

# LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LAS ACCIONES CONFESORIA Y NEGATORIA, EN SU RELACIÓN CON LA USUCAPIÓN

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 abril 2016 (RJ 2016\1341) y al Auto del Tribunal Supremo de 1 junio 2016 (JUR 2016\128871), de la Sala de lo Civil

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

Revista de Derecho Patrimonial 41  
Septiembre – Diciembre 2016  
Págs. 307-325

**SUMARIO:** I. ADVERTENCIAS PRELIMINARES. II. LOS ELEMENTOS FÁCTICOS DE LOS LITIGIOS Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO. III. LA RELACIÓN ENTRE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y LA USUCAPIÓN DE LA SERVIDUMBRE EN LA ACCIÓN NEGATORIA: EL PROBLEMA EN LA SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS. IV. LA RELACIÓN ENTRE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y LA USUCAPIÓN EN LA ACCIÓN CONFESORIA. V. REFLEXIÓN FINAL.

**RESUMEN:** El plazo de la prescripción extintiva de la acción negatoria de servidumbres no comienza a correr en tanto no se inicie una posesión apta para la usucapión de ese derecho real limitado. En cambio en la acción confesoria de servidumbre el comienzo del plazo de la prescripción lo marca la producción de un acto contrario a la misma que no necesariamente tiene que constituir *possessio ad usucapionem*

**PALABRAS CLAVE:** Usucapión de servidumbre – Prescripción extintiva de las acciones confesoria y negatoria de servidumbres

**ABSTRACT:** The time limit for exercising the so-called *actio negatoria* of easement' does not start until an appropriate possession for adverse possession of a property right is initiated. Instead, in the case of the so-called confessoria in rem actio of easement' the beginning of the time limit for exercising it is determined by the production of an act contrary to it which does not necessarily have to be *possessio ad usucapionem*.

**KEYWORDS:** Adverse possession of easement – Time limit for exercising the so-called '*actio negatoria* and *confessoria in rem actio* of easement'

## I. ADVERTENCIAS PRELIMINARES

Para valorar la solución que merece la acción negatoria de servidumbre que se ejercita en cada uno de los litigios (en el primer caso afectaría al derecho de paso y en el segundo a las luces y vistas obtenidas por huecos practicados en pared propia) debemos partir de la existencia de dos instituciones con régimen diferente, relacionadas con la influencia del tiempo en la relación jurídico-real: la prescripción extintiva de las acciones reales, y la prescripción adquisitiva o usucapión, esta última con importantes particularidades según el tipo de servidumbre.

En definitiva las dudas que bajo esta perspectiva se presentan como determinantes en los supuestos de las dos resoluciones judiciales abordadas en este comentario son las siguientes: ¿cómo se relacionan en la práctica estas instituciones entre sí? ¿El régimen respectivo de cada una de ellas se aplica a supuestos diferentes, o, por el contrario no es así, y entonces debe prevalecer uno de ellos sobre el otro si no concurrían simultáneamente sus requisitos? La materia, en cuanto a la acción negatoria de la servidumbre de luces y vistas obtenidas a través de huecos realizados en pared propia, se ha resuelto con dos criterios diversos por las Audiencias Provinciales, lo que ha conducido a soluciones radicalmente opuestas de casos similares, como tendremos ocasión de ver. En concreto, a veces se ha decidido que es posible la prescripción extintiva de la acción negatoria sin correlativa usucapión, mientras que en otros casos se ha impedido la prescripción extintiva si todavía no se había producido la usucapión.

Sobre este último asunto versa el ATS 1 junio 2016 (JUR 2016, 128871; ponente: Marín Castán), objeto de este comentario, que –frente a la pretensión del demandado y recurrente de que se considere prescrita la acción negatoria– opta por considerar que la prescripción extintiva de dicha acción debe ser consecuencia de la adquisición por usucapión de la servidumbre discutida. Naturalmente, teniendo en cuenta que este tipo de servidumbre se califica en la jurisprudencia como negativa, y que entonces la norma aplicable a efectos del cómputo del plazo de usucapión es el art. 538 CCiv («*el tiempo de la posesión se contará... desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre*»); esta doctrina significa que tanto la usucapión como la prescripción extintiva van a ser muy excepcionales en este caso, puesto que no van a comenzar a correr desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera empezado a ejercer la posesión de la servidumbre sobre el predio sirviente. A nuestro juicio la doctrina acogida por este auto, y la consiguiente solución del litigio, refleja adecuadamente el criterio de nuestra legislación civil, muy contrario a que tomen cuerpo en la práctica las restricciones del derecho de propiedad, que se presume libre salvo que se demuestre que existe alguna limitación que constituya un derecho real de servidumbre<sup>1</sup>.

1. Sobre ello, por todos, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Capítulo 1», y «Capítulo 10», en *Tratado de servidumbres* (Dir. CERDEIRA), Las Rozas (Madrid), 2015, pp. 75 y ss. y pp. 436 y ss. Pero, con opinión diversa, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Capítulo 31», en el propio *Tratado*

A esta misma doctrina de fondo, en cuanto a la necesaria coincidencia de la prescripción extintiva de la acción negatoria con la adquisición por usucapión de la servidumbre, se adhiere también la STS 15 abril 2016 (RJ 2016, 1341; ponente: O'Callaghan Muñoz), cuyo criterio nos parece acertado en este punto por coherencia con lo que acabamos de sostener. Pero vemos un problema en su argumentación: lo debatido en este otro caso es la existencia o no de un derecho de paso, que no merece jurisprudencialmente el calificativo de servidumbre negativa, sino positiva y que, además, por definición sería una servidumbre discontinua y, por tanto, no se puede constituir más que por título y no por usucapión (cfr. art. 539 CCiv)<sup>2</sup>; en cambio, en la escueta argumentación de la misma STS, y también en la más extensa que ofrece la SAP Cantabria 19 febrero 2014 (JUR 2015, 273529), que es objeto del recurso de casación, se utilizan los argumentos acerca de las servidumbres negativas, como si efectivamente la servidumbre de paso se pudiera calificar así, con lo que se admite que sea posible su usucapión, frente a la jurisprudencia asentada que lo niega. ¿Conduce ello a una solución inadecuada del supuesto? Afortunadamente no, porque los hechos declarados probados por esta última excluyen la existencia de posesión *ad usucapionem*, por lo que el error argumental que se arrastra desde la Sentencia recurrida, carece de trascendencia para la solución del caso<sup>3</sup>. Sería compartible entonces la doctrina

---

*de servidumbres*, cit., pp. 1433 y ss., quien considera errónea la consolidada jurisprudencia.

2. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Capítulo 10», en *Tratado de servidumbres* (Dir. CERDEIRA), cit., pp. 441 y ss., en cuanto al carácter no usucapible de esta servidumbre; y «Capítulo 5», en *Tratado de servidumbres* (Dir. CERDEIRA), cit., pp. 259 y ss. y p. 302, en cuanto al carácter discontinuo de la misma; también REBOLLEDO VARELA, A.L., «Capítulo 3» en *Tratado de servidumbres* (Coord. REBOLLEDO), I, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 95 y ss. Y en la jurisprudencia podríamos remitirnos a la STS 11 julio 2014 (RJ 2014, 4267; del mismo ponente, O'Callaghan Muñoz, que el de la STS 15 abril 2016 comentada en estas páginas) y también a las que ella menciona: «La servidumbre de paso, como discontinua y aparente, conforme al artículo 539 del Código civil y reiterada jurisprudencia como las sentencias de 14 junio 1977, 29 mayo 1979 (RJ 1979, 1950), 5 marzo 1993 (RJ 1993, 2007), 13 octubre 2006 (RJ 2006, 8999), 16 mayo 2008 (RJ 2008, 3083), sólo puede adquirirse en virtud de título, salvo el caso del reconocimiento del dueño del predio sirviente o por sentencia firme, como contempla el artículo 540». Nos hemos referido, con más detalle, a esta STS 11 julio 2014 en «El derecho real limitado de paso y su creación y configuración voluntarias», en *Revista de Derecho Civil*, Vol. 1, N.º. 4, 2014, págs. 1-26.
3. En efecto, la SAP Cantabria 19 febrero 2014 (JUR 2015\273529) considera probado lo siguiente: «a la vista de la documentación aportada con la demanda y de cuantas declaraciones se han recibido no cabe sino concluir que dicho hueco, como los de las demás construcciones lindantes con el predio del actor, fue siempre simplemente tolerado por los dueños de la finca hoy propiedad del actor; además de que es cosa juzgada que no respondía a derecho alguno de servidumbre –tal como ya se declaró en anterior proceso entre las partes–, es patente que no se ha probado que tan larga situación de hecho obedeciera a cosa distinta de la mera tolerancia alegada por el actor»; lo que entendemos que sería concluyente de suyo para la solución adoptada. En cambio, no nos parece correcto añadir como refuerzo argumentativo, que no «resulta probado acto alguno obstativo realizado frente al actor o sus antecesores», porque si estuviéramos ante una servidumbre positiva, como es la de paso (y aceptado solo dialécticamente que fuera usucapible), bastaría haber acreditado, como se hizo, «que el hueco... existía desde al menos más de sesenta años», sin que fuera necesario acto alguno obstativo, sino la existencia del hueco y el

siguiente: que la prescripción de la acción negatoria debe corresponderse con la usucapión de la servidumbre, y no habiéndose iniciado una posesión apta para la misma (porque existió mera tolerancia) –o simplemente cuando la servidumbre no se pueda legalmente usucapir (así la servidumbre de paso, por ser discontinua)– no puede haberse iniciado siquiera el cómputo del plazo de prescripción extintiva; lo cual conduce a que, en el primer caso, se retrase el inicio del plazo prescriptivo, o, en el segundo, a que la acción negatoria sea imprescriptible.

Tendríamos entonces como resultado que estos recientes pronunciamientos han clarificado la doctrina jurisprudencial en cuanto a la acción negatoria de las servidumbres; así, además queda adaptada esa jurisprudencia a la postura actual de nuestro Tribunal Supremo en lo que se refiere al problema paralelo que se plantea en las relaciones de la prescripción de la acción reivindicatoria con la usucapión. Esta última doctrina es clara: solamente si el demandado ha adquirido el dominio por usucapión se puede apreciar la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria ejercitada por el propietario que esté siendo perturbado. Esto significa que se daría una absoluta prevalencia del régimen de la usucapión sobre el de la prescripción extintiva.

En cuanto a este último punto, la conocida STS 11 julio 2012 (RJ 2012, 10117) afirmó que existe una primacía o preferencia de los efectos de la adquisición del dominio respecto de las reglas de la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria, de suerte que la usucapión actúa como presupuesto o condicionante para que esta prescripción extintiva pueda producirse. O sea, que la pérdida del derecho de dominio o de la posibilidad de defenderlo a la que se llega por la prescripción extintiva de la acción carecería de fundamento, si previamente no se hubiera producido una pérdida de la posesión que lesione el derecho de dominio del titular de la acción, es decir, sería requisito necesario para que comience a correr el plazo de prescripción extintiva que se haya producido un hecho lesivo de la propiedad que represente una posesión hábil para la usucapión en concepto de dueño. El mismo criterio se reiteró en la STS 19 noviembre 2012 (RJ 2013, 1246)<sup>4</sup>.

En definitiva, para esta jurisprudencia, no puede existir un propietario que no pueda defenderse mediante la acción reivindicatoria. Y no hay prescripción extintiva de una acción real sin adquisición por el demandado del derecho real cuyo contenido se pretende defender con la referida acción. Por tanto, en la actualidad ha quedado rectificada la doctrina de otras SSTS,

---

ejercicio por él del paso. Precisamente, a nuestro juicio lo determinante entonces volvería a ser que no se ha probado «ni siquiera algún acto demostrativo de una perturbación o privación de la plena posesión del actor o sus antecesores de su finca, que el mero hecho de la existencia del hueco no publica de por sí».

4. En este mismo sentido, también se pronunció la STS 17 febrero 1988 (RJ 1988, 1113). Puede verse un tratamiento crítico del resto de la jurisprudencia, y referencias doctrinales para esta clásica controversia en la que no podemos entrar con detenimiento, en DIEZ-PICAZO, L., *La prescripción extintiva. En el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2007, pp. 53 y ss.

alegada alguna de ellas en el recurso de casación objeto del ATS 1 junio 2016 (JUR 2016, 128871), como es la STS 29 abril 1987 (RJ 1987, 2731), que sostenían justamente lo contrario: que en el Código Civil «coexisten, la usucapión extraordinaria trentenaria, distinguible, como transparentan los artículos 1962 y 1963, éste invocado por el motivo en examen, y la prescripción extintiva de las acciones reales, incluidas entre éstas las dominicales y destacadamente la reivindicatoria, por igual tiempo de treinta años. Parece ineludible concluir, en presencia de dichos preceptos, artículos 1962 y 1963, el desdoblamiento o contradistinción entre la usucapión de una parte y de otra la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria, ya que la prescripción de las acciones se enuncia en ellos en términos generales y no parece posible entender que se pueda extraer y exceptuar de entre las acciones reales sobre bienes inmuebles, y ello sin nombrarla, la acción reivindicatoria, o lo que es igual que se unimismen la prescripción extintiva del dominio y la usucapión, como propone un autorizado sector de la doctrina. Los artículos citados tratan la prescripción de las acciones, extinguiéndolas por el transcurso del tiempo sin su ejercicio, y ello como efecto distinguible y separable y autónomo de la pérdida mediata del dominio que se sigue a través de la perfección de la usucapión».

Ahora bien, teniendo en cuenta las vacilaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre este problema, y también sobre el más específicamente concernido por el caso comentado que es el de la acción negatoria de servidumbre, pero que es conexo a este otro, quizá la falta de interés casacional que ve en el recurso el ATS 1 junio 2016 pueda ser discutible. Dedicaremos los apartados II y III al análisis de esta cuestión.

Al final de este comentario (apartado IV) podemos referirnos también a un supuesto diferente, al que no se refieren las resoluciones judiciales que estamos comentando, pero cuyo estudio puede tratarse en paralelo, con independencia de que llegaremos a la conclusión de que la solución debiera ser diferente; nos referimos a la prescripción extintiva de la acción confesoria de servidumbre en su relación con la usucapión liberatoria.

## II. LOS ELEMENTOS FÁCTICOS DE LOS LITIGIOS Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO

Primer supuesto. La STS 15 abril 2016 (RJ 2016, 1341) se refiere a una demanda en la que se solicitaba, entre otras cosas, el cierre de una puerta como consecuencia de la inexistencia de una servidumbre de paso; frente a ella se alegaba la prescripción de la acción, prescripción que se estimó en primera instancia, pero que se desestimó en apelación.

Para la STS 15 abril 2016, que va a confirmar esta última solución: «Aparte de la discusión, esencialmente doctrinal, que se plantea entre la prescripción adquisitiva del derecho real y la extintiva a que alude la sentencia de 11 julio de 2012 (RJ 2012, 10117), y trata la del 16 septiembre 1997 (RJ 1997, 6406), el problema que aquí se plantea es el del *dies a quo* y no se da cuando nos hallamos ante actos meramente tolerados (artículo 444 y 1942 del Código

civil) que no afectan a la posesión ni, por ello, son idóneos para prescribir, tanto más cuanto la adquisitiva sólo se produce a partir del acto obstativo frente al dueño que aparece como sirviente en un posible futuro, impidiéndole hacer algo que podría realizar sin la servidumbre».

Ya nos hemos referido anteriormente a que calificar la servidumbre de paso como negativa contradice la jurisprudencia ya asentada, y también lo hace estimarla como usucapible (pues no lo es, a causa de ser discontinua, art. 539 CCiv). Pese a todo ello, la STS llega a una solución adecuada, puesto que, aun admitiendo a los solos efectos dialécticos que la usucapión fuera técnicamente posible, si sobre el controvertido derecho de paso no ha existido posesión del demandado, sino actos de este meramente tolerados por el titular accionante, no sería factible que hubiera existido ni usucapión de la servidumbre ni prescripción de la acción negatoria, por elevado que haya sido el número de años que la litigiosa puerta haya estado abierta. Esto es, frente a los actos meramente tolerados que pudieran ser manifestación de una servidumbre, cuando legalmente esta no se pueda adquirir por usucapión (como sucede en las discontinuas, ex art. 539 CCiv), la acción negatoria será lógicamente imprescriptible.

Segundo supuesto. En el caso abordado por el ATS 1 junio 2016 (JUR 2016, 128871) la parte demandada había interpuesto recurso de casación contra la SAP Granada 26 septiembre 2014 (JUR 2014, 285701), que resultó inadmitido por no demostrarse el alegado interés casacional.

La actora, que ahora resulta recurrida, había presentado demanda de acción negatoria en la que solicitaba que se declarara la inexistencia de servidumbre alguna a favor de la demandada, y que se condenara a la misma a realizar las obras necesarias para suprimir los desagües y las luces y vistas abiertas sobre su propiedad. Dictada sentencia en primera instancia, se desestimó la demanda, y se estimó la reconvenición, por lo que se declaró la existencia de todas las servidumbres objeto de controversia. Interpuesto recurso de apelación por la actora, con base en que la Sentencia de Primera Instancia había aplicado de forma errónea la prescripción extintiva de la acción negatoria de servidumbre (art. 1963 CCiv) y también la presunción legal de que la propiedad se presume libre, se estimó el mismo, se revocó íntegramente la sentencia de instancia, y como consecuencia, se declaró que la propiedad de la actora no está gravada con servidumbre alguna a favor de la finca del demandado, por lo que estos deberían: a) desmontar el muro recreado que han levantado sobre el aliviadero de aguas de la actora retirando la instalación realizada y reponiendo el aliviadero a su estado primitivo; b) suprimir las luces y vistas que tienen respecto de la finca de la actora, bien cerrando las ventanas y las vistas, o bien, adaptándolas a los huecos de tolerancia; c) efectuar las obras necesarias para que las aguas pluviales que vierte el tejado de los demandados caigan sobre su propio suelo o sobre la calle o sitio público, y retirar los canalones instalados que invaden la propiedad de la actora; d) adaptar el tubo de salida de gases, retirando el recubierto de obra de éste, que invade el vuelo de la propiedad de la actora.

Ahora la parte demandada interpone recurso de casación, alegando interés casacional; nos interesa destacar en este comentario únicamente el primer motivo de dicho recurso, que aborda la divergencia jurisprudencial en cuanto a si la prescripción de la acción negatoria comporta necesariamente que se haya consumado la usucapión de la servidumbre, o puede existir una prescripción extintiva sin necesidad de adquisición alguna de la servidumbre, todo ello en relación con la servidumbre de luces y vistas. En el caso de las otras discutidas servidumbres, el recurso de casación no se centra en este problema, sino en la existencia o no de consentimiento del actor a las obras realizadas por el demandado, que no es materia que nos interese bajo la perspectiva de este trabajo.

Para el FD 4º del referido auto: «la sentencia recurrida en casación razona en relación al primer motivo de casación, y frente a lo resuelto en primera instancia, que la acción negatoria de servidumbre ejercitada por la actora, hoy recurrida, no ha prescrito, por el solo hecho de que los huecos y ventanas estuvieran abiertos hacía más de 30 años, ya que al tratarse de apertura de ventanas en pared propia estaríamos ante un acto meramente tolerado, STS de 16 de noviembre de 1981 y 30 de septiembre de 1982, que no afecta a la posesión, con la trascendencia que comportará respecto del inicio del cómputo prescriptivo (tanto adquisitiva como extintiva) que será el *dies contradictionis* STS 20 de octubre de 90 [sic, aunque la STS realmente citada por la SAP es del 2 de octubre]. Igualmente aplica STS de 11 de octubre de 1988 y 10 de marzo de 1992, en lo que respecta a que: «los huecos abiertos en pared propia y en correspondencia con suelo y cielo ajenos, son de mera tolerancia, salvo pacto o concesión expresa, y no pueden ganarse por prescripción, sino computándose esta desde la ejecución de algún acto obstativo en razón a que, cuando alguno se aprovecha de esas luces aspira a construir una servidumbre negativa, en tanto que el dueño de la finca a que afectan pueda construir perjudicándolas, STS de 25 de febrero de 1943, 14 de marzo de 1957, 2 de octubre de 1964, 21 de diciembre de 1970, 12 de marzo de 1975 y 30 de septiembre de 1987. Todo lo anterior es consecuencia de que el dominio se presume libre y en el caso enjuiciado, no se ha acreditado la existencia de título o gravamen a favor de la finca de los señores demandados, ni desde luego, a la vista del carácter negativo de la servidumbre, que se haya producido acto obstativo alguno. No existe pues infracción alguna de la citada jurisprudencia del TS por el recurrente».

Tenemos, pues, que en un escaso margen de tiempo, el que va desde la STS 15 abril 2016 al ATS 1 junio 2016, la Sala de lo Civil ha tenido ocasión de consolidar una doctrina acerca de las relaciones entre la prescripción extintiva y la usucapión de la servidumbre en la acción negatoria. Es cierto que hemos podido observar ciertas deficiencias en la formulación de esta doctrina; pero, en nuestra opinión, estos pronunciamientos deberían tener la virtualidad de acallar la polémica que durante años ha envuelto el ejercicio de la acción negatoria de servidumbre de luces y vistas cuando estas se obtienen mediante huecos en pared propia. El hecho de que todo esto se haya afirmado en un Auto de inadmisión, por un lado; y, por otro, en una Sentencia cuya argumentación no corresponde con el tipo de servidumbre discutida, aconseja poner

de manifiesto la importancia del criterio adoptado por nuestro Tribunal Supremo. Dedicamos el siguiente apartado a esta tarea.

### III. LA RELACIÓN ENTRE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y LA USUCAPIÓN DE LA SERVIDUMBRE EN LA ACCIÓN NEGATORIA: EL PROBLEMA EN LA SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS

Con la acción negatoria se defiende el derecho de propiedad del predio que niega ser sirviente y, por tanto, la solución que merezcan las relaciones entre su prescripción extintiva y la usucapión de la servidumbre por el demandado debe estar próxima a la de la acción reivindicatoria que acabamos de examinar en el apartado I. Nos cuestionamos, por tanto, si también en la acción negatoria es necesario que concurren en el caso concreto las circunstancias y requisitos de la usucapión para que pueda extinguirse la acción negatoria por prescripción. ¿Se podría decir que la prescripción extintiva de esta acción carecería de fundamento, si previamente no se hubiera producido la usucapión de la servidumbre por quien perturba el ejercicio de la plena propiedad del fundo sirviente?

Tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia hay discrepancias hondas que se han prolongado en el tiempo de modo excesivo, porque esas discrepancias llevan a dos soluciones prácticas diversas<sup>5</sup>.

Para la primera opinión, coincidente con la tesis jurisprudencial sobre la acción reivindicatoria, y ahora reiterada tanto en el ATS 1 junio 2016 (JUR 2016, 128871) comentado, y en la propia SAP Granada 26 septiembre 2014 (JUR 2014, 285701) que es recurrida, como en la STS 15 abril 2016 (RJ 2016, 1341), esta acción negatoria solamente prescribe cuando el demandado haya cumplido todos los requisitos necesarios para adquirir por usucapión la servidumbre de que se trate<sup>6</sup>. Por tanto, dos conclusiones se debieran sacar de esta toma de postura:

5. Nos hemos referido a esta cuestión más brevemente en «Capítulo 24», en *Tratado de Servidumbres* (Dir. CERDEIRA), cit., pp. 1031 y ss.; también REBOLLEDO VARELA, A.L., «Capítulo 27» en *Tratado de servidumbres* (Coord. REBOLLEDO), I, cit., pp. 880 y ss.
6. Dice, muy correctamente a nuestro juicio, la SAP Granada 26 septiembre 2014: «En el presente supuesto, el *quid* de la disputa jurídica que se plantea, reside en el viejo problema del derecho civil español, resuelto en la doctrina de formas diferentes, que es la autonomía, o no, de la prescripción extintiva de las acciones reales respecto de la usucapión o adquisición del dominio por prescripción, y aunque el TS parece inclinarse por la tesis de su independencia en Sentencia de 29-4-87, hay también otros pronunciamientos que se basan en la tesis contraria, como la Sentencia de 2-10-90. Se trata de que el plazo para la prescripción de las acciones reales sobre bienes inmuebles no puede empezar a correr sino desde que se pierda la posesión, tal como dice expresamente el Código Civil al regular la prescripción de las acciones reales sobre bienes muebles (art. 1962), porque indefectiblemente y salvo que se admita la creación de situaciones a todas luces carentes de sentido y regulación (podría darse el caso de que el dueño no pudiera reivindicar su propiedad por haber prescrito la acción, pero tampoco ninguna otra persona por no haber adquirido aún el dominio) la extinción de la acción real sólo puede comprenderse como simultánea a la adquisición del derecho real por otra persona, y esto sólo puede ocurrir cuando haya una efectiva privación de la posesión por actos de posesión *ad usucapionem*.

a) no existiría una prescripción extintiva de la acción negatoria separada de la adquisición de la servidumbre por usucapación; de manera que el plazo extintivo de la acción real previsto en el art. 1963 CCiv no operaría en nuestro caso, sino más bien el propio de la usucapación de la servidumbre. Estaríamos hablando, pues, de un plazo de veinte años (art. 537 CCiv) y no de treinta. Naturalmente el plazo comienza a correr en el momento en que se inicia la posesión *ad usucapionem*<sup>7</sup>; que es diverso según el tipo de servidumbre (cfr. art. 538 CCiv).

b) En cambio, si la servidumbre no fuera usucapible la acción negatoria sería imprescriptible (es lo que en realidad sucede en el caso de la SAP 15 abril 2016, al tratarse de una servidumbre discontinua como la de paso), ya que no debería nunca admitirse que el poseedor de la misma consolidara su posición contra la previsión contraria del ordenamiento<sup>8</sup>.

Para una segunda tesis, en cambio, sin excluir que la usucapación por veinte años pueda existir y con independencia de ella, el plazo de prescripción extintiva de las acciones reales se encuentra regulado por el art. 1963 CCiv, y es el de treinta años<sup>9</sup>, que se comienza a contar desde que se produjo la perturbación<sup>10</sup>, o desde que se tiene conocimiento de la misma<sup>11</sup>. Así, lo afirmó literalmente, en cuanto a la acción negatoria, la STS 16 septiembre 1997 (RJ 1997, 6406).

¿Qué implicaciones prácticas ha tenido la doctrina de esta STS 16 septiembre 1997 y en qué contexto se formuló?

Comenzamos por esta segunda cuestión, que resulta trascendental por cuanto la afirmación era innecesaria para solucionar el litigio: el caso de la

En el caso de la servidumbre que nos ocupa, si su adquisición por usucapación sólo comienza desde la realización de un acto obstativo como se expuso, es claro que mientras tal acto no se produzca no puede empezar a correr el plazo de prescripción de la acción dirigida a negar la existencia de la servidumbre; porque hasta que no se realice ese acto no hay una posesión de la servidumbre susceptible de permitir su adquisición por usucapación, es decir, hasta ese acto la apertura de los huecos no pasa de ser un acto meramente tolerado por el colindante y como todo acto tolerado no afecta a la posesión (art. 444 y 1942 CCiv)». La STS 2 octubre 1990 (RJ 1990, 7465) afirma, en efecto, que basta para desestimar la excepción de prescripción extintiva «la consideración de que las servidumbres de luces y vistas sólo pueden ser adquiridas por título o por prescripción, no posible en este caso por falta de acto obstativo, razonamiento este que se traduce en la no estimación implícita de la excepción».

7. DIEZ-PICAZO, L., *La prescripción extintiva*, cit., p. 198; PUIG BRUTAU, J., *Caducidad, prescripción extintiva y usucapación*, Barcelona, 1996, pp. 50 y 126; para esta acción sigue también esta opinión DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil*, I, Madrid, 2011, p. 306. Esta es también la tesis que se sostiene en Italia: cfr. MALOMO, A., «Comentario al art. 949», en *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (G. Perlingieri), 3, Nápoles, 2010, p. 401.
8. DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil*, I, cit., p. 306.
9. FEMENIA LÓPEZ, P., «Comentario al art. 348», en *Comentarios al Código Civil* (dir. Rodrigo BERCOVITZ), II, Valencia, 2013, p. 2891.
10. ALBALADEJO GARCÍA, M., *La prescripción extintiva*, Madrid, 2004, p. 111; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Las tensiones entre usucapación y prescripción extintiva*, Madrid, 1998, p. 86.
11. RIVERA SERRANO, M./ÁLVAREZ CIVANTOS, S., *Acciones y excepciones en materias de servidumbres: Teoría, jurisprudencia y formularios*, Granada, 1999, p. 93.

STS 16 septiembre 1997 se refería a una acción ejercitada contra quien había abierto unos huecos o ventanas que estaban sellados por medio de ladrillo tipo, pavés', que permitía una limitada entrada de luz, sin transgresiones a la intimidad, ni perjuicios para la seguridad del fundo vecino. Para la STS la finca del actor no tenía el carácter de predio sirviente puesto que la luminosidad así conseguida no genera ningún tipo de servidumbre de luces o de vistas, permaneciendo los derechos del actor como propietario, incluso mediante el levantamiento en terreno propio de pared contigua que ciegue la toma indirecta de luz que proporcionan los falsos ventanales. O sea, claramente nos movíamos en el ámbito del art. 581 CC, ya que la construcción con material traslúcido se equipara en su régimen, al decir de una extendida jurisprudencia, a los huecos de tolerancia que respetan las medidas legales. Por tanto no procedía estimar la acción negatoria porque en el caso no había ventanas ni huecos de tolerancia que incumplieran la ley, ni vistas o luces obtenidas de modo ilegal.

Pero la STS 16 septiembre 1997 realizó otras afirmaciones, innecesarias para la resolución del caso, que han influido mucho en el criterio mantenido posteriormente por algunas Audiencias Provinciales. En concreto, la STS dijo que si se violaran las prohibiciones establecidas en los arts. 581 y 582 CCiv (no era el caso, repetimos), el propietario del fundo colindante puede pretender legítimamente que se ordene al cierre o que se tapen los huecos o ventanas, construidos al margen de aquéllos o fuera de su observancia, en virtud de una «acción real» sometida al plazo de prescripción extintiva de treinta años, conforme a lo dispuesto en el artículo 1963 CCiv, de manera que, transcurrido dicho plazo el colindante no puede exigir el cierre, no obstante, mantenga siempre el derecho a levantar pared contigua a la que tengan las ventanas o huecos de tolerancia. Es decir, se sostuvo que, sin que se haya producido una verdadera usucapión de la servidumbre de luces o vistas, puede darse la prescripción extintiva de la acción negatoria contra los actos de ejercicio mantenidos largamente en el tiempo en virtud de la tolerancia del actor. En suma, se afirmó que el poseedor consolida un cierto derecho a mantener abiertas las ventanas a partir del momento en que se consuma la prescripción extintiva de la acción negatoria, pese a que no haya adquirido derecho a la servidumbre por usucapión.

Como ya hemos dicho, este planteamiento, equivocado a nuestro juicio a la luz del Código Civil y de su interpretación mayoritaria por la jurisprudencia, ha calado en el criterio de algunas Audiencias Provinciales que han venido resolviendo los litigios relacionados, ahora ya sí, con pretendidas servidumbres de luces y vistas. Para una parte importante de ellas sería posible la prescripción de la acción del propietario para hacer cerrar los huecos por el transcurso de treinta años desde que existen realmente, con independencia de que no se haya producido la usucapión de la servidumbre de luces y vistas (normalmente lo que sucede es que ni siquiera ha comenzado a correr el plazo porque no ha existido el acto obstativo necesario para ello al que se refiere el art. 538 CC).

Paradigmática en esta línea es la SAP Guadalajara (Sección 1ª) 19 enero 2011 (AC 2011, 256)<sup>12</sup>, que, por un lado:

a) Rechaza que se haya producido la prescripción adquisitiva o usucapión porque cuando los huecos o ventanas se encuentran abiertos en pared propia –no medianera– del supuesto predio dominante, la servidumbre de luces y vistas tiene carácter negativo, de modo que el día inicial para la adquisición de la servidumbre por prescripción no es el momento en que tal hueco o ventana se abrió, sino el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre (art. 538 CCiv). La idea resulta parece correcta a tenor del estado de nuestra jurisprudencia.

b) Por lo que se refiere a la prescripción extintiva de la acción, añade que si han transcurrido más de treinta años desde que las ventanas se abrieron, no cabe duda de que no puede pretenderse la clausura de tales huecos al haber prescrito la acción real del art. 1963 CCiv.

Por tanto no deberían confundirse la adquisición de la servidumbre por prescripción y la prescripción de la acción negatoria de la servidumbre; la prescripción extintiva es perfectamente aplicable al supuesto porque los huecos o ventanas existían desde hace más de treinta años y la acción que solicita su cierre se encuentra prescrita. No se concede a la demandada derecho de servidumbre alguno, pero puede invocar la prescripción extintiva y seguir conservando abiertas las ventanas.

En el mismo sentido se han pronunciado otras muchas SSAP, así las de Pontevedra 20 junio 2003 (JUR 2003, 275191), Asturias 24 julio 2007 (JUR 2008\16528)<sup>13</sup>, Huelva (Sección 3ª) 23 septiembre 2011 (JUR 2012\70034), Cáceres (Sección 1ª) 24 febrero 2010 (JUR 2010\145431), Madrid 17 febrero 2012 (JUR 2012\142497), Guipúzcoa 29 mayo 2012 (JUR 2014\151753), Burgos 12 julio 2012 (JUR 2012\286846) y Soria 24 noviembre 2014 (JUR 2015\57304).

En cambio, otra línea de interpretación, que nos parece más correcta, entiende que no puede mantenerse el juego autónomo de la prescripción extintiva al margen de la usucapión, sino que necesariamente han de ir unidos ambos conceptos. Se conectaría así con la idea de las SSTs 11 julio 2012 (RJ 2012, 10117) y 19 noviembre 2012 (RJ 2013, 1246), que veíamos en el apartado II.

Significativa, en este sentido, es la SAP Cantabria (Sección 1ª) 8 noviembre 2000 (JUR 2001, 47958)<sup>14</sup>; venía a afirmar que en el caso de la servidumbre que le ocupaba era claro que mientras el acto obstativo no se produzca no puede empezar a correr el plazo de prescripción de la acción dirigida a negar la existencia de la servidumbre; porque hasta que no se realice ese acto no hay una posesión de la servidumbre susceptible de permitir su adquisición por usucapión; es decir, hasta ese acto la apertura de huecos no pasa de ser un acto meramente tolerado por

12. Reitera su criterio la propia SAP Guadalajara 10 abril 2012 (JUR 2012, 154051).

13. Pero en cambio, esta misma Audiencia Provincial mostró la opinión contraria en S 3 marzo 2003 (JUR 2003\187241).

14. Reiterada en las SSAP Cantabria 19 febrero 2014 (JUR 2015, 273529), que es objeto de recurso en la STS 15 abril 2016 (RJ 2016, 1341), y 24 marzo 2015 (JUR 2015, 275508).

el colindante, y como todo acto tolerado no afecta a la posesión (arts. 444 y 1942 CCiv)<sup>15</sup>. Por tanto la demanda en que se ejercite la acción negatoria debe prosperar no sólo en cuanto dirigida a que se declare que los demandados no tienen derecho a tener abierta la ventana sino también en cuanto pretenden el cierre del hueco<sup>16</sup>.

También es clara en esta misma línea la STSJ Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) 21 julio 2011 (RJ 2011\6567): «la usucapción del derecho real coincide con la prescripción extintiva de la acción negatoria. A la vez, buena parte de la doctrina defiende la de idea que sin prescripción adquisitiva del derecho no puede haber prescripción extintiva de la acción para hacerlo valer».

En el mismo sentido se han pronunciado las SSAP La Coruña 16 mayo 2001 (JUR 2001, 205574), Albacete (Sección 1ª) 14 julio 2009 (JUR 2009\382257), Granada (Sección 4ª) 3 octubre 2008 (JUR 2009\66221), 12 marzo 2010 (JUR 2010\350986) y 26 septiembre 2014 (JUR 2014\285701) y Santa Cruz de Tenerife 11 febrero 2015 (JUR 2015\259677). La SAP Granada 26 septiembre 2014 ha sido recurrida en casación, y confirmada por el ATS 1 junio 2016 (JUR 2016\128871), aquí comentado, lo cual nos parece muy relevante, a la luz de lo decidido por la 15 abril 2016 (RJ 2016\1341).

Ya hemos dicho que, teniendo en cuenta la importancia de la materia y las innecesarias dudas que había sembrado con anterioridad la STS 16 septiembre 1997, quizá haber resuelto el recurso de casación inadmitido por el ATS 1 junio 2016 (JUR 2016\128871) hubiera permitido una clarificación mayor de esta materia.

Parece mucho más razonable esta última línea de interpretación que la anterior, pues permite llegar a la conclusión de que, en tanto no acaecida la usucapción, y produciéndose una violación de las normas reguladoras de distancias y vistas, el propietario que la sufre pueda eliminar la inmisión que afecta al ámbito de su propiedad. Es decir es una solución que asegura que no pueda cobrar carta de naturaleza una restricción ilegal del derecho de propiedad que no se haya consolidado como derecho real<sup>17</sup>; por cuanto la situación fáctica se

15. Y está claro que para producirse una posesión *ad usucapionem* se precisa que la misma no emane de actos meramente tolerados, ya que los actos de tal naturaleza no afectan a la posesión: así, entre otras, SSTS 16 noviembre 1981 (RJ 1981, 4535) y 30 septiembre 1982 (RJ 1982, 4930), citadas por la SAP Granada.
16. Correctamente, también, la SAP Granada 26 septiembre 2014 (JUR 2014\285701): «la distinción entre la acción negatoria de servidumbre y la dirigida al cierre de los huecos es de todo punto artificial. Esta última pretensión forma parte de la acción negatoria misma, pues es propio de ella, no solamente la declaración de la inexistencia de servidumbre, sino también la restitución de la posesión dominical a su integridad, haciendo cesar toda perturbación o estado posesorio. Ciertamente que las prohibiciones de los arts. 581 y ss. del Cc. son limitaciones al dominio, pero no por ello pueden desconectarse del derecho de servidumbre cuando la única justificación en derecho a la vulneración de las distancias en ellos establecidas tiene necesariamente que fundarse en un derecho de servidumbre, esto es, en una limitación del dominio ajeno, cuya inexistencia evidencia la falta del derecho a gozar de esas luces y vistas. Así si es concebible una acción negatoria meramente declarativa, no lo es sin embargo una acción dirigida tan sólo al cierre de los huecos sin que simultáneamente se niegue el derecho de los demandados a tenerlos (SAP de Cantabria de 8-11-00)».
17. En este sentido DE MARTINO, E., en «Comentario al art. 949» en *Commentario del Codice civile* (A. Scialoja/G. Branca), Della proprietà (art. 810-956), Bolonia-Roma, 1976, p. 543.

debe considerar meramente tolerada<sup>18</sup>, por lo que no es posible que genere un derecho a su mantenimiento mediante la usucapión, ni mediante la pretendida prescripción de la acción negatoria. También es coherente con el hecho de que ni el derecho de propiedad, ni sus concretas facultades, se extinguen en nuestro sistema por el no uso, salvo que otro sujeto los adquiera por usucapión. Finalmente, esta sería también la respuesta más congruente con la doctrina jurisprudencial acerca de la relación entre la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria, y la adquisición del dominio por usucapión, que hace prevalente a esta última<sup>19</sup>.

#### IV. LA RELACIÓN ENTRE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y LA USUCAPIÓN EN LA ACCIÓN CONFESORIA

Con las consideraciones anteriores hemos terminado el tratamiento de los casos objeto de nuestro comentario. No obstante, puede ser conveniente completar estas páginas analizando un caso supuesto paralelo, que es el de la acción confesoria. Esta acción se llama así porque tiene como cometido obtener el reconocimiento del derecho de servidumbre frente a aquel que lo niega o contradice; es decir, afirma la existencia de la servidumbre; por tanto, en su formulación más típica, la ejercita el titular de la servidumbre contra el poseedor del predio sirviente, en tanto que desconoce o perturba la existencia de tal derecho real.

El planteamiento del problema será teóricamente el mismo en este caso que en el anterior (lo cual no necesariamente comporta que la solución sea la misma): ¿es prevalente el régimen de la usucapión sobre el de la prescripción extintiva? es decir, ¿es necesario que se produzca la usucapión para que concurra prescripción extintiva de la acción? Nos referimos en este supuesto, claro está, a la usucapión liberatoria, es decir la adquisición del dominio pleno, y la consiguiente extinción de la servidumbre, por parte del titular del predio sirviente que poseyera como dueño pleno. ¿Qué normas se deberían aplicar a este caso? Puede pensarse que sea imposible aplicar las normas de

18. Claramente lo sostiene la STS 30 septiembre 1982 (RJ 1982\4930), y allí otras referencias. Interesante la argumentación de la SAP Cantabria 8 septiembre 2014 (JUR 2015, 15958): «Si tolerancia es dejar hacer, adoptar una actitud pasiva ante determinado hecho ajeno, no oponerse a él, tal actitud no entraña reconocimiento alguno de derecho, y por consiguiente no puede servir para considerar probada la realidad de un posible acuerdo generador de derechos entre el que realiza la conducta prohibida y el que la tolera. Si la tolerancia misma, o su duración, o su entidad, pudieran servir como indicios de título a favor del que realiza la conducta prohibida, se impondría al tolerante la carga de oponerse permanentemente a la conducta prohibida, con el riesgo de que, de no hacerlo, esa falta de oposición pudiera ser interpretada como reconocimiento de derecho a favor del que realiza la acción injusta. Precisamente porque la tolerancia constituye un hecho en sí mismo equívoco, ya que tanto puede indicar el acuerdo del tolerante con la conducta del contrario, generador de derechos a favor de este último, como la simple permisividad, la pasividad y el mero transcurso del tiempo no pueden servir como prueba de título, porque el principio de libertad del dominio desequilibra la duda en favor del titular del dominio, al crear a su favor una fuerte presunción, la de libertad, que debe ser destruida con medios concluyentes e inequívocos».

19. Se hace eco de este argumento la SAP Santa Cruz de Tenerife 11 febrero 2015 (JUR 2015, 259677).

la usucapión extraordinaria inmobiliaria del dominio pleno en el caso de la extinción de una servidumbre, porque cuando la posesión por parte del usucapiente llegara a los treinta años, ya habría transcurrido con creces el plazo de la extinción de la servidumbre por no uso que es de veinte años<sup>20</sup>. Así sucedía en el caso de una antigua STS 6 octubre 1951 (RJ 1951/2159): no había transcurrido el plazo de la usucapión extraordinaria de la libertad del dominio (treinta años), pero sí la extinción de la servidumbre por no uso (veinte años)<sup>21</sup>. En consecuencia, existe bastante acuerdo actualmente en que el plazo prescriptivo de la acción confesoria es de veinte años, y no de treinta, como resultaría de aplicar el criterio del art. 1963 CC<sup>22</sup>. En cambio se discrepa sobre los requisitos para el cómputo y la apreciación del plazo:

a) Según algunos es necesario, para que haya prescripción extintiva de la acción confesoria, que se den los requisitos para la usucapión de la libertad de la finca sirviente (que coincidiría con el no uso de la servidumbre por su titular), con lo que las tres figuras mencionadas necesariamente concurren en el caso concreto. Esto implicaría que la posesión del propietario del predio sirviente debe haberse extendido a las facultades que correspondían al titular de la servidumbre; de hecho este dato posesorio sería presupuesto para el nacimiento de la acción confesoria que no es otra cosa que una reacción contra una posesión indebidamente ejercida por un titular<sup>23</sup>. Sería esta explicación, no cabe duda, una traducción a la acción confesoria de la tesis jurisprudencial sobre la acción reivindicatoria<sup>24</sup>.

20. En este sentido, DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho Civil*, I, cit., pp. 307-308.

21. En realidad en este caso, pese a lo que dijera la STS 6 octubre 1951 de que es necesaria la concurrencia de la prescripción extintiva con la usucapión, se advierte que la usucapión extraordinaria del dominio pleno, que evidentemente era la que procedía, no se había producido pues parece que la posesión por parte del usucapiente, aunque se había extendido más de veinte años no había llegado a los treinta. Esta es la principal dificultad, en materia de servidumbres, para entender operante una específica usucapión liberatoria: cuando se cumple el plazo de la misma ya ha transcurrido con creces el de la extinción de la servidumbre por no uso.

22. ALBALADEJO GARCÍA, M., *La prescripción extintiva*, cit., p. 111; SOLÉ RESINA, J., *La acción confesoria de servidumbre: configuración y régimen jurídico*, Madrid, 1998, p. 119; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*, cit., pp. 94-95; RIVERA SERRANO, M./ÁLVAREZ CIVANTOS, S., *Acciones y excepciones en materias de servidumbres: Teoría, jurisprudencia y formularios*, cit., p. 37. También DIEZ-PICAZO, L., *La prescripción extintiva*, cit., pp. 198-199.

23. DIEZ-PICAZO, L., *La prescripción extintiva*, cit., pp. 58-59. Pero en contra de esta tesis se ha aducido, a nuestro juicio con razón, que el acto contrario del que habla esta norma no se exige que lo realice el poseedor del predio sirviente ni que lo realice voluntariamente: DE PABLO CONTRERAS, «Prescripción de las acciones reales y usucapión», en *Prescripción y caducidad de derechos y acciones* (Dir. FERNÁNDEZ URZAINQUI), Madrid, 1995, p. 175, nota 162. Es decir, con mayor precisión: que cabe que nazca una acción confesoria contra una actuación que no inicie un modo de posesión *ad usucapionem*. Por ejemplo: si el arrendatario de la finca perturba la servidumbre.

24. En las SSTs 6 octubre 1951 (RJ 1951, 2159) y 21 marzo 1955 (RJ 1955/770) parece aceptarse que deben coincidir en la misma hipótesis prescripción extintiva y adquisitiva del dominio pleno. Pero en el primer caso consta que no habían transcurrido treinta años. Dice la segunda que «la prescripción se produce en sus dos vertientes correlativas», extintiva para el que abandonó su derecho y adquisitiva para el que se mantuvo en la posesión.

b) Según una segunda opinión, deben distinguirse los supuestos, requisitos y régimen de la extinción de la servidumbre por no uso, la *usucapio libertatis* y la prescripción de la acción confesoria<sup>25</sup>. Se debe partir de la diversidad de los requisitos de la usucapación y de la prescripción extintiva: mientras que la primera se basa en la actividad y la conducta del poseedor, la segunda depende exclusivamente de la inactividad del titular ante una perturbación, y no de una positiva conducta posesoria *ad usucapionem*, que no resulta exigible según los textos normativos<sup>26</sup>.

Para resolver esta espinosa cuestión pondremos ejemplos de la jurisprudencia, pero antes haremos una consideración general: en la aplicación de las acciones de tutela de la servidumbre nada debiera ir en contra de la defensa de los concretos derechos subjetivos lesionados, por cuanto no partimos de una regulación normativa de las acciones que, al tipificarlas, pueda condicionar la producción de este efecto. Es decir, que el juzgador deberá decidir en función de la existencia de lesión, con independencia de la tipificación doctrinal que pueda merecer la acción ejercitada.

1. Cabe pensar, a favor de la no necesaria coincidencia en el caso de la usucapación y de la prescripción extintiva, que el acto obstativo de la servidumbre frente al que se utilice la acción confesoria no necesariamente comporta el no uso de la servidumbre, ni simultáneo ni posterior a dicho acto, por parte del titular de la servidumbre. Para la extinción por no uso debe existir un acto contrario a la servidumbre (cfr. art. 546.2º CCiv), pero no necesariamente hay que calificar a ese acto como posesorio: por ejemplo en la STS 8 mayo 1947 (RJ 1947, 760) los actos obstativos del quieto y pacífico ejercicio del derecho de servidumbre estaban constituidos por cinco denuncias por pastoreo abusivo, que son los que desencadenaron el comienzo de la prescripción extintiva, al decir de la STS; aunque podemos añadir que eran actos que ni inician de suyo un plazo de extinción por no uso, ni tampoco una usucapación<sup>27</sup>.

2. En otros casos la Ley prevé la extinción de la servidumbre por el no uso, sin atender de ninguna forma a la posesión del dueño del predio sirviente: así en las servidumbres discontinuas (cfr. art. 546.2º CCiv).

---

Pero esta afirmación es poco significativa, puesto que se podría entender que estábamos ante una coincidencia de hecho de la doble hipótesis, pero que eso no implica que esa coincidencia fuera exigible en otros casos.

25. DE CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1976, p. 147-148. De esta opinión, también, ALBALADEJO GARCÍA, *La usucapación*, Madrid, 2004, pp. 184 y ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, I, Madrid, 2001, p. 686.

26. DE CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho Civil*, cit., p. 147-148. Es decir, el comienzo de la prescripción no requiere la pérdida de la posesión del derecho real limitado, sino la oposición a su ejercicio: así, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Las tensiones entre usucapación y prescripción extintiva*, cit., p. 89.

27. Los datos que aporta la STS tampoco excluyen que esas denuncias puedan iniciar una fase de no uso de la servidumbre, pero eso necesitaría prueba. Evidentemente, con esa misma STS hay que concordar en que la inscripción registral de la finca sirviente como libre no constituye perturbación suficiente que de inicio al plazo prescriptivo.

3. Por último cabe mencionar otro caso: una acción confesoria contra una actuación que no inicie un modo de posesión *ad usucapionem*. Por ejemplo: si el arrendatario de la finca sirviente perturba o impide la servidumbre eso puede dar lugar a la extinción de la servidumbre por no uso, lo cual beneficia al predio sirviente, pero sin que sean de aplicación las normas de la usucapión. De igual modo sucede si el acto contrario a la servidumbre lo realiza otro tipo de poseedor de la finca sirviente.

¿Cabe, efectivamente como acabamos de mencionar, el ejercicio de esta acción confesoria contra dicho arrendatario, o, más en general, contra el poseedor a título diferente al de dueño? Para la primera tesis doctrinal debería decirse que no, puesto que no parece que esa perturbación haya iniciado una *possessio ad usucapionem*. Pero para la segunda tesis, nada lo obstaculizaría. De hecho estamos ante una materia discutida por cierta Jurisprudencia.

La razón de esta discusión tiene una importante carga teórica: la estructura de la servidumbre llevaría a que solamente estuviera legitimado el propietario<sup>28</sup>; pero su naturaleza de acción real, reclama extenderse más allá de la propiedad hasta llegar a cualquier poseedor del fundo sirviente<sup>29</sup>. Y otra cuestión resulta sugestiva: se ha dicho que si lo que resulta contestado o discutido no es el derecho real en sí, puede utilizarse algún otro mecanismo de defensa como es el de la indemnización por daños<sup>30</sup>. Esta última es una afirmación común y apunta a una cuestión que necesita aclaración porque se refiere a los confines generales entre las acciones reales y las meramente personales. Evidentemente desde el punto de vista procedimental la diferencia entre ambos tipos de acciones no es relevante, pero puede ser trascendente en un asunto tan importante como la prescripción extintiva de la acción. En nuestro Código el primer punto de referencia que debemos tomar en consideración es el art. 348.2 CCiv: la acción real por antonomasia, que es la reivindicatoria, se ofrece al propietario contra el poseedor o el tenedor de la cosa: es decir, contra quien mantiene una situación de poder sobre la cosa incompatible con la que debe tener el propietario. Por ello cabe pensar que la responsabilidad extracontractual procede en el caso de los daños en las que el menoscabo no viene acompañado del mantenimiento por el demandado de una conducta permanente de poder sobre la cosa (posesión), que haga imposible el goce del titular

28. Cosa que, en nuestro Derecho, afirma MAGRO SERVET, V., «Defensa de la propiedad», en *Acciones civiles* (dir. LLAMAS POMBO, E.), IV, Madrid, 2013, p. 338. Para ALONSO PÉREZ, M.T., «Comentario al art. 530», *Código civil comentado* (dir. CAÑIZARES/DE PABLO/ORDUÑA/VALPUESTA), I, cit Madrid, 2011, p. 2095, solamente el propietario de la finca gravada y el titular de un derecho real sobre ella.

29. BIONDI, B., *Las servidumbres* (trad. española), Granada, 2002, pp. 1113 y ss.; DE CRISTOFARO, G., «Comentario al art. 1079», en *Commentario breve al Codice civile* (Cian/Trabucchi), Milán, 2011, p. 1080. Acepta la legitimación del dueño y del poseedor que perturbe la servidumbre: ROCA JUAN, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. Albaladejo), Tomo VII, Vol. 2º, Madrid, 1990, art. 530, (consultado en vlex).

30. En Italia: DE CRISTOFARO, G., «Comentario al art. 1079», en *Commentario breve al Codice civile* cit., p. 1058.

de la servidumbre. Ahora bien, no parece que *a priori* puedan diferenciarse de modo nítido ambos supuestos, pues la distinción se clarificará precisamente mediante el proceso.

En esta materia la STS 10 junio 1985 (RJ 1985, 3104) sostuvo que la arrendataria no estaba legitimada para ser demandada en una acción confesoria, pero en el caso la afirmación de la falta de legitimación estaba justificada simplemente porque el arrendatario no había sido causante de la perturbación. Por eso una afirmación de ese tipo «el arrendatario no está legitimado pasivamente en la acción confesoria» no se puede extrapolar a cualquier arrendatario de modo apriorístico: la legitimación o no resultará del examen realizado en el procedimiento. Pero en esta línea equivocada, en la jurisprudencia menor ha tenido cierto eco la idea de que no existe legitimación pasiva de los poseedores de la finca sirviente, aunque se demuestre que hayan causado la perturbación de la servidumbre.

Así, la SAP Alicante 6 junio 2006 (JUR 2008, 133929) distinguió:

a) Una acción confesoria que resulta de planteamiento posible: reclamar el reconocimiento de una servidumbre al titular del predio obligado a soportarla, caso en el que la demanda ha de dirigirse forzosamente contra el titular del predio sirviente que se oponga al ejercicio de esa servidumbre;

b) y otra acción confesoria de imposible planteamiento: reclamar contra un tercero que haya perturbado el ejercicio del derecho que le viene reconocido por dicha servidumbre. Se dice que si la finalidad de la pretensión del actor no es el reconocimiento de la servidumbre sino impedir la perturbación por un tercero en el ejercicio de la misma, la acción a ejercitar no podrá ser la confesoria de servidumbre, sino la de reclamación del disfrute de la posesión. Y que esta acción sí podrá dirigirse contra cualquier persona que perturbe al titular del predio dominante en el ejercicio pacífico de su derecho de servidumbre de paso.

Parecidamente la SAP Salamanca 27 noviembre 2006 (JUR 2007, 144233): la acción declarativa, es decir, la confesoria de la servidumbre de medianería, es acción en la que no se puede entrar puesto que el fallo que se dictase en la sentencia afectaría directamente no solo al causante de la perturbación sino a un cotitular no poseedor que no ha sido llamado al procedimiento. Cuestión distinta es que se ejercite una acción directamente contra el causante del daño con independencia de toda subordinación al hecho de la declaración de la medianería y en consecuencia sin condicionarla a la propiedad de la finca colindante y de la pared. Dado que, ante la falta de legitimación pasiva, queda absolutamente imprejuzgada la cuestión de si la pared es medianera, no sería posible pronunciarse sobre si el demandado debe o no dejar la pared en su primitivo estado.

La cuestión es delicada y merecería muchos matices prácticos que no son del caso; pero en general debe decirse que no nos convence la consideración de que nos salimos del supuesto de la confesoria cuando la perturbación no

proviene del titular real del predio<sup>31</sup>, y tampoco resulta admisible que haya que utilizar entonces una mera acción posesoria si es que se entiende esta afirmación en el sentido de que es necesario acudir a la tutela sumaria de la posesión (sería devastador el plazo de prescripción de un año). En realidad, estas afirmaciones parten quizá de un enfoque poco claro de la finalidad declarativa que siempre existe en la confesoria, pero que puede asumir perfiles e intensidad diversa: en cualquier acción por perturbaciones en el ejercicio de la servidumbre habrá una declaración de su existencia, aunque el demandado no sea titular de la finca sirviente, sino simple poseedor<sup>32</sup>. Únicamente sucederá que, en este último caso, la declaración del derecho se realiza frente al demandado, y naturalmente no afecta a quienes no lo hayan sido. De modo que sería inadecuado pretender en ese procedimiento una declaración inscribible en el Registro de la Propiedad; pero sí sería posible –y en muchas ocasiones estamos ante la única forma de dar satisfacción al titular de la servidumbre– la pretensión de restitución y de cese de las perturbaciones. De hecho es obvio en nuestro sistema que la acción que afecte a la posesión de inmueble se puede entablar contra un poseedor del mismo, ya que determinadas normas obligan al mismo a dar cuenta al propietario del inmueble de las perturbaciones posesorias a las que se enfrenta (cfr. arts. 1554 y 1559 CCiv). A nuestro juicio, pues, juega aquí la idea que antes adelantábamos: las ideas teóricas sobre las acciones de tutela de la servidumbre no debieran ir en contra de la defensa de los concretos derechos subjetivos. En cambio sucede a estas dos SSAP (Alicante 6 junio 2006 y Salamanca 27 noviembre 2006) que los conceptos doctrinales acerca de las acciones constriñen excesivamente las pretensiones de las partes, y eso no es admisible.

En conclusión, a nuestro juicio la Jurisprudencia sobre la acción reivindicatoria en la que se consagra la prevalencia de la usucapión adquisitiva sobre la prescripción extintiva es razonable en el ámbito de la defensa del derecho de propiedad, y por eso nos sirve tanto en la acción reivindicatoria como en la

31. En el sentido que estimamos correcto, la SAP Málaga 22 diciembre 2005 (JUR 2006, 135663); que considera, además, que se puede demandar al arrendatario, sin necesidad de hacerlo al propietario del predio sirviente, lo que también nos parece acertado.

32. En la SAP Madrid 26 enero 2001 (JUR 2001, 206477) se afina bastante el tiro cuando se dice, para entender correctamente entablada la relación procesal, que «en la demanda ciertamente se ejercita contra ambos demandados una acción confesoria de servidumbre voluntaria de paso, no faltándole por ello razón a la codemandada [arrendataria del predio sirviente, autora de las perturbaciones] al argumentar que, encontrándonos ante una servidumbre predial, que es un derecho de naturaleza subjetivamente real, la relación juridico-procesal, para dicha acción, sólo debía constituirse entre propietarios del predio dominante y del predio sirviente (...) Pero no es menos cierto que aquella acción no es la única que se ejercita en el proceso, sino también una acción de condena a realizar determinadas prestaciones en favor de los actores, que va más allá de ser simple complemento de aquella –que es acción principalmente declarativa–, por más que a la declaración del derecho vaya unida la restitución o constitución efectiva del gravamen (...), interesándose en el suplico del escrito de demanda pedimentos frente a ambos demandados tales como quitar los escalones construidos de obra en el patio y las mesas y sillas, así como cualquier otro objeto relativo a la terraza-bar ... y dejar el referido patio nivelado» (a los efectos del adecuado ejercicio de la servidumbre voluntaria de paso de vehículos).

acción negatoria (pues esta última precisamente protege la propiedad), pero no parece que pueda ser trasladada a la acción confesoria que protege simplemente un derecho real limitado en cosa ajena.

Por una parte, las perturbaciones ante las que se reaccione con la acción confesoria no necesariamente tienen que estar realizadas por quien correlativamente puede usucapir el dominio libre, es decir, no se han de concretar en actos con alcance posesorio suficiente para la usucapión liberatoria, ni requieren tampoco que se esté ante un supuesto de usucapión de la servidumbre por un tercero. Y, por otra parte, nada impide la extinción del derecho de servidumbre por no uso, con independencia de que se produzcan o no los requisitos para una usucapión liberatoria. Nos inclinamos, pues, por la tesis de que en el caso de la acción confesoria no hay prevalencia del régimen de la usucapión sobre el de la prescripción extintiva.

## V. REFLEXIÓN FINAL

Para terminar, sería bueno explicar cuál puede ser la razón de fondo de que existan todos estos problemas prácticos acerca de las acciones relativas a las servidumbres. A nuestro juicio, la raíz última está en que la configuración conceptual de las servidumbres en el Código Civil parte de la idea de que la servidumbre es una relación jurídica entre dos fundos. Así se puede ver en los arts. 530 y 534 CCiv (entre otros varios). Por tanto la regulación legal está enfocada desde el punto de vista del objeto, y no desde los sujetos, como sería más propio tratándose de un derecho subjetivo. Este criterio dificulta el tratamiento de las acciones de defensa de las servidumbres: si decimos que la acción no es más que el derecho subjetivo en trance de ser defendido judicialmente, una insuficiente regulación del derecho subjetivo dificulta la delimitación de la legitimación, activa y pasiva en su ejercicio. Y ello repercute también en la cuestión que más singularmente hemos tratado aquí de la prescripción extintiva.