

# LA APARIENCIA O NO APARIENCIA DE LA SIEMPRE CONTINUA SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO EN CUANTO A SU USUCAPIÓN COMO SERVIDUMBRE VOLUNTARIA

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

Doctor en Derecho  
Profesor Asociado de Derecho Civil  
Universidad Hispalense, Sevilla

## SUMARIO

### I. LA APARIENCIA O NO APARIENCIA DE LA SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO

1. Supuestos pacíficos de servidumbre de acueducto aparente: la localización del signo aparente (canal, tubería, acequia). El artículo 532 CC.
2. Supuestos problemáticos sobre la apariencia o no de la servidumbre de acueducto: signo de acueducto totalmente cubierto por edificación o soterrado bajo el suelo.
  - 2.1. La supuesta contradicción entre los artículos 532 y 561 CC y las distintas posiciones de nuestro Tribunal Supremo al respecto.
  - 2.2. La no apariencia de la servidumbre de acueducto por la visibilidad de su signo cuando es construido o reparado.
  - 2.3. Una aclaración necesaria, previa a la solución del problema: la referencia del artículo 561 CC a una servidumbre voluntaria de acueducto derogatoria de los límites legales de interés privado existentes en materia de aguas.
  - 2.4. La solución más aconsejable al problema: la posible no apariencia de la servidumbre de acueducto «ex» artículo 532 CC, al que no exceptiona el artículo 561 CC.

### II. LA SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO COMO SERVIDUMBRE SIEMPRE CONTINUA

1. El artículo 561 CC como aclaración necesaria en coherencia con el artículo 532 CC, al que no exceptiona. La posición al respecto de nuestra jurisprudencia formada en torno al CC.
2. En particular, la continuidad de la servidumbre de acueducto, aunque haya intervención humana dirigida a su funcionamiento (v gr., apertura manual de la válvula).

### III. LA CONTINUIDAD Y LA APARIENCIA DE LA SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO A LOS EFECTOS DE SU USUCAPIÓN

1. La terminación del signo aparente (canal, tubería, acequia) como «dies a quo» en la posesión «ad usucapionem» de la servidumbre de acueducto. El artículo 538 CC y la necesaria corrección de nuestra jurisprudencia.
2. Conclusión: la servidumbre de acueducto como servidumbre siempre continua, sea o no aparente.

### I. LA APARIENCIA O NO APARIENCIA DE LA SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO

Sin la necesidad de ahondar aquí, pues además excede en mucho de estas páginas, en cada uno de los elementos que, según el artículo 532 CC, confieren apariencia a una servidumbre, ni en la repercusión de la apariencia en cuanto a la eficacia frente a todo tercero, sin necesidad de publicidad registral, de dicha servidumbre, y en relación a las posibilidades de su constitución (por usucapión, para lo cual se exige además que la servidumbre sea continua –cfr., arts. 537 a 540 CC–, y por el llamado «destino del padre de familia» –art. 541 CC–), sí cabe suscitar como hipótesis problemática, no resuelta del todo por nuestra jurisprudencia, la de la apariencia o no apariencia de la servidumbre de acueducto.

## 1. Supuestos pacíficos de servidumbre de acueducto aparente: la localización del signo aparente (canal, tubería, acequia). El artículo 532 CC.

No hay problema, por supuesto, cuando la tubería de conducción de las aguas es fija y está totalmente en la superficie —a cielo abierto— de los fundos dominante y sirviente. Así lo exigen, en general, la permanencia y la exteriorización del signo aparente «ex» artículo 532.4 CC («*continuamente a la vista*», dice; cfr., sobre servidumbre de aguas, la expresión «*ouvrages apparents et permanents*» del art. 642.2 *Code*, y «*opere visibili e permanenti*» del art. 541 *Codice* de 1865 ya derogado por el de 1942). Y de este modo lo estimó acerca de una servidumbre de acueducto, que calificó como manifiesta y ostensible, «ergo» como no ignorable por el titular del predio sirviente, la STS de 11 de enero de 1895 (Col. Leg. 1895, t. 77, núm. 17) con relación a un cauce que partiendo de la pesquera, de la presa del fundo sirviente descendía hasta llegar al molino de la heredad dominante. En la misma línea, la STS de 4 de octubre de 1988 (RJ 1988, 8463), también sobre una precisa servidumbre de acueducto, cuya apariencia se evidenciaba por la existencia de unas tuberías de mampostería y cubiertas de hormigón que partiendo de un manantial, situado en la finca sirviente, terminaban desembocando en una alberca del predio dominante.

Tampoco hay problema cuando el canal para la traída de las aguas sólo sea parcialmente exterior y visible, en cuyo caso, amén de que lo razonable, a efectos de apariencia, es que haya parte visible de dicho canal en el predio sirviente y otra parte igualmente exterior en el dominante, podría apurarse aún más, en aras de la apariencia, admitiendo, como hace en su tercer Considerando la STS de 31 de marzo de 1959 (RJ 1959, 1530), que aquel canal sólo sea visible en la finca dominante, estando oculto en la sirviente, aunque parece más lógico exigir su exterioridad en la desembocadura, al menos, del sirviente.

En una posición más radical, dentro de nuestra doctrina, QUINTANA PETRUS, J. M.: *Derecho de aguas (La Ley de Aguas de 1985 y sus Reglamentos)*, Barcelona, 1989, pg. 267, dice que en la de acueducto «los signos de la existencia de la misma deben estar emplazados en el predio sirviente». En efecto, sobre el lugar que ha de ocupar el signo aparente de servidumbre de acueducto, supuestos se recogen en algunos Códigos europeos donde como exigencia necesaria la obra ha de estar situada en el fundo sirviente (arts. 541 *Codice* derogado, y 642.2 *Code*, tras reforma por Ley de 8 de abril de 1898). Mas no cabe entenderlo como regla. Dependerá de cada caso. Porque en cada hipótesis, según el tipo y contenido de cada servidumbre en materia de aguas, el signo deberá estar ubicado en uno u otro lugar según cuál sea la «*utilitas servitutis*» y dependiendo del lugar en que la servidumbre haya de ejercitarse y proporcionar su aprovechamiento. La localización del signo aparente en la servidumbre de acueducto estará, pues, en función de que, como exige «in abstracto» el artículo 532.4 CC, aquél revele el uso y aprovechamiento de dicha servidumbre; es decir, que sea medio necesario e indispensable para el ejercicio —«*uso*», según art. 532.4 CC— del contenido de la servidumbre, y que esté destinado teleológicamente a su efectivo funcionamiento —«*aprovechamiento*», dice el art. 532.4 CC—, o sea, al logro de la utilidad pretendida. Y dicha conexión entre el signo y el uso y aprovechamiento de la servidumbre habrá de ser objetiva e inequívoca, como evidencia el verbo «*revelar*» del artículo 532 CC: objetiva, ya que el signo debe servir por sí mismo al ejercicio de la servidumbre, de modo que tenencia del signo y ejercicio de la servidumbre se identifiquen; e inequívoca, porque ha de hacerlo sin necesidad de elucubraciones, sino de forma indubitada. Por eso es lógico que el artículo 541 CC italiano de 1865 (y de forma similar el art. 642.2 CC francés), sobre usucapación de servidumbre activa de agua en contra de la natural (similar a la de nuestro art. 552.1 CC), exija que la obra esté situada en el fundo superior (el que va a ser sirviente), porque lo que se pretende es la visibilidad de dicho destino de la obra para la conducción y declive de las aguas desde aquella finca hasta el fundo inferior (el que será dominante). Así, *a.e.*, según la STS de 7 de noviembre de 1911 (Col. Leg. 1911, t. 122, núm. 116), «*toda vez que las servidumbres consisten en acueductos ó acequias permanentes construidas en el predio sirviente, por las cuales discurre el agua que... utiliza el predio dominante —será, dice— de naturaleza continua, aparente y visible*».

Pero lo que verdaderamente importa a los efectos de apariencia, con independencia de su lugar, es que la señal de la servidumbre de acueducto, que funcional y objetivamente sirve al ejercicio y al funcionamiento de ésta, sea visible y así cognoscible con normalidad y sin esfuerzos, para el dueño del predio sirviente o para quien pueda llegar a serlo, desde el propio fundo sirviente o desde las vías normales de acceso al mismo (por «la vecindad próxima» de las fincas y la «situación del agua», decía la STS de 11 de mayo de 1962 [RJ 1962, 2313]; y «*fácilmente visible desde el interior del predio*», el sirviente, decía el art. 280.8ª de la Compilación catalana de 1960, ya derogado actualmente por la Ley catalana de 9 de julio de 1990 sobre acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad).

## 2. Supuestos problemáticos sobre la apariencia o no de la servidumbre de acueducto: signo de acueducto totalmente cubierto por edificación o soterrado bajo el suelo.

### 2.1. La supuesta contradicción entre los artículos 532 y 561 CC y las distintas posiciones de nuestro Tribunal Supremo al respecto.

El verdadero o, al menos, el más grave problema en la servidumbre de acueducto surge cuando el canal se encuentra totalmente cubierto por edificación o soterrado bajo el suelo. Conforme al artículo 532 CC no habría duda, porque en tal supuesto la servidumbre de acueducto encajaría más en la definición legal de servidumbre no aparente, siendo, por tanto, inoponible «erga omnes» sin inscripción registral y, en su caso, inusucapible. Así lo dice, mas sin razonamiento y sin exposición del caso, la STS de 29 de mayo de 1979 (RJ 1979, 1950). Más expresiva, por detallada y fundada, es la STS de 2 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 9993), que conectando la idea de servidumbre no aparente con la de uso no público a los efectos de usucapión (cfr., art. 1941 CC y concordantes), dice: «... los demandados, aprovechando la ausencia del dueño de la finca, enchufaron unas tuberías de goma, que enterraron a lo largo de los 15 ó 20 metros del camino de acceso a sus edificios... A la vista de lo expuesto, la inexistencia de la servidumbre de acueducto a que se contrae la presente litis, resulta incuestionable, ya que no concurre ninguna de las circunstancias que se enumeran en el artículo 558 del CC, tratándose más bien de un acto oculto o clandestino». En la misma línea, la STS de 20 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7750), sobre tubería de conducción enterrada.

Contrasta, sin embargo, con esta solución la calificación de «aparente» que, sin mayores matizaciones, el artículo 561 CC atribuye a esta clase de servidumbre. Apoyándose en este precepto, otra parte de nuestra jurisprudencia (como más destacables, las SSTs de 14 de abril de 1914 [Col. Leg. 1914, t. 130, núm. 15], de 15 de febrero de 1963 [RJ 1963, 1076], de 29 de enero de 1966 [RJ 1966, 230] y de 14 de diciembre de 1993 [RJ 1993, 9880]), secundada por la común doctrina, abogará por la apariencia de toda servidumbre de acueducto, inclusive en el caso problemático apuntado. Como pionera, decía la STS de 14 de abril de 1914 (Col. Leg. 1914, t. 130, núm. 15), en su Considerando segundo: «que si bien la servidumbre de acueducto es desde luego aparente por su naturaleza, el artículo 561 del Código le impone de modo expreso este carácter para todos los efectos legales, ó sea en cuanto a su constitución, régimen y extinción, ante la facultad de que puedan ocultarse ó desaparecer los signos exteriores que revelen su aprovechamiento, ya por alguna de las distintas formas que les es dado adoptar para su construcción, como son las de acequia cubierta ó tubería enterrada, ya por el derecho condicionado que el artículo 560 –CC– concede al dueño del predio sirviente para edificar sobre el acueducto». Apoyándose en esta sentencia, casi reproduciéndola, dirá la STS de 29 de enero de 1966 (RJ 1966, 230), en su tercer Considerando, que **«la servidumbre de acueducto es aparente por su naturaleza**, no porque le resulte atribuido artificialmente este carácter por el artículo 561 del CC, el cual lo que hace es sencillamente imponer dicho carácter para todos los efectos legales, es decir en cuanto a su constitución, requisitos y extinción ante la posibilidad de que puedan ocultar o desaparecer los signos exteriores que revelen su aprovechamiento ya por alguna de las distintas formas que les es dado adoptar para su construcción –como son las de acequia cubierta o tubería soterrada– o ya por el derecho condicionado que el artículo 560 concede al dueño del predio sirviente para edificar sobre el acueducto».

En la doctrina, para algunos el artículo 561 CC debe interpretarse como ficción legal (GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M.: *Manual de servidumbres [Gráficamente ilustrado]*. Madrid, 1958, pgs. 82 y 83; y CAPILLA RONCERO, F.: *Comentarios al CC del Ministerio de Justicia*. Madrid, 1993, pg. 1444), y para otros como excepción legal del artículo 532 CC (DE BUEN, D.: *Servidumbre [Derecho civil Común y Foral]*, en EJE, t. XXVIII, pg. 666, y siguiéndole, DEL ARCO TORRES, M. A. y M. PONS GONZÁLEZ: *Régimen jurídico de las servidumbres [Doctrina científica y jurisprudencial. Legislación. Formularios]*. Granada, 1994, pgs. 313 a 315). Por su parte, RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ GERMES, M.: «Servidumbres aparentes y no aparentes», en *RCDI*, 1951, pg. 346, nota (26); y GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*. Madrid, 1984, pg. 265, entre otros, hablan de declaración imperativa, por ministerio, de la ley. Porque como dice la STS de 15 de febrero de 1963 (RJ 1963, 1076), la servidumbre de acueducto es aparente por «consideración legal» «ex» artículo 561 CC.

Esta solución, sin embargo, además de hacer aparente lo que realmente no es, acentúa la incoherencia entre los artículos 532 y 561 CC. ¿«Quid iuris»?

2.2. *La no apariencia de la servidumbre de acueducto por la visibilidad de su signo cuando es construido o reparado.*

No cabe decir, como lo hacen algunos italianos (BONILINI, G.: «Servitù», en *Rivista di Diritto Civile*, 1988, II, pgs. 470 a 472; y GUIOTTO, A.: «Servitù», en la misma revista, 1993, I, pgs. 216 a 218), que existe apariencia por la visibilidad del signo cuando éste se construye o cuando es reparado. «Prima facie», porque dichos actos, los de constitución y los de mantenimiento, no implican la permanencia que el signo aparente precisa («*continuamente a la vista*», dice el art. 532.4 CC). Además, aquellos actos no son funcionales, pues nada tienen que ver directamente con el ejercicio, ni con el funcionamiento de la servidumbre, porque, aunque lo hacen posible y útil, en ningún momento llegan a confundirse con él; aunque puedan estimarse como «*indicio exterior de su existencia*» —de la servidumbre— (art. 532.5 CC), «*no revelan* —ni a través de ellos se sustancia— *el uso y aprovechamiento*» de dicha servidumbre (art. 532.4 CC): por un lado, la creación del signo representa la fase previa de preparación para el ejercicio (tener el canal invadiendo el fundo ajeno de modo constante y permanente) y que habilita el posterior funcionamiento de la servidumbre (la traída de las aguas). Así, en la servidumbre de acueducto, aunque sea necesario un acto humano para su establecimiento, cual es la construcción del canal o de la acequia o la instalación de la tubería, su ejercicio coincide con la mera existencia, o tenencia mantenida, de dicho estado de cosas. Y por eso no habrá posible apariencia hasta que el signo sea perfecto, es decir, esté totalmente acabado y finalizado en su construcción y existencia (cfr., sobre servidumbres de aguas, los artículos 642.2 *Code* —«fait et terminé»— y 541 *Codice* de 1865 —fatto e terminato—), porque hasta ese instante, no siendo aún funcional el signo, la servidumbre no se ejercerá, ni será, por tanto, aparente. Por su parte, los actos encaminados a la conservación, o reparación en su caso, de la servidumbre, si bien habilitan, haciéndolo posible, el ejercicio adecuado y provechoso de la servidumbre para la obtención de su utilidad, no se confunden con él, ni suponen necesariamente consecución de su contenido (cfr., entre otros, los arts. 543 y 599 CC que parecen hablar de «*uso y conservación de la servidumbre*» como fenómenos diversos).

2.3. *Una aclaración necesaria, previa a la solución del problema: la referencia del artículo 561 CC a una servidumbre voluntaria de acueducto derogatoria de los límites legales de interés privado existentes en materia de aguas.*

Con la intención de resolver la —supuesta— contradicción entre los artículos 532 y 561 CC, hace tiempo QUINTUS MUCIUS SCAEVOLE: *Código Civil concordado y comentado extensamente, t. X: Artículos 530 a 608 (Servidumbres. Del Registro de la Propiedad)*. Madrid, 1917, pgs. 284 y 527 a 529, dijo que el artículo 561 CC, por su propia ubicación, se refiere a las servidumbres legales de acueducto, de modo que si es voluntaria será o no aparente según las exigencias generales del artículo 532 CC; una solución ésta que parece encontrar ahora cobijo en la STS de 20 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7750), con Gullón Ballesteros como Ponente, que, en su Fundamento Jurídico segundo, admite la afirmación del recurrente de que «nos encontramos ante una **servidumbre no aparente**, que denomina el recurrente “**de tubería para paso de agua subterránea**”, no ante una servidumbre de acueducto porque tal figura hay que reservarla para las que, cumpliendo los requisitos legales de los artículos 552 y ss. del Código Civil, pueden imponerse forzosamente o son de carácter legal, mientras que la figura se ha constituido voluntariamente, si existiera. Además, se sostiene en el motivo, aunque se estimase de acueducto no sería aplicable el artículo 561, porque está pensado para estimar continua a la servidumbre, no para conceptuar como aparente una servidumbre que no lo es». En la misma línea, aunque sobre una servidumbre de desagüe, la STS de 14 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9880).

Ni siquiera esta explicación es satisfactoria: lo dispuesto en el artículo 561 CC debe interpretarse como posibilidad de derogación de los límites legales de interés privado en materia de aguas (cfr., entre otros, los arts. 552 y 559 CC); con lo cual, no siendo usucapible, por innecesario, el límite mismo, lo será el resultado de su modificación, esto es, una servidumbre que, no estando impuesta ya directamente, ni habilitada mediatamente como forzosa, por la ley, será voluntaria. A saber:

Por pura lógica, la usucapición es sólo referible a las servidumbres voluntarias, no a las legales por ser innecesaria para éstas la usucapición. Aunque no sea novedad ahora resaltarlo, hay supuestos que, aunque denominados por el Código Civil como servidumbres, no son tales, sino límites impuestos directamente por la ley que, por esa misma procedencia y fuente de imposición, constituyen el régimen normal o común de la propiedad; son limitaciones ordinarias que moldean de modo natural el contenido pasivo del dominio (cfr., art. 348 CC). Dentro de tales límites legales los hay impuestos «*ope legis*» en interés público (v. gr., arts. 553, aps. 1 y 2, y 555 CC, en materia de aguas), o para utilidad privada (v. gr., arts. 552 y 559 CC,

sobre aprovechamiento de aguas). Absurdo, por tanto, sería pensar en la posible usucapación de estos límites legales, sean de interés general o particular, porque ya configuran el dominio de cualquier fundo, siendo innecesario que la persona a cuyo favor se imponen aquéllos pretenda hacerlos valer mediante su adquisición por prescripción, porque la propia ley ya le ampara para exigir su observancia y respeto. Así lo advirtió, ya antes del Código Civil, la STS de 2 de julio de 1878 (Col. Leg. 1878, t. 40, núm. 203), en cuyos Considerandos primero y segundo entendió que no cabe aplicar los modos de constitución de la Ley XIV, Título XXXI, Partida 3ª (pacto, testamento y uso), a la servidumbre natural –legal– de aguas, «que proviene de la ley y se halla determinada por la posición de los terrenos respectivos, por virtud de los cuales los inferiores están obligados á recibir las aguas que naturalmente fluyan de los superiores», de tal modo, añade, que «el dueño de la heredad más baja debe sufrir el daño que le cause el agua que corra de la que está más alta, y “non se puede quejar con derecho de aquellos cuyas fueren”», como decía la Ley XIII, del mismo Título y Partida (cfr., actual art. 552 CC).

No pudiendo, pues, referirse el artículo 561 CC a las mal llamadas «servidumbres legales» de aguas (arts. 552, 553, aps. 1 y 2, 555 y 559 CC), por ser límites inmanentes al dominio que no requieren de modo constitutivo alguno por venir impuestos «ex lege», ¿acaso habría de referirse aquella norma a las genuinas «servidumbres legales», que la doctrina denomina como servidumbres forzosas o coactivas? Muy diversas son las servidumbres coactivas que nuestro propio Código Civil regula en sede de aguas (cfr., arts. 553.3, 554, 555 –en relación con los arts. 556, 567 y 570.3 CC–, 557, 558 y 562 CC). ¿Cabría establecerlas mediante prescripción? Parece desechar tal posibilidad la STS de 31 de marzo de 1959 (RJ 1959, 1530) que, refiriéndose en su primer Considerando a los artículos 557 y 558.1º CC, rechaza la posible usucapación para afirmar la necesidad de «la instrucción de un expediente gubernativo con audiencia del dueño del terreno cerca del cual se tratara de imponer la servidumbre de acueducto». Y es que, aunque en teoría, fuese posible la usucapación de servidumbres forzosas, en la práctica, dado su carácter coactivo, sería en cierto modo innecesario recurrir al expediente de la usucapación para su constitución, cuando la ley habilita su otorgamiento por título y, en su defecto, por acto administrativo o judicial.

¿No se referirá, entonces, el artículo 561 CC al caso de contravención de los límites legales en materia de aguas originando, a favor de quien los infringe, una auténtica servidumbre? Así parece extraerse implícitamente del artículo 552.2 CC –sobre aguas–, no para el caso en que se respeten los límites en él consignados, sino, por el contrario, para cuando éstos sean vulnerados. Por eso mismo, la STS de 5 de mayo de 1896 (Col. Leg. 1896, t. 79, núm. 57), negó en el caso la usucapación de servidumbre de aguas, porque «no existe contradicción alguna, puesto que reconocida como existe dicha servidumbre –sic–, en nada se opone a ella ni menoscaba los derechos del predio dominante, el que el dueño del sirviente reciba las aguas y las recoja y conduzca de la manera que haya juzgado más conveniente, colocando un canal o practicando otras obras, que, lejos de inferir perjuicio al vecino, redundan en su ventaja». Por supuesto, la posible derogación del régimen ordinario sólo cabe referirla a los límites de utilidad privada contenidos en normas dispositivas y en tanto ello no suponga perjuicio a tercero (art. 551.2 CC). En cambio, para los límites de interés general no cabrá posibilidad de modificación alguna, porque ello supondría contravención de la ley y en cierto modo del orden público (arts. 550 y 594 CC). Como dijera GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, obra de 1857. Madrid, nueva ed. de Zaragoza, 1974, pg. 251, «privatorum pactis juris publico non derogatur». Precisamente, el Proyecto isabelino de Código Civil de 1851 precisaba, en particular, en su artículo 490: «Nadie puede usar del agua de los ríos de modo que perjudique a la navegación, ni hacer en ellos obras que impidan el libre paso de los barcos, balsas, o el uso de otros medios de transporte fluvial. En los casos de este artículo no aprovecha la prescripción ni título.(...) Tampoco puede nadie impedir ni embarazar el uso de las riberas, en cuanto fuere necesario para los mismos fines» (cfr., actual art. 553, aps. 1 y 2 CC). Pero salvo esa excepción, relativa a los límites legales de utilidad pública, y aunque la derogación de los de interés particular sólo se prevea «por convenio» (art. 551.2 CC), ¿por qué no también es posible mediante usucapación adquirir un contenido de servidumbre distinto al legalmente previsto? Así pareció acontecer en nuestro Derecho Común del Código Alfonsino. Según la STS de 3 de abril de 1868 (Col. Leg. 1868, t. 17, núm. 91): «Considerando –primero– que el dueño de un predio lo es también de la fuente que en él nace, y puede disponer de sus aguas según mejor le convenga, salvo el derecho que otro haya adquirido por título o por prescripción, conforme a las Leyes 1ª, Tít. 28, 14 y 15, Tít. 31, Partida 3ª». También el Proyecto de CC/1851 admitía en sede de aguas tal usucapación, y lo hacía expresamente en su artículo 488 que, bajo la influencia del artículo 642 *Code* al que se reproduce casi literalmente en la redacción originaria de su segundo párrafo, decía: «El dueño del predio en que hay una fuente puede usar de su agua libremente, sin perjuicio del derecho que el dueño de un predio inferior haya adquirido por título o por prescripción –así lo dirá el art. 549 *Codice* de 1865–. (...) La prescripción, en este caso, sólo se adquiere por el goce no interrumpido

por treinta años, contados desde que el dueño del predio inferior ha construido las obras destinadas a facilitar la caída o curso de agua» –y así lo dirá también el art. 541 CC italiano de 1865– (cfr., de nuevo, art. 552 CC).

Y tal posibilidad es actualmente, «de lege lata», sostenible en nuestro Derecho, aunque no se recoja tan claramente en nuestro CC. En la jurisprudencia, la STS de 30 de junio de 1958 (RJ 1958, 2773), admitirá la usucapión veintañal de una servidumbre de aguas en favor del predio inferior, el dominante, contra el fundo superior, el que se convierte en sirviente, por construcción de canales y tuberías de aguas aprovechando la existencia previa de una «servidumbre» natural o legal de aguas «ex» artículo 552 CC. Sólo de este modo adquiriría cierto sentido la calificación de continua y aparente que para los efectos legales el artículo 561 CC aplica a la servidumbre de acueducto; ¿a qué «efectos legales» si no se refiere? De ser sólo los que prevé el artículo 546.2º CC para determinar el «dies a quo» en caso de extinción por no uso, para ello hubiera bastado con expresar el carácter continuo de la servidumbre de acueducto, sin tener que añadir, como hace el artículo 561 CC, el de su apariencia. Debe contener algo más esa expresión del artículo 561 CC que, de hecho, emplea el número plural, «para los efectos legales»; ¿acaso no será a los efectos de su adquisición por uso «ex» artículo 537 CC, que exige continuidad y apariencia en la servidumbre para que sea usucapible? Según la jurisprudencia (SSTS de 14 de abril de 1914 [Col. Leg. 1914, t. 130, núm. 15], en su Considerando segundo, y de 29 de enero de 1966 [RJ 1966, 230], en su Considerando tercero), y la mayoría de la doctrina (MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español, t. IV: Artículos 430 a 608*. Madrid, 1905, pgs. 699 y 700; DE BUEN, D.: op. cit., pg. 666; MARTÍN RETORTILLO, C.: «La servidumbre forzosa de acueducto por interés privado», en *ADC*, 1961, pg. 709; DEL ARCO, M. A. y M. PONS: op. cit., pgs. 313 a 315; CAPILLA, F.: op. cit., pg. 1444), esa expresión del artículo 561 CC ha de referirse a la constitución y a la extinción, ambas por prescripción, de la servidumbre de acueducto que, dentro de su clase, pueda establecerse voluntariamente (cfr., entre otros, los arts. 552 y 559 CC). Insatisfactorio parecería, pues, simplemente decir, como lo hace SCAEVOLA: op. cit., loc. cit., que el artículo 561 CC, siendo referible sólo a la servidumbre legal de acueducto, es «innecesario» porque los artículos 537 y 538 CC sólo son aplicables a las servidumbres voluntarias, pero no a las legales.

En cualquier caso, con independencia de que el artículo 561 CC se refiera a una servidumbre voluntaria derogatoria de los límites legales –como así parece ser– o a una servidumbre legal, como tal o en cuanto forzosa, ¿no perviviría la contradicción entre los artículos 561 y 532 CC? Impondría el artículo 561 CC una apariencia a los «efectos legales» (v. gr., oponibilidad y adquisición por uso –art. 537 CC– o por «destino del padre de familia» –art. 541 CC–), en contra de la definición general contenida en el artículo 532.4 CC. ¿Entonces?

#### 2.4. *La solución más aconsejable al problema: la posible no apariencia de la servidumbre de acueducto «ex» artículo 532 CC, al que no excepciona el artículo 561 CC.*

El nudo gordiano a desenmarañar de esta «quaestio iuris» entre los artículos 532 y 561 CC realmente no estriba en la discordancia que entre ello, sólo a primera vista, parece existir, sino aisladamente en el propio artículo 561 CC, que no fue sino una errónea, por incompleta, copia que el artículo 563 del Proyecto de CC de 1882, de indudable inspiración italiana, hizo en su momento del artículo 619 *Codice* de 1865, sobre la servidumbre de presa de agua: en la norma italiana se mencionaban igualmente la continuidad y la apariencia de aquella servidumbre, haciendo la misma aclaración que hace nuestro artículo 561 CC respecto a su continuidad, mas también matizando, a diferencia del silencio que guarda el nuestro, su apariencia, puesto que la condicionaba a que hubiese canal u otra obra visible y permanente, concordando por ello, sin colisión alguna, con la noción general de servidumbre aparente, y con el ejemplo de la de acueducto, que expresaba el artículo 618.2 CC italiano de 1865. Textualmente, dicho artículo 619 CC italiano de 1865 disponía: «*La servitù della presa d'acqua per mezzo di canale o di altra opera visibile e permanente, a qualunque uso sia destinata, cade nel novero delle servitù continue ed apparenti, ancorchè la presa non si eseguisca che ad intervalli di tempo o per ruota di giorni o di ore*». Y recuérdese que en el párrafo segundo del artículo 618 CC italiano de 1865 se decía: «*Apparenti sono quelle che si manifestano con segni visibili*». En cambio, nuestro artículo 561 CC no contiene ninguna aclaración, ni salvedad acerca de la apariencia de la servidumbre de acueducto; un vacío, no obstante, colmable a la vista del propio dato apuntado, pues aquella copia parcial obliga a pensar que el artículo 532 CC prima sobre el artículo 561 CC, el cual no contiene en realidad ninguna excepción o ficción imperativa. Los principios del Derecho de Cosas, y en particular el de autonomía de la voluntad proclamado expresamente en materia de servidumbres (art. 594 CC), no favorecen esa imperatividad. Seguramente, pues, el artículo 561 CC se refiere al

caso ordinario, propio de la época en que fue redactado (finales del siglo XIX), de acueducto permanente y visible; y su razón, más que imponer el rasgo de apariencia a esta servidumbre, fue la de aclarar el de su continuidad ante su posible consideración como discontinua en las Partidas por la intermitencia temporal de su funcionamiento; a saber sobre esto último:

## II. LA SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO COMO SERVIDUMBRE SIEMPRE CONTINUA

### 1. El artículo 561 CC como aclaración necesaria en coherencia con el artículo 532 CC, al que no excepciona. La posición al respecto de nuestra jurisprudencia formada en torno al CC.

No pocos son los preceptos que actualmente hablan de «aguas –o corrientes– continuas o discontinuas» (cfr., arts. 407.2º, 3º y 8º, 408.1º y 5º, 412 CC –todos ellos derogados y relativos al dominio de aguas–, y art. 554 CC); pero, discurra continua o interrumpidamente el agua en el tiempo, el artículo 561 CC zanja la posible duda sobre su posible periodicidad al indicar el carácter continuo de la servidumbre de acueducto; una aclaración, sin embargo, que pudiera parecer innecesaria por cuanto el artículo 532 CC advierte ya, con alcance general para toda servidumbre, que el uso de las servidumbres continuas «es o puede ser incesante». Como redundante, o como concreción, puede ser considerado el inciso final del artículo 561 CC («aun cuando no sea constante...») por su comparación con el artículo 532.2 CC, pero si se coteja con el artículo 532.3 CC («intervalos más o menos largos», en el uso de las discontinuas), y se tiene cierta perspectiva histórica, el artículo 561 CC debe estimarse como aclaración necesaria. No hay que olvidar, sin necesidad en estas páginas de remontarse al Derecho Romano, ni a la doctrina del Derecho Intermedio (BARTOLO DE SAXOFERRATO, AZÓN, BALDO, CINO, CAEPOLLA), que según la Ley XV, del Título XXXI, de nuestra Partida 3ª, la servidumbre de «aguaducho» era continua o discontinua según el agua discurriese cotidianamente, día a día, o que no lo hiciera cada día, sino a la semana, al mes o al año, pues en las Partidas primaba el criterio temporal distintivo de las servidumbres en continuas y discontinuas, quedando relegado el que hubiese o no acto del hombre en el ejercicio de aquéllas; de ahí que según cada caso pudiera ser adquirida la servidumbre de aguaducho, respectivamente, por usucapión ordinaria o por tiempo inmemorial: «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 corriese de fuente que nasciesse en campo de alguno o otra semejante della; si el vezino se sirue desta agua regando su heredad diez años estando su dueño en la tierra e non lo contradiziendo o veynte seyendo fuera della; e esto fiziesse a buena fe, cuydando que auia derecho de lo fazer e non por fuerça nin por ruego que ouiesse fecho al dueño della fuente o del campo por di passaua, ganaria por este tiempo tal seruidumbre... ca en qualquier destas seruidumbres, 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 viniessen vna vez en la semana, o en el mes, o en el año, e non cada dia tales seruidumbres como estas, e las otras semejantes dellas non se podrian ganar por el tiempo sobredicho; ante dezimos, que quien las quisiere auer por esta razon ha menester que aya vsado dellas, ellos, o aquellos de quien las ouieren tanto tiempo de que non se puedan acordar los omes quanto ha que lo començaron a vsar».

En la jurisprudencia, la STS de 15 de junio de 1866 (Col. Leg. 1866, t. 14, núm. 255), expresamente dice que la usucapión de la servidumbre de acueducto será de distinto tipo según su uso sea continuo o discontinuo. De hecho, las SSTS de 23 de junio de 1862 (Col. Leg. 1862, t. 7, núm. 174), de 16 de octubre de 1866 (Col. Leg. 1866, t. 14, núm. 365), de 17 de junio de 1873 (Col. Leg. 1873, t. 28, núm. 232), de 27 de febrero de 1874 (Col. Leg. 1873-1874, t. 29, núm. 88), de 29 de mayo de 1880 (Col. Leg. 1880, t. 43, núm. 167), de 7 de noviembre de 1911 (Col. Leg. 1911, t. 122, núm. 116), y de 15 de febrero de 1963 (RJ 1963, 1076), se refieren a la adquisición de esta servidumbre por el uso inmemorial por aplicación de las Partidas, siendo permitida en las dos últimas SSTS su aplicación, ya vigente el Código Civil, «ex» disposición transitoria 1ª del CC. Por su parte, se referían a la usucapión ordinaria –en concreto, a la de diez años con título y buena fe– de las servidumbres de acueducto por ser en el caso continuas, las SSTS de 25 de octubre de 1866 (Col. Leg. 1866, t. 14, núm. 388) y de 9 de febrero de 1877 (Col. Leg. 1876-1877, t. 35, núm. 107).

Oscilando, por tanto, el encaje de la servidumbre de aguas, ora en las continuas, ora en las discontinuas, el artículo 561 CC, puede decirse, responde a la necesidad de poner fin al vaivén a que dicha

servidumbre ha sido sometida por la periodicidad de su uso. Manifiesta así nuestro artículo 561 CC, en coherencia con el artículo 532 CC, que la temporalidad en el ejercicio de la servidumbre, en contra de las Partidas, ostenta un rango adjetivo, primando como criterio distintivo sustancial la dependencia o independencia del hecho del hombre en el uso de la servidumbre para catalogarla entre las discontinuas o las continuas. Mientras que las servidumbres discontinuas son necesariamente intermitentes en su ejercicio —«*con intervalos*», dice el art. 532.3 CC—, en las continuas la permanencia de su aprovechamiento en el tiempo puede ser actual o simplemente potencial, por lo que únicamente se exige idoneidad para ser incesante, aunque en la práctica real de su funcionamiento no llegue a serlo en ocasiones; porque como se dice en el propio artículo 532.2 CC, su «*uso es o puede ser incesante*» («*celles dont l'usage est ou peut être continu*», dice el art. 688.2 *Code*, e «*il cui esercizio è o può essere continuo*», decía el art. 617.2 *Codice* derogado). Ya GARCÍA GOYENA, Florencio: op. cit., pgs. 249 y 250, comentando el artículo 478 del Proyecto de CC de 1851, cuya redacción fue tomada casi íntegramente del artículo 688 *Code* para mantenerse casi literalmente en el actual artículo 532 CC, lo aclaraba: «**incesante**: basta que pueda serlo sin necesidad de hecho actual del hombre cuando quiere usarla; y por eso algunos la definen: “*Cuius actus, seu usus, quantum ex se est, perpetuo et continuo durat*”».

Esta concepción de las servidumbres continuas queda, pues, patente en el artículo 561 CC sobre servidumbre de acueducto, caballo de batalla en esta materia, que la califica como «*continua... 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*». Por eso, en nuestra jurisprudencia afirman la naturaleza siempre continua de la servidumbre de acueducto, las SSTs de 15 de febrero de 1963 (RJ 1963, 1076) y de 20 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7750); mas no, como dice la primera de ellas en su Considerando segundo, «por consideración legal» «ex» artículo 561 CC, como si de una imposición excepcional o ficticia se tratara, sino por la propia definición general que sobre servidumbres continuas contiene el artículo 532.2 CC, para el que, con independencia de que el efectivo funcionamiento de la servidumbre sea actual o potencialmente incesante, lo que importa, para que la servidumbre sea continua, es que ésta se ejercite por sí misma sin la necesidad de ningún acto de su titular activo. Siendo ésa la concepción de nuestro Código acerca de las servidumbres continuas, lo será siempre la de acueducto, la estricta de acueducto (de conducción de aguas), porque su ejercicio depende del propio estado de hecho en que los predios, dominante o sirviente según cada caso, se encuentran, por la existencia de la propia conducción de las aguas (tubería, canal, acequia), sin requerir acto complementario alguno de su titular activo, pues en ella la actuación humana del beneficiado no existe o, existiendo, sólo atañe a la constitución (construcción del canal), a la conservación o al funcionamiento de dicho estado de cosas, siendo en todo caso innecesaria e inútil para su ejercicio.

## 2. En particular, la continuidad de la servidumbre de acueducto, aunque haya intervención humana dirigida a su funcionamiento (v. gr., apertura manual de la válvula).

A pesar de la claridad de los artículos 532 y 561 CC, para algunos parece que debe negarse la continuidad en la servidumbre de acueducto cuando exista un acto de su titular dirigido a iniciar o provocar —y, a veces, a interrumpir o finalizar— su efectivo aprovechamiento: la traída y obtención de las aguas (v. gr., la apertura —y cierre, en su caso— de compuertas o válvulas). Entre nosotros, SCAEVOLA: op. cit. (X), pg. 528, dice que excepcionalmente la de acueducto podrá ser discontinua cuando el agua se saque mediante bomba, a brazo o por vapor.

En contra, la mayoría de la doctrina, advirtiendo como posible la concurrencia de ambos factores —la actuación humana y la situación natural— en paridad, considera en general que la servidumbre será discontinua sólo cuando la actuación humana sea el factor funcionalmente principal y se repita sucesivamente a lo largo de todo el «*iter*» en que se usa la servidumbre, desde el principio hasta el fin. De esta forma, cuando haya acción de su titular que solo principie —o detenga, en su caso— el ejercicio de la servidumbre, que posteriormente se desarrollaría por sí solo sin acto humano alguno sino exclusivamente ya por obra de la naturaleza, la servidumbre será continua. Así, en el ejemplo de la servidumbre de acueducto, aunque se abra o se cierre la bomba o compuerta, una vez ésta se encuentre abierta el agua discurrirá por obra de la naturaleza, por lo que la servidumbre será continua. Así se pronuncian, entre los nuestros, sobre tal supuesto, MANRESA, J. M.: op. cit., pg. 568; CASTÁN, J.: *Derecho Civil español, Común y Foral*, t. II: *Derecho de Cosas*, vol. 2º: *Los derechos reales restringidos*, 15ª ed. rev. y puesta al día por Gil Rodríguez, J. Madrid, 1994, pgs. 165 y 166; LACRUZ BERDEJO, J. L.: «Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes», en *RGLJ*, 1954, pg. 526.

Y es que así debe entenderse, de nuevo, desde los artículos 532.2 «ab initio» y 561 «in fine» CC; en

este último precepto no sólo se consigna el rasgo continuo de la servidumbre de acueducto desde un punto de vista temporal («*aun cuando no sea constante el paso del agua, o su uso dependa... de un turno establecido por días o por horas*»), sino también, despejando cualquier duda, sustancialmente («*aun cuando... su uso dependa de las necesidades del predio dominante*»). No hay en el artículo 561 CC ficción o excepción legalmente impuesta de continuidad, como, en cambio, parece entender la STS de 15 de febrero de 1963 (RJ 1963, 1076), y, en la doctrina, creen DE BUEN, D.: op. cit., pg. 666 –siguiéndole ARCO, M. A. y M. PONS: op. cit., pg. 313–; GONZÁLEZ-ALEGRE, M.: op. cit., pgs. 82 y 83; y CAPILLA, F.: op. cit., pg. 1444, sino constancia de que hay actos que, aunque emanados del hombre, no afectan al ejercicio de la servidumbre, sino que se refieren a su propio funcionamiento. Y en ningún caso los actos de funcionamiento (v. gr., darle al interruptor de la luz, abrir la persiana de la ventana, o levantar una compuerta o válvula), se han de confundir con los actos de ejercicio, porque aquéllos, aunque puedan incidir en el uso, van encaminados al aprovechamiento de la servidumbre, a la obtención de su «utilitas», aunque ya previamente la servidumbre viniese ejercitándose por sí misma. Por esa razón, por ejemplo, en ningún caso cabe observar discontinuidad en las servidumbres de luces y vistas por hacerlas consistir en un acto del hombre, como sería el asomarse y mirar, en la de vistas, o el abrir postigos y levantar persianas, en la de luces –o la apertura de la llave de paso del agua en la de acueducto–. No es ése el contenido que se ejercita, sino la utilidad o aprovechamiento que se hace actual; lo mismo que no puede estimarse, ahora a los efectos de extinción, como su no uso el no mirar o el no recibir luces –el no abrir la válvula en la de acueducto–, sino el cerramiento u obstrucción de los huecos o la destrucción de los balcones –del canal o acequia en la de acueducto– (cfr., art. 546.2º CC, acerca de la pérdida por no uso de las servidumbres continuas). Del mismo modo, la servidumbre de paso de energía eléctrica, como dice la STS de 11 de noviembre de 1967 (RJ 1967, 4116), es continua, porque su ejercicio, siempre incesante, se asegura en la propia existencia de la instalación conductora de la energía de que se trate (luz, gas, agua), aunque su efectivo funcionamiento dependa de algún acto humano (abrir llave de la luz, gas o agua). De ahí que el artículo 561 CC, lejos de ser excepción a la regla del artículo 532 CC, deba estimarse como aclaración necesaria que muy bien se compagina con ese último precepto: supuesto que la indicada por el artículo 561 CC es una precisa servidumbre de acueducto (conducción de aguas por canal, tubería, ...), para su continuidad no es necesario que el curso de aguas acontezca «*naturalmente y sin obra del hombre*» (art. 552.1 CC); basta con la existencia, o tenencia conservada, del acueducto en cuanto «*instrumentum*» para mantener la idea de continuidad en su uso, pues en ello habrá una invasión permanente y, por tanto, un «*pati*» igualmente constante, independientes ambos de cualquier acto de su titular activo. Por eso, ya nada importará que «*no sea constante el paso del agua o su uso dependa... de un turno establecido por días*» (cfr., arts. 532.2 y 561 CC «*versus*» la previsión legal de la servidumbre de aguaducto de la Ley XV, del Tít. XXXI, de la Partida 3ª, en cuya virtud, aunque fuese la precisa de acueducto como así preveía, dice GREGORIO LÓPEZ: *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alfonso el Nono*. Madrid, 1829, Glosa [q] comentándola, la Ley IV de igual Título y Partida al referirse a la de agua con acequia, cauce, canal o caño, podía ser continua o discontinua por atenderse preferentemente al dato temporal de su aprovechamiento, según éste fuese o no diario). Como hace tiempo advertía la STS de 14 de octubre de 1905 (Col. Leg. 1905, t. 102, núm. 76), la servidumbre de acueducto no deja de ser continua «*por la sola consideración de que las aguas del arroyo dejaren de correr en algunas temporadas por la acequia y acueducto permanente*».

### III. LA CONTINUIDAD Y LA APARIENCIA DE LA SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO A LOS EFECTOS DE SU USUCAPIÓN

#### 1. La terminación del signo aparente (canal, tubería, acequia) como «*dies a quo*» en la posesión «*ad usucapionem*» de la servidumbre de acueducto. El artículo 538 CC y la necesaria corrección de nuestra jurisprudencia.

No en vano, que el ejercicio de la servidumbre de acueducto se sustancie en la existencia del «*instrumentum servitutis*» tiene su repercusión en la posible adquisición por prescripción de aquélla cuando aquel instrumento o signo es aparente, no ya sólo porque ello permita en sí la usucapión (cfr., arts. 537 y 539 CC), sino también en lo que concierne al cómputo de la posesión (art. 538 CC). Siendo la servidumbre de acueducto de contenido positivo por conferir activamente a su titular un «*ius habendi*», el derecho a tener sobre el predio sirviente un canal de conducción de aguas, y por imponer pasivamente un «*pati*» al dueño de la finca sirviente (soportar la existencia de aquel canal), su «*possessio ad usucapionem*», como dice el art. 538 CC, habrá de computarse «*desde el día en que –el prescribiente– hubiera empezado a ejercerla sobre el predio sirviente*», como así en cierto modo advertía, ya antes del Código Civil, la STS de 9 de febrero de 1877 (Col. Leg. 1876-1877, t. 35, núm. 107), refiriéndose a la usucapión de una servidumbre

de acueducto; esto es, se tomará como «dies a quo» de su posesión veinteñal (art. 537 CC), el día de inicio de su posesión, de su ejercicio, de su goce, que por consistir en la tenencia del «instrumentum servitutis», coincidirá con el momento de finalización, por manos del propio prescribiente, en la ejecución del signo aparente destinado al uso de la servidumbre de acueducto, una vez el canal o la tubería de traída de las aguas haya sido totalmente acabado, porque hasta ese instante el signo no será objetiva e inequívocamente funcional, la servidumbre aún no se habrá ejercitado en sí para los demás (cfr., art. 532.4 CC, en general, y, sobre servidumbres de aguas, los arts. 642.2 *Code* —«fait et terminé... des ouvrages apparents et permanents destinés à utiliser les aux»—, inspirador de nuestro art. 488 Proyecto CC de 1851 antes reproducido, y 541 *Codice* de 1865 —«fatto e terminato... opere visibili e permanenti destinate a facilitare il declivio ed il corso delle acque nel proprio fondo»—).

Pero, frente a esta concreción del cómputo en la posesión «ad usucapionem» de la servidumbre de acueducto, hay autores, entre nosotros GUILARTE, V.: op. cit., pgs. 291 y 292, para quienes la terminación del signo aparente únicamente implica su «destinación» al ejercicio, a la verdadera posesión de la servidumbre, el presupuesto para su goce real; es decir, una posibilidad de uso y de aprovechamiento abstracta, «in potentia», mientras que la estricta posesión de la servidumbre exige, además de tener la obra, el desenvolvimiento de una actividad de injerencia, la utilización de la obra. Por su parte, QUINTANA PETRUS, J. M.: op. cit., pg. 267, se muestra indeciso: «el tiempo de la prescripción correrá desde el momento en que se terminen las obras del acueducto o desde que empezó el ejercicio de la servidumbre mediante la utilización del agua conducida». De esta última forma parece haberlo entendido, por ejemplo, la STS de 6 de julio de 1916 (Col. Leg. 1916, t. 137, núm. 94), según la cual la servidumbre de acueducto sólo se posee por el uso y decurso del agua; más significativa, en este sentido, es la STS de 4 de octubre de 1988 (RJ 1988, 8463), en la que se niega la usucapión de una servidumbre de conducción de aguas continua y aparente, porque, aunque en efecto existían tuberías, en ningún momento hubo constancia del inicio en el disfrute de las aguas.

Esa última tesis, en cuya virtud la posesión de servidumbre se computa cuando, una vez finalizada la obra, ésta se utiliza, confunde de nuevo ejercicio (posesión) y funcionamiento (obtención de la «utilitas»): si una servidumbre es continua y aparente, la existencia del signo, con todos los rasgos que el artículo 532.4 CC requiere a los efectos de apariencia (especialmente los de su continuidad y funcionalidad), implica ya ejercicio —posesión— de la servidumbre, pues de suyo es y revela invasión «in alienum» constante, inmisión en el dominio ajeno, ya sea ocupando materialmente el predio sirviente, ya lo sea en su esfera de exclusión. ¡Son servidumbres que atribuyen un «ius habendi»! Por eso, *a.e.*, cuando la STS de 14 de abril de 1914 (Col. Leg. 1914, t. 130, núm. 15), admitió, en el caso, la usucapión de una servidumbre de acueducto «ex» artículo 537 CC, por «la existencia —dice en su Considerando primero— del acueducto con anterioridad al año 1880 y del uso continuo durante más de veinte años de las aguas que por él discurren en provecho de su finca», o cuando la STS de 30 de junio de 1958 (RJ 1958, 2773) admite «la continuada posesión de veinte años en el disfrute de aguas privadas mediante aljibe y tuberías», hay que entender: por un lado, que la servidumbre de aguas se ejercitaba, se poseía, con el acueducto, y, por otro, que el uso de las aguas constituía la obtención de la «utilitas», mas no que en ello consistiera el ejercicio en sí de la servidumbre de conducción de aguas. Ese «uso continuo... de las aguas» a que se refieren esas sentencias ha de entenderse, por tanto, no como traída permanente de aguas durante más de veinte años —hipótesis en sí irreal o muy improbable!—, sino que durante ese tiempo ha existido el acueducto y que así se ha poseído la servidumbre, que en su incesante ejercicio y potencial aprovechamiento —cuando se requiera el agua— no ha habido ninguna contradicción o interrupción (v. gr., destrucción del canal —cfr., arts. 546.2º y 1944 CC—). Habiendo, de principio y «natura sua», invasión permanente y constante, necesariamente también permanente y constante será el uso de este tipo de servidumbres. Por eso, la servidumbre de acueducto, esto es, la de traída de aguas con canal fijo, será siempre servidumbre continua, y se poseerá ininterrumpidamente, «*aun cuando no sea constante el paso del agua, o su uso dependa de las necesidades —sean constantes o estacionales, y haya o no, por ejemplo, períodos de sequía—, o de un turno establecido por días o por horas*» (art. 561 CC). Como hace tiempo advertía la STS de 14 de octubre de 1905 (Col. Leg. 1905, t. 102, núm. 76), la servidumbre de acueducto no deja de ser continua «por la sola consideración de que las aguas del arroyo dejaren de correr en algunas temporadas por la acequia y acueducto permanente». Por eso, en el caso, supuestamente problemático, en que para poseer la servidumbre hay que utilizar la obra, de existir la hipótesis como tal, no habría aplicación del artículo 538 CC, ni siquiera podría haber usucapión «ex» artículo 537 CC. Porque sustanciándose el uso de esa servidumbre en un «facere» de su titular activo, la servidumbre, aunque aparente, sería discontinua (arts. 532.3 y 539 CC). Hay que retornar, pues, a la primera explicación.

## 2. Conclusión: la servidumbre de acueducto como servidumbre siempre continua, sea o no aparente.

Todo lo dicho hasta aquí no debe llevar, sin embargo, a confundir la apariencia con la continuidad. La conexión, en efecto, de ambos rasgos, continuidad y apariencia, con el ejercicio y funcionamiento de la servidumbre, con su uso y aprovechamiento, resulta evidente. Ya en la Base 13<sup>a</sup> de la Ley de 11 de mayo de 1888 se decía: «*El título de las servidumbres contendrá su clasificación y división en continuas y discontinuas, positivas y negativas, aparentes y no aparentes por sus condiciones de ejercicio y disfrute*». Pero, el artículo 532 CC describe ambas clases como diversas, y aunque el artículo 537 CC hable de «servidumbres continuas y aparentes», el artículo 539 CC, pareciendo permitir cualquier combinación, se refiere a «servidumbres continuas no aparentes, y —a— discontinuas, sean o no aparentes». De ahí que la estricta servidumbre de acueducto sea siempre continua, con independencia de que sea o no aparente. Su continuidad deviene, no tanto ya de la apariencia en sí, sino de la existencia de un «instrumentum» que, por un lado, es permanente, sea o no aparente, y que, por otro, absorbe el contenido de la servidumbre: la conducción de las aguas. De ahí que el artículo 561 CC la estime como continua, por haber acueducto, mas no estrictamente porque el canal o la tubería sean signo aparente, sino porque son señales permanentes a través de las cuales se ejecuta el contenido de la servidumbre; de modo que la servidumbre ya no consiste esencialmente en la traída de aguas, sino en la tenencia («habere») de ese signo estable, símbolo de servidumbre (de invasión y de sujeción permanentes), siendo cualquier acto humano adicional, de establecimiento del signo (construcción del canal), de mera conservación de ese estado de cosas (v. gr., reparación del canal), o de funcionamiento, dirigido a la obtención del fin (v. gr., apertura de la compuerta). Sería, pues, posible que la servidumbre de acueducto fuese no aparente (canal subterráneo u oculto por edificación), pero a la vez continua, porque su contenido se sustancia en la existencia de un instrumento continuo que, aunque no sea exterior, ni visible, es funcional, pues con él se realiza, y por sí mismo, el «habere» en que consiste la servidumbre.