

LA *SUCCESSIO MORTIS CAUSA* EN LA *POSSESSIO* DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES Y SU RECEPCIÓN EN LOS “*FURS DE VALÈNCIA*”.

M^a Carmen Lázaro Guillamón

En el marco del derecho sucesorio romano vamos a afrontar un tema (aunque no con la extensión que sería deseable), cual es la innovación que supone, en los albores ya del derecho postclásico, admitir la posibilidad de adquirir una servidumbre predial por transcurso del tiempo, y como consecuencia, el poder decir (como se dice en una célebre constitución justiniana) que efectivamente puede producirse una *successio in “possessionem”*¹ en estos derechos de servidumbres para el caso en que ocurra el deceso del *possessor*.

Avanzando en la exposición, después de haber verificado esta *successio in locum et in ius* -teniendo en cuenta las fuentes y sus alteraciones-, veremos de qué forma, se realiza la recepción de la posibilidad arriba enunciada en el derecho foral valenciano, puesto que en nuestra idea está el desenrañar y progresar en el nexo que existe entre los derechos romano y foral valenciano.

Para emprender, -ahora ya-, la tarea que nos hemos propuesto hay que partir de la perspectiva de la adquisición de un derecho de servidumbre predial por simple *usus*, o lo que es lo mismo, saber si después de una oscura *Lex Scribonia*² (de datación incierta, aunque seguramente de época republicana), es posible “poseer” un derecho de servidumbre; en este sentido, si presupuesto de la usucapión es una posesión, y como esta ley declara la imposibilidad de constituir una servidumbre por prescripción adquisitiva, la consecuencia inmediata es que, en principio, sólo las servidumbres más antiguas (anteriores a la *Lex Scribonia*) pueden, por tanto, ser susceptibles de *possessio* y constituirse por usucapión.

En definitiva, desde la mencionada ley, puede decirse que las servidumbres son consideradas *iura*, es más, debemos tener en cuenta que para los clásicos, era una noción intuitiva aquella que rechazaba la posesión de las *res incorporales* y por tanto la *possessio servitutis*³. Así, en Dig. 19, 1, 3, 2. se afirma que:

1. De forma introductoria se ha optado por la expresión “*possessio*”, aunque con el desarrollo de la exposición veremos como, efectivamente, lo adecuado es utilizar el término *quasi possessio* o *possessio iuris* (del cual tendremos oportunidad de perfilar algunas de sus innumerables cuestiones), cuando nos referimos a la *posesión del derecho de servidumbre*. Además, somos conscientes de que es osado hacer uso de esta expresión cuando nos referimos a derecho sucesorio, pero lo consideramos necesario por dos motivos fundamentales: de un lado ser coherentes con el título de nuestro trabajo, y de otro, adelantar las conclusiones a las que nos ha llevado este estudio.

2. Dig. 41, 3, 4, 28 (29). (Paul. 54 ed.);

Libertatem servitutum usucapi posse, verius est, quia eam usucapionem sustulit Lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute. Itaque si, quum tibi servitutem deberem, ne mihi, puta, liceret altius aedificare, et per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus. Por tanto, lo que Paulo nos quiere decir es que cabe sobre las servidumbres una *usucapio libertatis*, es decir, una prescripción extintiva, pero no una prescripción adquisitiva o constitutiva a partir de dicha *Lex Scribonia*.

3. S. Solazzi, *La tutela e il possesso delle servitù prediali* (Napoli 1949) 111.

Si iter actum viam aquaeductum per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est... (Pomp. 9 Sab).

Por otro lado Juliano en Dig. 8, 2, 32, 1 declara que;
...natura servitutum ea est ut possideri non possint... (Iul. 7 dig.)

Otro ejemplo en Dig. 8, 1, 14, pr;
Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur... (Paul. 15 Sab).

Otra muestra es Dig. 41, 3, 9;
Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani, et civitatum, item liberis hominibus. (Gai. 4 ed. prov.).

Es más, el mismo Gayo, en sus Instituciones declara que:
 II, 14: *Incorporales sunt (...) eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum.*
 (...)
 II, 28: *<res> incorporales traditionem non recipere manifestum est...*

Pero junto a esta muestra de textos que, como se ha dicho, nos inducen a pensar que no es posible la posesión de las servidumbres prediales y por tanto, que no es susceptible su adquisición por usucapión, nos encontramos con otros textos que nos indican lo contrario; es decir, existe el hecho contradictorio de hallar en el propio Digesto muestras que declaran la posibilidad de *possessio*, *traditio*, o *usucapio* de las servidumbres, y además estas posibilidades son susceptibles de protección, así por ejemplo cabe señalar:

Dig. 8, 4, 2;
De aqua per rotam tollenda ex flumine vel haurienda, vel si quis servitutem castello imposuerit, quidam duxerant, ne hae servitutes non essent: sed rescripto imperatoris Antonini ad Tullianum adicitur, licet servitus iure non valuit, si tamen hac lege comparavit seu alio quocumque legitimo modo sibi hoc ius adquisivit, tuendum esse cum qui hoc ius possedit. (Ulp. 17 ed.) .

Es decir, lo que Ulpiano pretende decirnos es que el que “posee” o usa de determinado derecho, goza de protección procesal; así, parece claro que lo que aquí se ampara es un *usum iuris* coincidente con una posesión del derecho -*quasi possessio*- de servidumbre -aunque esta idea sea postclásica y por tanto fruto de interpolación-⁴.

En definitiva, las alteraciones que algunas fuentes pueden plantear suponen un reconocimiento de la posesión de derechos de forma más o menos genérica, y la interpolación no es otra cosa que muestra de la introducción justiniana de la figura de la *quasi possessio*. Por tanto, en este contexto, el ejercicio de hecho de aquellas facultades que constituyen el contenido de un derecho real, además de ir referidas a la propiedad, pueden dirigirse a derechos reales sobre cosa de otro (en este caso una servidumbre).

Pero para llegar a conocer cómo se llevó a cabo esta evolución, es decir, cómo resultó posible llegar a admitir el concepto de posesión de derechos en el marco de las servidumbres prediales, hay que partir del dato de que el pretor (supliendo y corrigiendo la estricta apreciación del derecho quirritario), concedía una serie de interdictos (análogos a los posesorios) para la tutela del ejercicio de hecho de algunas servidumbres, siempre que este ejercicio se realizase *nec vi, nec clam, nec precario*⁵.

4. S. Perozzi, “Servitù e obbligazion” en *Scritti Giuridici* 2 (Milano 1948) 51.

5. Dig. 43, 19, 1, 1, en relación a las servidumbres de paso y conducción; Dig. 43, 20, 1, pr, en relación a las servidumbres de agua diaria o estival; Dig. 43, 22, 1, pr, en relación a la servidumbre de fuente; Dig. 43, 18, 1, pr en relación a las superficies.

Lo esencial es que, estos interdictos (de carácter especial) referidos a las servidumbres, no tienen como fundamento la tutela de una posesión, sino la de un uso del derecho⁶, así se trata de la introducción por parte del pretor de unos medios interdictales de protección de una situación de hecho que se manifiesta por el ejercicio de una servidumbre⁷.

No obstante, avanzando en la evolución de la materia que nos ocupa, es revelador un fragmento de Javoleno, a saber, Dig. 8, 1, 20;

Quoties via, aut aliquid ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quo minus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. Ego puto, usum eius pro iuris traditione possessionis accipiendum esse; ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. (Iav. 5 post. Lab.)

En éste se pone de manifiesto de forma novedosa, que todos estos interdictos son cuasi posesorios, es decir, no es que se introduzca la posibilidad de poseer *res incorporales*, sino que, admitiendo que estas no son susceptibles de posesión y por tanto de entrega material, cabe la posibilidad de que dicha entrega material pueda ser sustituida por el *usus* que en verdad es lo que se protege con los interdictos vistos, con lo cual, la venta *-traditio-* de la servidumbre en virtud de su ejercicio tendrá plenos efectos (subrogación de la entrega al *usus*). Y es que los juristas clásicos se muestran todos de acuerdo respecto a la imposibilidad de poseer *res incorporales* y por tanto a aplicar a estas aquellas instituciones cuyo fundamento sea la posesión; como consecuencia, aquellos textos en los que explícitamente se hace referencia a la *traditio* estarán interpolados, de lo cual se deriva que la *traditio servitutis*, o la protección del ejercicio del derecho durante un tiempo (*vetustas*) es una innovación justiniana; es más, también podemos considerar interpolado en el fragmento precedente -siguiendo este razonamiento-, el hecho de conjeturar que los interdictos anteriores son de carácter cuasi posesorio, puesto que este dato no tiene otro fundamento que el de ver en el ejercicio de una servidumbre una posesión del derecho, la cual cosa es totalmente de inspiración postclásica⁸.

El paso siguiente en la evolución es considerar este largo ejercicio del derecho como un elemento que implica la prescripción adquisitiva de una servidumbre, de la misma forma que la usucapión, -o en el momento que nos ocupa sería ya más adecuado hablar de *longi temporis praescriptio-* sirve para la adquisición de la propiedad⁹. En este sentido:

Dig. 8, 5, 10, pr.

Si quis diuturno uso et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi clam, non vi, precario possedissee. (Ulp. 53 ed.).

6. S. Perozzi, *ibid.* 51

7. B. Biondi, *Las Servidumbres*, tr. de la edición original italiana "Le Servitù", Milano, 1967. Con extensas anotaciones de Derecho español, común y foral por José Manuel González Porras (Jaén 1978) 1208-209.

8. Así también podemos citar Dig. 8, 3, 1, 2. (Ulp 2 inst.); *Traditio plane et patientia servitutum inducet officium praetoris*"; siendo coincidente lo dicho aquí con lo que encontramos en Dig. 7, 4, 1, pr. (Ulp. 17 Sab.) en relación a la constitución de un usufructo por derecho honorario, a saber: *Non solum usufructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu; et parvi refert, utrum iure sit constitutus usufructus, an vero tuitione Praetoris. Proinde traditus quoque usufructus, item in fundo vectigali vel superficie non iure constitutus capitis minutione amittitur*. Es más, podemos considerar junto con Perozzi (*ibid.* 226), que este parágrafo es una alteración del Frag. Vat. 61: *Item. amitti autem usumfructum capitis minutione constat: nec solum usumfructum, sed etiam actionem de usufructu. vel per fideicommissum lego. Et parvi refert. utrum iure sit constitutus usufructus, an vero tuitione praetoris: proinde traditus quoque usufructus, scilicet in fundo stipendiario vel tributario, item in fundo vectigali vel superficie, no iure constitutus, capitis minutione amittur. capitis minutio extinguit usumfructu.*

A esta cita podemos añadir las de Dig. 8, 5, 16; 43, 20, 3, 4; 39, 3, 1, 23; 39, 3, 26 ; e incluso a Gai IV, 139, "*Certis igitur ex causis praetor aut procursus principaliter auctoritatem suam finiendis controuersis interponit. Quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur; et in summa aut iubet aliquid fieri prohibet. Formulae autem et verborum conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta decretaue vocantur*".

9. B. Biondi, *ibid.* 603 ss.

Es más, si se admite la *traditio servitutis*, (siendo este medio el adecuado para transmitir la posesión de cosas incorporales) hay que tener en cuenta la posibilidad de proteger la adquisición de una servidumbre a través de la *Acción Publiciana*, i.e., acción que compete al poseedor *ad usucapionem* ofreciéndole una fórmula ficticia en la que se finge transcurrido el plazo de usucapión a cumplir para convertirse en propietario civil de la cosa¹⁰. Concluyendo, si como hemos dicho, se ha adoptado la *traditio* como medio de adquirir las servidumbres, nada impide que le sea concedida esta acción a quien ha recibido *traditio servitutis*:

Dig. 6, 2, 11, 1

Si de usufructu agatur traditio, Publiciana datur, itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci; item rusticorum, nam et hic traditio et patientiam tuendam constat.

Esta posibilidad es admitida por Perozzi¹¹ pero teniendo en cuenta que el fragmento se encuentra interpolado. No obstante, es difícil saber cuál fue exactamente la actividad de los interpoladores; lo que sí que queda claro es que en derecho clásico, las servidumbres “pretorias” -constituidas sin guardar las formas civiles, o lo que es lo mismo, constituidas por *traditio* o *patientia*-, no se hallan protegidas por una acción real, sino por simples interdictos,¹² la protección a través de esta acción es, por tanto, introducción justiniana, y puesto que la función típica de la *Acción publiciana* es dar por cumplidos los plazos de usucapión, de forma indirecta, al usar de esta acción se está afirmando que efectivamente cabe una adquisición prescriptiva de las servidumbres prediales.

Esta prescripción adquisitiva surge en derecho justiniano como resultado de la evolución de la *usucapio*, -institución civil aplicable sólo *in solo italico*- de la época clásica, y su identificación con la figura de la *longi temporis praescriptio*.

En principio, la *longi temporis praescriptio (ltp)* surge en provincias como medio de protección de la posesión, atribuyendo la facultad a aquel que posee por largo tiempo (10 años *inter praesentes* o 20 años *inter absentes*) de oponerse -como si de una *exceptio* se tratara- a la *vindicatio* del propietario. Así, no hablamos por el momento de prescripción adquisitiva, sino de un elemento presuntivo que no comparte la exigencias de la *usucapio*. No obstante, con Justiniano, al borrarse la diferencia entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, desaparece también la usucapión del propietario bonitario. De forma que la *ltp* se reserva a los inmuebles, perdurando la usucapión “antigua” para bienes muebles (aunque se amplía a tres el plazo de un año). Veamos cómo:

Cod. 7, 33, 11; Imp. A. Iustinianus Mennae P. P.-

Super longi temporis praescriptione, quae ex decem vel viginti annis introducitur, perspicuo iure sancimus, ut, sive ex donatione sive ex alia lucrativa causa bona fide quis per decem vel viginti annos rem detinuisse porbetur, adiecto scilicet tempore etiam prioris possessoris, memorata longi temporis exceptio sine dubio ei competat, nec occasione lucrativae causae repellatur.

Por otro lado, lo que antes era excepción se convierte en acción:

Cod. 7, 31, 1; Imp. Iustinianus a. Iovani P. P.-

Quum nostri animi vigilantia “ex Iure Quiritum” nomen et substantiam sustulerit, et communes exceptiones in omni loco valeant decem vel viginti vel triginta annorum, vel si quae sunt aliae maioris aevi continentes prolixitatem, satis inutile est, usucapionem in Italicis quidem soli rebus admittere, in provincialibus autem recludere. Sed et si quis res alienas, Italicas

10. M. Kaser, *Derecho romano privado*, versión directa de la 5ª edición alemana por José Santa Cruz Teijeiro (Madrid 1982) 128.

11. S. Perozzi, *ibid.* págs. 226-27.

12. H. Krüger, *Die prätorische Servitut* (Münster 1911) 57.

tamen, bona fide possidebat per biennium, miseri rerum domini excludebantur, et nullus eis ad eas reservabatur regressus. Quae et nescientibus dominis procedebant; quo nihil inhumanius erat, si homo absens et nesciens tam angusto tempore suis cadebat possessionibus.

Pero en lo que a nosotros nos interesa, i.e., las servidumbres prediales, significa esto que la adquisición de las mismas se producirá en virtud de *ltp* en el caso de que sean ejercitadas de facto durante 10 años *inter praesentes* o 20 *inter absentes*, porque esta “usucapión” también sirve a bienes incorporeales. Así:

Cod. 7, 33, 12, 4; *Idem A. Ioanni P.P.-*
Eodem observando et si res non soli sint, si incorporales, quae in iure constituunt, veluti ususfructus et ceterae servitutes.

Como consecuencia a las servidumbres se les aplica la misma prescripción adquisitiva que a la propiedad y por tanto sus mismos requisitos, a saber, un tiempo de *quasi possessio*¹³ continuado de 10 o 20 años, buena fe y justo título, posesión *nec vi, nec clam, nec precario*, y aptitud de la cosa sirviente para ser usucapida¹⁴.

De estos requisitos, el que más nos interesa es el del tiempo, más concretamente responder a la pregunta de si se interrumpe el tiempo de posesión cuando fallece el actual poseedor, es decir, saber si como en la usucapión clásica, existe *successio mortis causa* en este extremo y, por tanto, posibilidad de acumular el tiempo del fallecido al que puede cumplir el heredero. La respuesta inmediata a esta cuestión es que efectivamente cabe esta posibilidad, así, en Dig. 41, 3, 43;

*Heres eius, qui bona fide rem emit, usu non capiet sciens alienum, si modo ipsi possessio tradita sit: continuatio vero non impieditur heredis scientia. (Pap. 22 quaest)*¹⁵.

Dig. 4, 6, 30, pr;
*Cum miles qui usucapiebat decesserit et heres impleverit usucapionem, aequum est rescindi quod pose usucaptum est, ut eadem in heredibus, qui in usucapionem succedunt, servanda sint: quia possessio usucapio defuncti quasi iniuncta descendit ad heredem et plerumque nondum hereditate adita completur. (Paul 12 ed).*¹⁶

13. Si se utiliza esta expresión es porque se considera la adecuada en cuanto a que hablamos de posesión de derechos, entendiéndose que de los dos elementos que forman parte del concepto de posesión, *corpus* y *animus*, el primero se constata en el hecho material del ejercicio del derecho de servidumbre, mientras que el segundo se corresponde con la intención de disfrutar de ese derecho como verdadero titular.

14. A. Ascoli, “La usucapione delle servitù nel diritto romano” *Archivio Giuridico “Filippo Serafini”* 38 (1887) 74 ss.

15. En el fragmento observamos dos partes diferenciadas, la primera de ellas refiere una *accessio possessionis* en tanto en cuanto entendemos que el causante no ha recibido la cosa traditada antes de su fallecimiento, por tanto, quien recibe en realidad es el heredero que en este caso inicia la posesión y así, ésta no puede estar viciada; por contra, en la segunda parte se determina que, si efectivamente se ha producido sucesión después de la entrega, la mala fe del heredero no le perjudica, porque el que ha iniciado la posesión en este caso es el causante.

16. El hecho de que en el fragmento transcrito Paulo se refiera a una *...possessio usucapio defuncti quasi iniuncta descendit ad heredem...* nos hace pensar automáticamente en la posibilidad de que el texto esté interpolado. A este respecto consideramos válida la explicación de Zanzucchi, “La successio e l’accessio possessionis” A.G 72 (1904) 200-01, en el sentido en que la sucesión en la posesión se centra en este caso en la sola continuidad en la usucapión iniciada por el causante, y esto no es más que concreción del hecho de que el sucesor universal continua la usucapión del fallecido, y por tanto, este dato no es atribuible a los compiladores. Por contra, siguiendo la opinión del mismo autor, el texto que sí que parece interpolado es Dig. 44, 3, 11. (Pap 2 def.). *Quum heres in ius omne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit, veluti quum sciens alienum ille, vel precario possedit; quamvis enim precarium heredem ignorantem non teneat, nec interdicto recte conveniatur, tamen usucapere non poterit, quod defunctus non potuit. Idem iuris est, quum de longa possessione quaeritur; neque enim recte defendetur, quum exordium ei bonae fidei retio non tueatur.*” teniendo en cuenta que en derecho clásico la *longi temporis praescriptio* exigía el *iustum initum possessionis*, no requería buena fe.

Esto no es ni más ni menos que consecuencia lógica de la *successio in ius defuncti*, por lo tanto, la estructura de la *successio possessionis*¹⁷ es una mera aplicación de la *successio in ius* según la cual el heredero se encuentra colocado en la misma posición que el difunto.

Además, en principio la sucesión se produce *ipso iure*, lo cual quiere decir que se transmite con el mismo título, con los mismos vicios y con la misma buena o mala fe¹⁸, así por ejemplo, podemos citar Dig. 41, 3, 4, 15;

Heres, que in ius defuncti succedit, licet apud eum, ignorantem ancillam furtivam esse, conceperit ea, et pepererit, non tamen usucapiet.

Estos textos no son más que muestra de que en el derecho romano -clásico- si el sucesor se coloca en la misma posición jurídica del causante, sucede tanto en la buena como en la mala fe posesoria, porque el heredero no hace más que reemplazar al *de cuius* en su misma situación respecto de toda clase de relaciones, por tanto, en cuanto a la adquisición de la posesión, la mala fe del difunto no favorece al heredero, aunque éste sea de buena fe, y la buena fe del difunto favorece al heredero, aunque ésta posesión del heredero sea de mala fe (*mala fides superveniens non nocet*). Únicamente en la sucesión a título singular (tanto *inter vivos* como *mortis causa*) no se admite que a la sucesión del causante se sume a la del transmitente, porque en este caso de sucesión particular estaríamos hablando de *accessio possessionis*, lo cual significa que el adquirente debe iniciar *ex novo* la posesión.

Es más, la usucapión continúa durante el periodo en el que la herencia está yacente, aunque esta norma sea un principio de *ius singulare*¹⁹, dado que el inicio de la posesión ha sido de buena fe, con justo título, la cosa es susceptible de ser usucapida²⁰. Únicamente se interrumpirá esta usucapión en el caso de que, durante el tiempo de yacencia de la herencia, un tercero haya poseído la cosa²¹.

Pero, siguiendo la evolución del derecho, vamos a ver qué ocurre ahora con las fuentes postclásicas, y comenzaremos por dilucidar la dependencia y la posible innovación que a la vez representan dos fragmentos de las Instituciones y del Código respectivamente:

Inst. 2, 6, 12;

Diutinia possessio, quae prodesse coeperat defuncto, et herede et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat praedium alienum esse: quodsi ille initium iustum non habuit, heredi et bonorum possessori, licet ignorantem, possessio non prodest. Quod nostra constitutio similiter et in usucapionibus observari constituit, ut tempora continuentur.

Cod. 7, 31, 1, 3 (Imp Iustinianus A. Ioanni P. P);

Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio eam bona fidei capiat, secundum quod exigit longi temporis praescriptio, et ut continuetur ei possessio etiam

17. Nos permitimos el empleo de esta expresión sabiendo que no podemos hablar en sentido estricto de una *successio possessionis*, sino más bien de una *successio usucapionis* en tanto en cuanto la posesión no se transmite por herencia (así Dig. 41, 2, 23, pr), ya que es bien sabido que la posesión como situación de hecho no es susceptible de sucesión; sin embargo si que se sucede en la posibilidad de usucapir las cosas poseídas por el causante, considerando en este caso a la posesión como estado de derecho, lo cual hace que no sea necesaria la aprehensión material de la cosa (en contra de lo que afirma J. Partsch, *Die longi temporis praescriptio im klassischen römischen Rechte* (Leipzig 1906).

18. Es interesante señalar que en nuestro Código Civil actual, no rige en orden a la buena o mala fe del poseedor difunto este principio romano de la *successio possessionis*, lo cual significa que la mala fe del difunto no perjudica al heredero, a no ser que se demuestre que dicho heredero conocía la supuesta mala fe, es más siendo la posesión del causante de buena fe, la sucesión del heredero en la mencionada posesión será *ex novo* (art. 442). Así, como afirma Castán *no puede entenderse que se transmite con la posesión del causante a los herederos, el concepto puramente subjetivo de la buena o mala fe*, en *Derecho civil español, común y foral* II, 9 ed. (Madrid 1957) 264.

19. P. Bonfante. "La proprietà". *Corso* II (Roma 1928), 219-23.

20. Dig. 4, 6, 30, pr; 41, 3, 31, 5; 41, 3, 40; 41, 3, 44, 3.

21. Dig. 41, 3, 20; 41, 4, 6, 2.

anterioris iusti possessoris, et connumeretur indecennium vel viginti annorum spatium vel triennium. Quod et in rebus mobilibus observandum esse concemus, ut in omnibus iusto titulo possessionis antecessoris iusta detentio, quam in re hebuit, non interrumpatur ex posteriore forsitan alienae rei scienta, llicet ex titulo lucrativo ea coepta est.

Lo primero que nos llama la atención es el hecho de igualar a todos los efectos la usucapión y la *longi temporis praescriptio*, aunque consideramos que la posibilidad de suceder en estos derechos no sea una innovación justiniana como parece afirmar la última parte del fragmento de las Instituta, puesto que la sucesión en la usucapión estaba, como hemos visto, suficientemente reconocida en época clásica. Por tanto, cuál es la novedad que pretende darnos a conocer Justiniano en virtud del llamamiento a una constitución suya: en principio, de la lectura de Cod. 7, 31, 1, 3, no parece que haya cambio en cuanto a considerar que es necesaria la buena fe inicial del anterior justo poseedor, y que ésta no cesa a pesar de la mala fe del sucesor. Además, no podemos decir que este fragmento se dirija única y exclusivamente como pretende Zanzucchi a una sucesión a título universal, y por tanto ser aplicable sólo a la *successio*; sino que más bien, la innovación será aquella que posibilita que pueda valer al sucesor el tiempo de posesión del *anterioris iusti possessoris* y/o *antecessoris* a título particular, teniendo en cuenta la posibilidad de que la transmisión se haya realizado en virtud de título lucrativo (*ex titulo lucrativo ea coepta est*); por tanto, cabe concluir que ahora existe la posibilidad de que pueda sumarse al tiempo del anterior poseedor el del sucesor, ya sea bien por *successio* o a título singular, i.e., *accessio*²².

En conclusión, queda suficientemente probado que es posible la sucesión *mortis causa* en derechos de servidumbres prediales.

Dicho esto, iniciemos ahora la segunda parte de nuestro breve estudio, dirigida a la recepción de esta institución en el derecho foral valenciano.

Es innegable el argumento de que el derecho civil histórico valenciano bebe de las fuentes del Derecho romano; así, superada la tesis de Bienvenido Oliver²³, según la cual los *Furs* de Valencia son una elaboración posterior y directamente influida por la *Costum de Tortosa*; idea que como expone Ana M^a Barrero²⁴ fue desechada con la aparición del manuscrito del archivo de la catedral de Valencia que contiene el texto en latín del código de Jaime I; no tenemos otra opción más que considerar junto con la autora a “*los Furs como un hito importante en el fenómeno general de la recepción del Derecho romano en la Península*”.

A parecidas conclusiones llega Chabas²⁵, aunque en fechas anteriores, al manifestar que a pesar de que el texto latino no sigue las divisiones en libros que presentan los Códigos romanos, “*todos los autores hacen resaltar la semejanza en la disposición, títulos y hasta leyes, tomadas casi letra por letra del Códice Teodosiano*”; es más, continua declarando que “*el Código valenciano se redactó antes que el de Tortosa, puesto que las fechas respectivas son 1240 y 1272*”; no obstante, manifiesta el autor que es innegable que ambos códigos se parezcan puesto que como padre del Código de Tortosa es el de Justiniano “*ha de resultar precisamente la ley lógica de que los que son iguales a un tercero son iguales entre sí*”.

22. En el mismo sentido Partsch. *ibid.* y Bonfante. *ibid.* Y tampoco podemos decir que la constitución se refiera única y exclusivamente a la *accessio* como afirma Krüger, “*Beitrag zur accessio temporis bei der Ersitzung*” *Zeitschrift Savigny-Stiftung*, XXVI (Rom. Abtheil) 1905, 144.

23. B. Oliver, *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia*, Tomo I, Cap XII, y en el apéndice XI (Madrid 1876-1881).

24. A. Barrero, “El Derecho romano en los Furs de Valencia de Jaime I” *Anuario de Historia del Derecho Español* 41 (1971) 639-74.

25. R. Chabas, *Génesis del Derecho Foral de Valencia* (Valencia 1902).

En este punto, no podemos dejar de citar a García-Gallo²⁶ cuando afirma que “*las fuentes principales de los Furs, seguidas literalmente o en extracto, son el Digesto y el Código de Justiniano*”.

Por último, en la edición de los *Furs* que vamos a utilizar, que no es otra que la del texto en romance a cargo de Germà Colon y Arcadi García²⁷, más concretamente en la introducción, -donde podemos encontrar un brillante estudio sobre las fuentes del derecho valenciano-, exponen estos autores que dado que en los fueros cohabitan una serie de diversas influencias o estratos, “*si no el més estudiat, al menys el més insistentment assenyalat d'aquests estrats o capes institucionals, ha estat l'estrat romà, o més ben dit romanístic*” y esto ocurre en dos fases en cuanto a la amplitud de la romanización, así, de la primera fase, que los autores denominan literalista o de incorporación de textos del Código de Justiniano “*els Furs són precisament el monument més extens dins el dret hispànic*”, en cuanto a la segunda fase de la romanización, más tardía, que consiste no tanto en la importación literal de textos sino de conceptos y métodos jurídicos romanos, los *Furs* no es una obra tan romanizada como lo son *Las Partidas*; no obstante, esto no es estorbo, sino que más bien ofrece al estudioso la posibilidad discernir hasta dónde llegan los preceptos transcritos de forma más o menos literal del Código de Justiniano, y separar de esta forma las peculiaridades que podríamos denominar autóctonas en el Código de Jaime I.

Por tanto, vamos a llevar a cabo esta labor en la institución estudiada con el fin de constatar el hecho de que de forma global, en los *Furs* se prescribe prácticamente lo mismo en relación a la sucesión en la posesión de los derechos de servidumbres prediales.

Comenzaremos por señalar que no se ha encontrado en los *Furs* ninguna mención sucinta a la figura de la *quasi possessio* o posesión de derechos, sin embargo, no quiere esto decir que la institución no se encuentre o se deje entrever en el derecho foral, así por ejemplo en los denominados “*Furs Extravagants*”²⁸ (fur In Estrav. f. 87v., c-1):

Que los fermans de dret en la cort feccular fobre cofes ecclefiastiques sien mantenguts en fa poffefsio fins que per lo jutge aqui pertany aliter fia declarat.

Carolus Imperator Rex Hifpanie anno. MD.xxxvii. Montiffoni.

Item fenyor per quant aximatex les dites perfones q refidixen en Roma, apres que han citat, e fet citar les dites perfones ecclefiastiques, quetenen, e posseheixen dignitats, o beneficis en lo dit vofre regne de Valencia, de facto procuren de hauer la poffefsio de dites dignitats, e beneficis no obtant la dita perfona haja fermat de dret dauant lo official real de voftra Mageftat de la dita ciutat, e regne. E com qualfeul ferment de dret per los fus deldit regne de Valencia, dega effer mantengut, e defenfat en fa poffefsio fins en tant fia conegut de la cuafa principal fuper proprietate y aquella fia decifa, e determenada ab sentencia paffada en cofa jutjada, y a voftra Mageftat y preheminiencia real y a fos officials en loch de aquella fefguarda prouehir, e vedar non fia feta força, e violencia fobre la dita poffefsio, e fobre aquella partes non veniant ad arma. Perço los dits tres braços fupliquen a voftra Mageftat fia merce de aquella ftatuhir, e ordenar que fi per alguna perfona fera fermat de dret per raho de la dita poffefsio que te de les dites dignitats, e beneficis en poder de voftra Mageftat, e per fos officials reals la poffefsio li fia guardada, e manar mantenir aquella, donant li letres de manutencia de dita poffefsio no obtant qualfeul inhibitories de jutges, citacions, o altres prouifions imperades de Roma, o aliàs per les dites perfones. Plau a fa Mageftat que lo firmant fia mantengut en fa poffefsio fins que lo jutge aque pertany aliter fia declarat. Maius vic.

26. García-Gallo, *Curso de Historia del Derecho Español, I: Introducción e historia de las bases de la formación del derecho de las fuentes y del derecho público* 5 ed. (Madrid 1950) 269-70.

27. *Furs de València* a cura de Germà Colon i Arcadi García, 6 vols (Barcelona 1980-1994).

28. Se conoce con esta expresión a aquellos fueros posteriores que se iban añadiendo a los primitivos, pero que al no poderse incluir en ninguno de los libros y rúbricas de la división clásica, formaron una segunda parte llamada “*Furs Extravagants*” (Fueros Extravagantes) con todos aquellos fueros que no podían incluirse en las mencionadas rúbricas.

Pero no es tanto ver si encontramos concordancias en cuanto a la posesión de derechos, sino que lo que nos interesa es comprobar si efectivamente puede adquirirse un derecho de servidumbre predial por transcurso del tiempo y si es posible, encontrar el paralelismo al respecto entre derecho romano y el derecho foral valenciano; en este punto la respuesta es afirmativa, veamos:

Fur III-XVI-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 vedat per son vehí d'aquí enant que no ús d'aquella servitut de la qual haurà usat per X anys.

Dig. 8, 5, 10, pr

Si quis diuturno uso et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi clam, non vi, precario possedissee. (Ulp. 53 ed.).

Como se observa la concordancia no es total, pero queda constatado el hecho de que es posible la adquisición de un derecho de servidumbre por un uso continuado (sabiéndolo y tolerándolo el propietario del fundo sirviente), es más, se establece un plazo (10 años) que es el mismo que se establece en el Código de Justiniano para la prescripción de bienes inmuebles (Cod. 7, 33). No obstante este plazo de 10 años recogido en los *Furs* es de carácter especial en derecho civil valenciano para la prescripción adquisitiva de las servidumbres prediales cuando concurren buena fe y justo título, puesto que el término ordinario (observándose los requisitos mencionados) es de 3 años tanto si se trata de bienes muebles o inmuebles, y el plazo extraordinario es de 30 años para el caso en que la posesión no sea de buena fe y con justo título²⁹.

Pero sigamos en la cuestión central y definitiva, esto es, ver si efectivamente también en derecho foral valenciano se suman los tiempos de posesión del causante y del heredero, y para ello es necesario volver la vista hacia el *Fur VII, I, 1* en el cual con referencia a la prescripción y de forma general se señala que el que posea con buena fe y justo título sin interrupción durante 3 años, sea verdadero propietario por prescripción adquisitiva, siempre que la cosa sea susceptible de usucapión, además, y esto es lo concluyente, en el *Fur* se afirma:

...Encara enadeix e declara lo senyor rey que là on diu a bona fe que sia entès si-l posseïdor hagué bona fe al començament, ço és quant començà a posseir, la qual bona fe és presumptió que sia tota hora, si dons lo contrari no era provat per l'adversari del posseïdor.

Encara enadeix e delcara lo senyor rey là on diu ab just títol, ço és per títol de compra o de cambi o de donatió o de dot o que haja haüda la cosa axí com a hereu o per altre just títol...

Por tanto, el ser heredero es considerado justo título para seguir en la posesión iniciada de buena fe por el causante, así, como se desprende del *Fur*, creemos que no han de quedar dudas en cuanto a la admisión del hecho de que en derecho foral valenciano, es posible también suceder en la posesión iniciada por el causante a efectos de la adquisición de la propiedad por prescripción de las servidumbres prediales.

A la luz del estudio realizado, hemos podido constatar en primer lugar la posibilidad de adquisición prescriptiva de un derecho de servidumbre predial -aún a expensas de que nuestro trabajo comenzara haciendo referencia a materia de derechos reales-, cuestión esta que, a nuestro entender, consideramos de suma importancia, puesto que la segunda de nuestras intenciones, -que no era otra que la de verificar la hipótesis de *successio mortis causa* en la posesión de las servidumbres prediales, a los efectos de que el heredero se convierta en propietario civil de aquellas-, descansa en la efectiva

29. *Furs VII-I-1* y *VII-I-5*.

realización de la primera de las cuestiones a tratar. Ambos supuestos están perfectamente reconocidos en Derecho romano, a pesar de que con total amplitud, la sucesión en los extremos vistos sólo será factible en periodo postclásico atendiendo a la figura de la *quasi possessio* o *possessio iuris*, puesto que en época clásica (eliminando las alteraciones de las fuentes jurídicas), ha quedado suficientemente clara la imposibilidad de poseer en sentido estricto *res incorporales* y por tanto derechos de servidumbres prediales.

Una vez reconocida la sucesión hereditaria en la *possessio* de las servidumbres prediales, vemos como este hecho se integra en la ordenación del derecho civil histórico valenciano, aunque como es lógico, con peculiaridades, sobre todo en relación al tiempo de posesión; no obstante, esto no es óbice para ver de forma clara la inspiración romanística de los *Furs de València* en la materia objeto de este estudio, como ocurre con una parte no poco importante del derecho foral valenciano.