entre otras, las establecidas para la ejecución y protección de las obras públicas; las previstas en la Ley de carreteras de 1877 y en la Ley de ferrocarriles del mismo año a los terrenos colindantes con los caminos públicos, carreteras y vías férreas; y las servidumbres de camino de sirga contempladas en las Leyes de aguas de 1866 y 1879 que gravaban las heredades ribereñas a los ríos[38].

Entre las diversas razones que pueden ayudarnos a comprender los motivos que tuvo el legislador para calificar de servidumbres lo que no eran sino limitaciones de la propiedad por razón de utilidad pública cabe destacar dos. Por un lado, la que guarda relación con el concepto de propiedad liberal en el que las limitaciones de la propiedad se consideraban una anomalía dentro del régimen jurídico de un derecho que se pretendía absoluto. Y por otro, la relacionada con la inexistencia en el siglo XIX de otros títulos que pudieran justificar una intervención general en la propiedad por causa de interés público[39].

La confusión, en el ámbito del derecho administrativo, entre servidumbres y limitaciones de dominio, iniciada en las leyes demaniales del siglo XIX, se consolidó tras la entrada en vigor del Código civil de 1888-1889, una vez

---

[36] Acerca de estas cuestiones véase Carrillo Donaire, Juan Antonio. 2003. *Las servidumbres administrativas: delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico*. Valladolid: Lex Nova.

[37] "Limitaciones de dominio desde la perspectiva del Derecho público". Universidad de Alcalá de Henares.

[38] Carrillo Donaire, 2003, *Las servidumbres administrativas*, cit., pp. 34-36.

[39] Carrillo Donaire, 2003, *Las servidumbres administrativas*, cit., p. 37.

que el texto preveía las servidumbres impuestas por la ley por objeto de utilidad pública o comunal en sus artículos 549 y 550. A partir del siglo XX, la situación, lejos de aclararse, se ha enturbiado significativamente. Prueba de ello es el debate planteado en el seno de la doctrina administrativista acerca del encaje conceptual de las servidumbres administrativas[40].

2. Mecanismos altomedievales alternativos de las servidumbres

La naturaleza jurídica de los recursos, diferentes de las servidumbres, utilizados en la alta edad media para cubrir las necesidades planteadas a partir de la vecindad de fundos pertenecientes a propietarios distintos, permitiendo cierta utilización del fundo ajeno, fue diversa[41]. En el Encuentro de Salamanca, al compás de la ponencia de MANUEL A. BERMEJO CASTRILLO y del consecutivo debate[42], hubo oportunidad de abordar cuatro modalidades de entre la variedad de soluciones innominadas, atípicas y flexibles ideadas para tal fin. En concreto los mecanismos a los que se hizo referencia fueron los siguientes: la cesión del terreno necesario para el paso o la construcción de una canalización de agua; la formalización de una relación obligatoria entre los titulares de los fundos vecinos; la constitución forzosa de una obligación en beneficio del titular de un fundo por parte de las autoridades en defecto de acuerdo entre los propietarios de los fundos implicados; y el transcurso del tiempo, esto es, la prescripción.

Los fueros municipales y los documentos de aplicación del derecho son las fuentes que nos permiten aproximarnos a la articulación y al uso de estos mecanismos. Una vez más los documentos de aplicación resultan imprescindibles para conocer la realidad jurídica práctica.

La primera de las soluciones enunciadas consistía en la cesión de la franja de terreno necesaria para el paso o para la construcción de un canal de agua al titular del fundo vecino. En este supuesto, no existía más relación entre los titulares de los fundos vecinos que la del vínculo derivado de la cesión de la propiedad de un trozo de terreno que permitía al beneficiario la obtención de la utilidad del fundo vecino.

---

[40] En torno al mismo, véase Carrillo Donaire, 2003, *Las servidumbres administrativas*, cit., pp. 102-129.

[41] Las necesidades primordiales para las que se articularon estas soluciones jurídicas en el derecho histórico fueron las siguientes. En primer lugar, la de disponer de agua para el riego o para dar de beber a los ganados. Después la referida al paso por fundo ajeno. Y, por último, la de apoyar o desaguar sobre la edificación colindante.

[42] "Servidumbres y limitaciones de dominio en los Fueros municipales". Universidad Carlos III de Madrid.

Se trataba, por tanto, de una técnica jurídica que guardaba importantes semejanzas, como puso de relieve FRANCISCO PACHECO, con la solución utilizada en el derecho romano arcaico consistente en considerar que el terreno preciso para el paso, el canal o el agua, que pertenecía al titular de lo que con el tiempo acabaría siendo considerado fundo sirviente, se atribuía al titular del fundo vecino, con el tiempo fundo dominante.

Con todo, una diferencia importante entre la solución del modelo romano arcaico y la del sistema altomedieval reside en el alcance de la idea de pertenencia en uno y otro contexto. En relación a esta cuestión cabe recordar que en el derecho romano arcaico no existía aún la noción de dominio, de propiedad. Por tal motivo las relaciones jurídicas de pertenencia, incluida la que nos ocupa en este momento, se reconducían al esquema del *mancipium* o de la *potestas*.

Una segunda técnica que contribuyó a solucionar los inconvenientes derivados de la vecindad de fundos titularidad de sujetos distintos consistió en la constitución voluntaria de un vínculo obligacional entre los titulares de los fundos vecinos. En virtud de esta relación obligatoria uno de los titulares permitía o consentía a la otra parte un cierto disfrute del fundo propio.

En otras ocasiones, la satisfacción de las necesidades consecuencia de la vecindad de fundos pertenecientes a propietarios distintos se canalizó por la vía de la constitución forzosa de una obligación, para el titular de uno de los fundos, de consentir ciertos usos o inmisiones al propietario del fundo vecino. La formalización de la obligación correspondía a las autoridades locales o a los vecinos en defecto de acuerdo entre los propietarios de los fundos implicados.

Y, finalmente, en otras oportunidades, el derecho a practicar ciertos usos en el fundo vecino se adquiría por el simple transcurso del tiempo. En estos supuestos la institución de la prescripción desplegaba todos sus efectos.

IV. LAS LIMITACIONES DE DOMINIO, RESTRICCIONES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Los motivos que a lo largo de la historia han justificado la imposición de limitaciones al dominio han sido múltiples. En el Antiguo Régimen, es probable que las más significativas fueran las vinculadas a la pertenencia del individuo a un grupo familiar o a una comunidad de población y las que tenían su origen en algunas relaciones particulares como son las señoriales o

las de vecindad[43]. A partir del XIX, tomaron nuevo impulso las relacionadas con el interés público o general o el bien común[44]. Y tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 las referidas a la función social de la propiedad.

En el desarrollo del Encuentro salmantino, las ponencias con mayor vinculación al tema de las limitaciones de dominio en sentido estricto fueron las de RAMÓN AZNAR I GARCÍA[45], PEGERTO SAAVEDRA FERNÁNDEZ[46] y FERNANDO SÁNCHEZ MARROYO[47]. En su desarrollo los conferenciantes trataron de diferentes limitaciones de dominio desde diversas perspectivas temporales, materiales y geográficas. Los dos primeros abordaron algunos casos concretos de limitaciones de propiedad en el Antiguo Régimen, mientras que el tercer ponente se ocupó de un supuesto de limitación de la propiedad planteado en los siglos XIX y XX, una vez definido el nuevo concepto de propiedad liberal.

RAMÓN AZNAR presentó el caso de las limitaciones de dominio impuestas a los propietarios de los fundos ribereños de los ríos navegables en Valencia, en especial del cauce del río Júcar, en el Antiguo Régimen con la finalidad de amparar o facilitar la navegación fluvial. Se refirió, por tanto, a un antecedente de la conocida hoy en día como servidumbre de camino de sirga sobre los predios contiguos a las riberas de los ríos navegables.

La fuente principal utilizada por el ponente para la elaboración de su intervención fueron diez expedientes de navegación fluvial tramitados en Valencia

---

[43] En esta diversidad de posibilidades cabe mencionar, en el ámbito familiar, las relacionadas con el ejercicio de los derechos de adquisición preferente o de troncalidad con las que se buscaba la continuidad de los bienes en la rama familiar de la que procedían. En la segunda categoría, las limitaciones que afectaban a la propiedad comunal dirigidas a la protección de los bienes pertenecientes al común de los vecinos. Y, finalmente, en el tercer grupo cabe traer a colación, entre otras limitaciones, la de consentir el paso de materiales por la finca cuando fuese indispensable para construir o reparar algún edificio y la de recoger las aguas pluviales de modo que caigan sobre suelo propio o suelo público.

En el ámbito de las relaciones de vecindad conviene tener en cuenta que, a partir de la contigüidad de los predios, cabe la imposición de limitaciones de la propiedad pero también de servidumbres. El elemento a tener en cuenta para precisar si nos encontramos con una limitación de la propiedad por la existencia de una relación de vecindad o con una servidumbre será el de la existencia o inexistencia de un predio dominante que reciba la utilidad y un predio sirviente que la soporte.

[44] El interés público o general o el bien común se concretan de múltiples maneras a lo largo del tiempo dando entrada a factores sociales, económicos, urbanísticos, medioambientales, culturales, etc.

[45] "Una limitación de la propiedad en la Valencia oral: el paso de aguas fluviales". Universidad Carlos III de Madrid. El ponente, al inicio de su intervención, precisó que el título final de su intervención sería "Naves de paso y limitaciones de paso en la Valencia foral".

[46] "Servidumbres y limitaciones de dominio en el sistema agropecuario de Galicia, siglos XVI-XIX". Universidad de Santiago de Compostela.

[47] "La pervivencia de la propiedad imperfecta en el mundo rural extremeño de los siglos XIX y XX. Una fuente constante de tensiones sociales". Universidad de Extremadura.

entre la segunda mitad del siglo XVIII y la primera mitad del XIX. Una vez más quedó de manifiesto el interés de manejar fuentes ajenas a las legislativas y doctrinales para profundizar en múltiples instituciones y situaciones.

Por su parte, PEGERTO SAAVEDRA se refirió a la importancia de las servidumbres y de las limitaciones de dominio en el contexto de la propiedad rural gallega del Antiguo Régimen. La concurrencia de varias circunstancias propias del mundo agrario de esta parte de la Corona de Castilla propiciaron la constitución de servidumbres y la imposición de limitaciones de dominio y la conflictividad derivada de su existencia, en especial en el ámbito de las servidumbres de paso, siempre más problemáticas que las de pastos. Entre aquellas condiciones que explican la profusión de servidumbres y limitaciones en el campo de Galicia, el ponente resaltó la escasa superficie de terreno cultivada; la excesiva parcelación del espacio cultivado; la importancia de los cultivos intensivos; y la abundancia de pequeños cultivadores que trabajaban la tierra en régimen de foro.

A partir del Código civil francés de 1804 (arts. 544 y 545), se difundió, por la mayor parte de los países europeos, un nuevo concepto de propiedad. Conforme al mismo la propiedad empieza a entenderse como el derecho de gozar y disponer de una cosa del modo más absoluto sin otras limitaciones que las legales, de modo que nadie pueda ser privado de su propiedad si no es por la vía expropiatoria, fundada en todo caso en causa justificada de utilidad pública y previa la correspondiente indemnización. Pero la asunción y la aplicación práctica de estos postulados no siempre resultó sencilla, de modo particular, en aquellas situaciones en las que el nuevo concepto de propiedad se aplicó sobre una realidad económica y social propia del Antiguo Régimen.

En este contexto, FERNANDO SÁNCHEZ MARROYO se refirió a la conflictividad suscitada a partir de la imposición de diferentes limitaciones al ejercicio absoluto del derecho de propiedad a los propietarios rurales extremeños en el siglo XIX como consecuencia de la pervivencia, pese a las reformas liberales, de dos prácticas propias del mundo rural del Antiguo Régimen: la trashumancia y la cría familiar de ganado porcino. Entre los conflictos más graves que entonces se plantearon, el ponente destacó los suscitados por el aprovechamiento de las hierbas y pastos de invierno y de verano y por la fijación de los precios.

La pervivencia de aquellas dos prácticas propias del campo extremeño dio origen a frecuentes situaciones de condominio en las que los distintos propietarios practicaban aprovechamientos diferentes que en numerosas ocasiones eran incompatibles entre sí, de ahí las limitaciones de dominio impuestas a cada uno de los titulares.

V. OTRAS REALIDADES, EXTRAVAGANTES A LAS SERVIDUMBRES Y LAS LIMITACIONES DE DOMINIO Y VINCULADAS A LA PROPIEDAD RURAL, TRATADAS EN SALAMANCA

Al margen del tema de las servidumbres y las limitaciones de dominio, con ocasión de la celebración del Encuentro de Salamanca, también hubo tiempo de aproximarse a varias realidades vinculadas a la propiedad rural del Antiguo Régimen y del Estado liberal. En este contexto, SAMUEL GARRIDO HERRERO[48] y ENRIC SAGUER HOM[49] se centraron en dos tipos contractuales agrarios: el arrendamiento y la masovería; y RAFAEL PÉREZ BORREDÀ[50] se ocupó de la evolución, entre 1838 y 1930, de los enclaves particulares en la Sierra de Enguera, monte comunal señorial situado en la provincia de Valencia.

De modo particular, SAMUEL GARRIDO se ocupó de la cuestión del pago de las mejoras realizadas en las fincas arrendadas. En su discurso se refirió, en primer lugar, a las situaciones y conflictos planteados en las ocasiones en las que los propietarios se negaban al pago de las mejoras efectuadas por los arrendatarios y en la manera en que tal actitud influía en el ánimo del arrendatario a los efectos de procurar la máxima rentabilidad de la explotación económica de la finca. Y, a continuación, a las frecuentes discrepancias suscitadas en el Antiguo Régimen entre las previsiones contenidas en las leyes en relación al pago de las mejoras y la realidad práctica. La importancia que la costumbre llegó a tener en este ámbito en los territorios peninsulares pero también en otros puntos del continente como es el caso de Inglaterra se encuentra detrás de la falta de sintonía que se aprecia entre la norma escrita y su aplicación.

Por su parte, ENRIC SAGUER se acercó a la figura de los propietarios en la masovería catalana sobre la base de la información obtenida a partir de distintos testimonios orales[51]. Le preocupó, especialmente, la cuestión de la naturaleza jurídica de esta forma de arriendo de masos o explotaciones agrarias en los siglos XIX y XX. Una época en relación a la cual cabe preguntarse si la masovería estuvo más próxima a un contrato de trabajo, a la aparcería o al arrendamiento. De ahí que la mayor parte de su intervención estuviera des-

---

[48] "Los derechos del arrendatario". Universitat Jaume I.

[49] "El propietario en la masovería catalana (siglos XIX y XX): límites y capacidad de acción". Universitat de Girona.

[50] "Formación de enclavados particulares en el proceso de cambio del monte comunal señorial. Sierra de Enguera, 1838-1930". Universitat de València.

[51] La masovería es un contrato de arriendo de masos o explotaciones agrarias, de origen medieval, muy arraigado en la Cataluña nororiental.

tinada a tratar los aspectos relativos a las facultades de dirección que el titular de la propiedad ejercía en el funcionamiento ordinario de la explotación y aquéllos otros vinculados a la jerarquía en la toma de decisiones productivas y organizativas.

El ponente dejó para otra ocasión el estudio de las cuestiones relacionadas en sentido estricto con el tema de las limitaciones de dominio impuestas al propietario, aunque llegó a mencionar algunas de ellas. Es el caso, entre otras, de las que guardan relación con la capacidad de transmisión del titular de la propiedad de las fincas arrendadas, el derecho de retracto de los arrendatarios y los derechos de prórroga que restringen al propietario las facultades de disposición de la finca.

Finalmente, RAFAEL PÉREZ expuso la compleja formación de enclaves particulares en los montes comunales señoriales de la Sierra de Enguera entre 1838 y 1930. Un espacio, tradicionalmente, de usos compartidos entre el señorío y los campesinos en el que éstos, con el tiempo, ocupan bosques y pastos a título particular con el consentimiento tácito de los señores y también de los municipios por los beneficios que unos y otros obtienen a partir de la ocupación efectuada por los campesinos. Los señores en virtud de los diezmos que empiezan a percibir, muy superiores a los ingresos que podía obtener por los derechos de pastos. Y los municipios por los ingresos que consiguen a partir del acceso de estos enclaves particulares al Catastro.

VI. BIBLIOGRAFÍA

A continuación incluyo una relación bibliográfica que comprende las obras citadas en el texto y otros títulos que me han resultado de utilidad a la hora de elaborar estas páginas.

Alonso Romero, Mª. Paz. 2004. "*Ius commune* y derecho patrio en la Universidad de Salamanca durante los siglos modernos. Trayectoria docente y métodos de enseñanza de Antonio Pichardo Vinuesa, Juan de Solórzano Pereira, Francisco Ramos del Manzano y José Fernández de Retes". En Dios, Salustiano de y Javier Infante y Eugenia Torijano (coords.). *El Derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX). En Memoria de Francisco Tomás y Valiente*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. Pp. 43-148.

Biondi, Biondo. 2002. *Las servidumbres*. Traducción de la 2ª ed. y anotaciones al derecho civil español común y foral por Juan Manuel González Porras. Granada: Editorial Comares.

Bonet Correa, José. 1948-1949. "Sobre la supuesta constitución tácita de las servidumbres en las fuentes jurídicas romanas", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 19: 304-346.

— 1967. “La constitución tácita de las servidumbres en el Derecho común”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 37: 531-551.

— 1970. *La constitución de las servidumbres por signo aparente. La “destinación del padre de familia”*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Junta de Estudios Económicos, Jurídicos y Sociales.

Bueno Salinas, Marta. 1999. “El valor de la terminología jurídica”, *Initium*, 4: 449-478.

— 2005. “Anotaciones metodológicas: sobre la continuidad en la reflexión iushistórica”, *Initium*, 10: 311-324.

Burdese, Alberto. 1968. “Considerazioni sulla configurazione arcaica delle servitù (A proposito di taluni recenti studi)”, en *Studi in onore di Giuseppe Grosso*. I. Turín: G. Giappichelli. Pp. 497-528.

– 2007. *Le servitù prediali. Linee teoriche e questioni pratiche*. Padua: Cedam.

Capogrossi Colognesi, Luigi. 1969-1976. *La struttura della proprietà e la formazione dei “iura praediorum” nell’età repubblicana*. [2 vols.]. Milán: Giuffrè Editore.

Caravale, Mario. 1969. *Ricerche sulle servitù prediali nel medio evo*. I. *L’età romano-barbarica*. Varese: Giuffrè.

Carrillo Donaire, Juan Antonio. 2003. *Las servidumbres administrativas: delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico*. Valladolid: Lex Nova.

Corbino, Alessandro. 1981. *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*. Milán: Giuffrè Editore.

Costums de Tortosa:

— Oliver y Esteller, Bienvenido. 1876-1881. *Código de las costumbres de Tortosa*. [4 vols.]. Madrid: Imprenta de Miguel Ginesta. [Edición facsímil, 1995. 6 vols. Tortosa: Centre de Lectura de les Terres de l’Ebre, D.L.].

Diez-Picazo, Luis. 1995. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. III. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*. 4ª ed. Madrid: Civitas.

Febrer Romaguera, Manuel Vicent. 1995. “Las servidumbres prediales en el Derecho foral valenciano medieval”, *Anuario de Estudios Medievales*, 25 (1): 67-80.

Férnández de Otero, Antonio. 1700. *Tractatus de pascuis et jure pascendi perutilis et necessarius, omnibus in foro iuridico versantibus : duplici indice, capitum scilicet, & rerum locupletatus*. [3ª ed.]. Lugduni: sumptibus Anisson & Posuel.

Franciosi, Gennaro. 1967. *Studi sulle servitù prediali*. Nápoles: Eugenio Jovene.

Furs de Valencia:

— [Pastor, Joan Francesc]. 1547-1548. *Fori Regni Valentiae*. Valencia: Ioannis de Mey Flandri.

— Dualde Serrano, Manuel. 1950-1967. *Fori antiqui valentiae*. Edición crítica por. Madrid-Valencia: Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Jerónimo Zurita. Escuela de Estudios Medievales.

— Colon, Germà y Arcadi Garcia i Sanz (eds.). 1978. *Furs de València*. III. Barcelona: Editorial Barcino.

Garcia i Sanz, Arcadi. 1996. *Institutions del Dret civil valencià*. Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I.

García Sánchez, J. 1974. "El origen de las servidumbres prediales y su vinculación con las relaciones de vecindad en el derecho romano", *Revista de Derecho Notarial*, 85-86: 35-70.

Garrido Falla, Fernando. 1959. "El régimen administrativo de la propiedad privada", *Revista de Derecho Privado*, XLII: 457 y ss.

—1976. "El derecho a indemnizar por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada", *Revista de Administración Pública*, 81: 77-

Grossi, Paolo. 1967. "Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali", *Jus*, 18. También en Grossi, Paolo. 1992. *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*. Milán: Giuffrè Editore. Pp. 21-55.

— 1968. "Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale", *Corso di storia del diritto*. Padua: Ceda.

— 1985. "'Gradus in dominio' (Zasius e la teorica del dominio diviso)", *Quaderni Fiorentini*, 14: 373-399. También en Grossi, Paolo. 1992. *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*. Milán: Giuffrè Editore. Pp. 191-215.

— 1988. "La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico", *Quaderni Fiorentini* 17: 359-422. También en Grossi, Paolo. 1992. *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*. Milán: Giuffrè Editore. Pp. 603-665.

— 1989. "'Dominia' e 'servitutes' (Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù)", *Quaderni Fiorentini*, 18: 331-394. También en Grossi, Paolo. 1992. *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*. Milán: Giuffrè Editore. Pp. 57-122.

Iglesia Ferreirós, Aquilino. 1995. "El panorama autonómico español: entre el mito y la historia". En Iglesia Ferreirós, Aquilino (ed.). *El Dret comú i Catalunya. Actes del IV Simposi Internacional Homenatge al professor Josep M. Gay Escoda. Barcelona, 27-28 de maig de 1994*. Barcelona: Fundació Noguera. Pp. 274-369.

Pacheco Caballero, Francisco Luis. 1991. *Las servidumbres prediales en el Derecho histórico español anterior a la Recepción del Derecho común*. Prólogo de Aquilino Iglesia Ferreirós. Lleida: Pagès editors.

— 1995. "Derecho valenciano, Derecho catalán y Recepción del Derecho común: reflexiones en torno a la institución de las servidumbres prediales", *Historia, Instituciones, Documentos* 22: 371-430.

— 2001. "Fueros y Partidas: algunas páginas más sobre servidumbres", *Initium* 6: 285-305.

Pardessus, Jean-Marie. 1838. *Traité des servitudes, ou services fonciers. Corrigée et considérablement augmentée, en ce qui concerne principalement les actions possessoires, les chemins, les cours d'eau, les usages et le voisinage*. [2 vols.]. 8ª edición. París: G. Thorel, Libraire. Guilbert, Libraire.

Saguer Hom, Enric y Pere Gifre i Ribas y Rosa Congost i Colomer y Lluis To i Xavier Torres. 1997. "La evolución del contrato de masoveria (Gerona, ss. XV-XVIII)", en Torijano Pérez, Eugenia y Luis Enrique Espinoza Guerra y Javier Infante Miguel-Motta y Mª. Desamparados Bejarano Rubio (coords.) y Ricardo Robledo Hernández (dir. congreso), *VIII Congreso de Historia agraria. Salamanca, 28-30 de mayo de 1997. Preactas*. Salamanca: Departamento de Economía e Historia Económica. Pp. 277-294.

— 2005. *Els últims hereus: història oral dels propietaris rurals gironins, 1930-2000*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Cultura, cop.

Sánchez Marroyo, Fernando. 1999. "La trashumancia en el siglo XIX: práctica económica y mecanismo de dinamización social", en Melón Jiménez, Miguel Ángel y Antonio Pérez Díaz y Alfonso Rodríguez Grajera, *La trashumancia: (siglos XVI-XX)*. Pp. 109-129.

— 2006. "A la búsqueda de la propiedad universal. Estrategia campesina y solución a la cuestión social: las sociedades de compras en Extremadura", en Dios, Salustiano y Javier Infante Miguel-Motta y Ricardo Robledo y Eugenia Torijano (coords.), *Historia de la propiedad: costumbre y prescripción. IV Encuentro interdisciplinar, Salamanca, 25-28 de mayo de 2004*. Madrid: Colegio de Registradores. Pp. 621-664.

Siete Partidas, Las:

— *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nueuamente glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Majestad*. Salamanca: Andrea de Portonaris. [Edición facísimil, 1985. Madrid: Boletín Oficial del Estado].

Vidal Mayor:

— Cabanes Pecour[t], Mª. de los Desamparados y Asunción Blasco Martínez y Pilar Pueyo Colomina. 1996. *Vidal Mayor*. Edición, introducción y notas al manuscrito. Zaragoza: Libros Certeza.