

SECCION IV.—Cómo se extinguen las servidumbres.

§ I.—DEL CASO PREVISTO POR LOS ARTICULOS 703 y 704.

289. Según los términos del art. 703 “las servidumbres cesan cuando las cosas se hallan en tal estado que ya no es posible usar aquéllas.” Esto puede suceder en dos casos: en primer lugar, cuando la servidumbre deja de tener utilidad para el predio dominante; en segundo lugar, cuando el ejercicio de la servidumbre se hace materialmente imposible. La primera hipótesis no permite duda alguna en teoría; lógicamente se desprende de la definición de la servidumbre. ¿Por qué razón permite la ley que se graven los predios con una carga que embaraza el derecho de propiedad y que, en este sentido, es perjudicial al interés general? El art. 637 contesta á nuestra pregunta: porque las servidumbres se establecen para utilidad y uso de otro predio cuyo valor acrecen. Si las servidumbres cesan de ser útiles á la heredad en cuyo provecho se habían establecido, si el propietario no puede ya sacar de ellas ningún uso, entonces dejan de tener razón de ser, y no serían más que un mal sin ninguna compensación de bien; es decir,

que deben cesar. Pero también, en tanto que las servidumbres pueden procurar al predio dominante una ventaja, comodidad ó recreo, ellas subsisten. Los tribunales admiten con mucha dificultad la casación de las servidumbres y á fe que con razón; ellas se establecen con una mente de perpetuidad, las más de las veces á título oneroso; luego deben mantenerse aun cuando dejen de presentar para el predio dominante la misma utilidad que tenían cuando se establecieron, con tal que conserven una razón de ser. Una servidumbre de no edificar más alto está establecida entre dos heredades contiguas. Más tarde, abren una calle en una parte de los dos predios.

El propietario del predio sometido queriendo utilizar la pequeña porción de terreno que le queda, se vuelve adquirente de terrenos situados atrás y construye dos casas. Querrela del propietario de la heredad dominante: pide la demolición de las casas que cubren los terrenos gravados con la servidumbre *altius non tollendi*. El vecino contesta que esta servidumbre ha dejado de tener razón de ser. ¿Es acaso el aire y la luz lo que reclama el propietario del predio dominante? La calle le da ambas cosas. ¿qué más desea? No se estipula la servidumbre *altius non tollendi*, allí en donde existe una calle que separe las dos heredades, á menos que se quiera asegurar la belleza de la perspectiva; ahora bien, en el caso de que se está tratando, el propietario no puede gozar de la vista. En vano se destruiría una parte de las casas, seguiría subsistiendo la parte de las construcciones sobre un terreno libre. Ciertamente que en esto había motivos para dudar, los cuales dominaron á la corte de Lyon, pero su sentencia fué casada, y debía serlo. Aunque menos útil que en un principio, la servidumbre conservaba una utilidad del predio dominante, esto es decisivo (1).

1 Sentencia de casación de 7 de Mayo de 1851 (Daloz, 1851, 1,

290. La servidumbre cesa también cuando su uso se hace imposible materialmente. Esto supone cambios en el estado de los dos predios ó en el de uno de ellos: "cuando, dice el art. 703, las cosas se hallan en tal estado que ya no puede usarse la servidumbre." Es raro que esta imposibilidad exista para los predios rústicos. Ya va para mil años que se citan los mismos ejemplos, y éstos han quedado como hipótesis que la práctica ignora: ¿cuándo ha sucedido que la fuerza del agua se haya llevado el predio dominante ó el sirviente? ¿cuándo ha sucedido que quedara exhausto el manantial gravado con la servidumbre? Cuando se trata de predios edificados, el principio es de una aplicación bastante frecuente, como lo manifiestan los monumentos de la jurisprudencia. Antes que todo hay que precisar la hipótesis prevista por el art. 703.

La ley supone cambios en el estado de los lugares, innovaciones que imposibiliten el ejercicio de la servidumbre. Esto no presenta dificultad cuando el cambio proviene de un accidente de la naturaleza. El fuego del cielo es lo que ha destruido al predio sirviente: el propietario del dominante ninguna acción tiene contra la naturaleza, y ninguna contra el propietario de la heredad sometida, luego carece de derecho; en este sentido su derecho cesa. Sucedería lo mismo si el cambio fuera obra de un tercero que tuviese el derecho de hacer lo que ha hecho. Yo tengo una servidumbre de toma de agua en un manantial; algunas excavaciones emprendidas en un predio superior hacen que se agote el manantial. Mi derecho cesa, y no tengo acción ni contra el propietario del predio gravado con la servidumbre, ni contra el que ha hecho que se ciegue el manantial; luego estoy desprovisto de todo derecho. Pero si el propietario del predio sirviente ó un ter-

155). En el mismo sentido, París, 11 de Noviembre de 1833 (Dalloz, "cosa juzgada," núm. 173, 2°).

cero, sin derecho, es el que ha operado los cambios, yo tengo una acción contra ellos para que restablezcan el estado de los lugares; luego no puede decirse que mi derecho cesa; sólo cesaría si yo permaneciera treinta años sin usarlo; en este caso, la servidumbre se extinguiría, pero no en virtud del art. 703, sino en virtud del 706, por la falta de uso durante treinta años. El cambio puede, además, ser obra del propietario de la heredad dominante; ¿se puede en este caso decir que su derecho cesa porque ya no puede usarlo? Nó, porque de él depende restablecer los lugares; luego por su voluntad es por lo que no usa de la servidumbre; si continúa treinta años no usándola, su derecho se extinguiría, siempre en virtud del art. 706 (1).

291. El art. 704 dice que las servidumbres reviven si se establecen las cosas de modo que puedan usarse. No hay que tomar la palabra "reviven" al pie de la letra. Las servidumbres que se extinguen definitivamente no reviven. Si el cambio únicamente ha impedido que el propietario del predio dominante ejerza temporalmente la servidumbre, hay un simple obstáculo para el ejercicio del derecho; pero un derecho cesa por encontrarse frente á un obstáculo; desde el momento en que desaparece el obstáculo, el derecho recobra su curso, y no revive, porque jamás ha dejado de existir. Yo tengo una toma de agua en un estanque: se deseca el estanque en virtud de una ley que ordena la desecación de los pantanos. Esta ley se retira y el estanque se restablece. Mi derecho revive (2). ¿Acaso había cesado de existir? Como tampoco cuando un manantial cesa de correr en estío y recobra su curso en otoño.

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 101 y notas 3 y 4. Sentencia de denegada apelación de 16 de Abril de 1838 (Daloz, *Servidumbre*, número 1172, 2º).

2 Sentencia de denegada apelación, de 30 de Diciembre de 1839 (Daloz, *Servidumbre*, 1197). Ducaurroy, Bouquier y Roustain, t. 2º, p. 248, núm. 363.

¿Cuál es la condición que se requiere para que la servidumbre reviva? Acerca de este punto hay alguna dificultad. Los ejemplos que acabamos de dar suponen que no había más que un simple obstáculo para el ejercicio del derecho, y un obstáculo no es una causa de extinción, pero puede haber más que un obstáculo; el predio sirviente ó el dominante pueden ser destruidos; ¿esta destrucción pone término á la servidumbre? ¿Si la casa que debe la servidumbre ó que disfruta de ella queda demolida, no debe decirse que la servidumbre está extinta? El código así lo resuelve en materia de usufructo; el usufructo establecido sobre un edificio se extingue si éste se destruye (art. 624) y no revive si se reconstruye el edificio. No pasa lo mismo con las servidumbres reales. Ya hemos dado la razón: las servidumbres reales son más favorables que el usufructo. Así, pues, por una especie de favor es por lo que la ley hace que revivan las servidumbres. Aquí vuelve á presentarse nuestra pregunta: ¿con qué condiciones reviven? ¿es preciso que se restablezca idénticamente el estado de cosas de donde resultaba la servidumbre? El art. 704 me lo exige: “las servidumbres, dice el artículo, reviven si las cosas se restablecen de suerte que puedan usarse aquéllas.” Cuando se trata del predio sirviente no hay otra condición. Esto está en armonía con los principios que rigen las servidumbres. Ellas nada tienen de inmutable, porque siendo cambiante la explotación de los predios, las servidumbres deben también cambiar en su modo de ejercicio. La ley permite estos cambios dentro de ciertos límites. Si es que se restablece el predio dominante, se necesita agregar una condición que resulta del art. 702, y es que el propietario de este predio jamás puede hacer cambio que agrave le condición del predio sometido.

292. Tal es el principio; vamos ahora á ver su aplica-

ción en los casos que se han presentado ante los tribunales. Una toma de agua se ejercía mediante una compuerta y un canal que llevaba el agua al prado en cuyo provecho estaba establecida la servidumbre. La compuerta fué destruida por una crecida extraordinaria del río; durante largos años la servidumbre dejó de ejercerse, porque el agua no llegaba ya al canal. Habiendo el propietario del predio sirviente construido una compuerta en otra parte del predio, el propietario del predio quiso usar de nuevo de la toma de agua. El tribunal de primera instancia desechó sus pretensiones, parecióle que la servidumbre no era ya la misma, porque había otra compuerta, otro canal y otra heredad. Esta decisión fué reformada por la corte de Riom. Intentado recurso, la sentencia fué mantenida; la corte de casación asentó los verdaderos principios. No es exacto pretender que las cosas, dijo ella, deban restablecerse á su estado primitivo, y que todo cambio en el modo de ejercer la servidumbre sea un obstáculo para su restablecimiento. La ley no exige que haya identidad, por lo que establecer tal condición equivale á aumentar la prescripción de la ley (1).

Existía una servidumbre de vista en provecho de edificios que fueron destruidos en un incendio. Reconstruyéronlos, pero en menos proporciones, de suerte que tambien hubo cambio en las luces, las nuevas eran menos numerosas y dispuestas de modo diferente que las antiguas. El propietario del predio sirviente pidió la supresión de las luces y ganó el pleito en el tribunal de primera instancia: cuando el modo de ejercicio de una servidumbre está determinado sea por el título, sea por la posesión, dice el fallo, ya no puede cambiarse sino con el consentimiento de las partes. Esta decisión fué reformada por la corte de

1 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Mayo de 1851 (Da Ho, 1851, 1, 273).

Rouen; las diligencias prueban que la nueva servidumbre era menos onerosa que la antigua; ¿de qué se quejaban entonces? Las servidumbres no son inmutables; el art. 702 no prohíbe que se opere ningún cambio en el estado de los sitios y únicamente prohíbe las innovaciones que agraven la condición del predio sometido. A recurso de casación, la corte mantuvo la sentencia: el propietario del predio sirviente, dijo la carte, no puede quejarse de un estado de cosas que ha puesto mejor su situación (1).

Una servidumbre de no construir existía en provecho de un palacio rodeado de jardines, con el fin evidente de procurar al predio dominante un aspecto libre; el gravamen estaba en armonía con la magnificencia de la habitación. En nuestros días los palacios van desapareciendo para ceder lugar á construcciones más modestas. Esto fué lo que pasó con el palacio en cuestión, se apoderó de él la especulación, fué demolido y nuevas construcciones se levantaron en el predio dominante. ¿No era llegado el caso de decir que la servidumbre establecida para dar el aire, la luz, el sol, la vista á una mansión señorial estaba extinguida con la destrucción del palacio y la transformación de los jardines? NÓ, dice la corte de Orleans, que conoció del asunto después de una sentencia de casación: la servidumbre no se había estipulado para una construcción particular y por todo el tiempo que ésta subsiste; perpetua por su naturaleza, la servidumbre se identifica de tal suerte con el predio, que se la considera como una calidad de éste; la servidumbre no se había establecido en provecho del palacio y de los jardines, sino en interés del predio (2). Después de todo, ¿las casas burguesas que reemplazaron la habitación del señor no tenían derecho al aire y al sol, tanto como los palacios de la aristocracia?

1 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Junio de 1866 (Daloz, 1866, 1, 471).

2 Orleans, 1º de Diciembre de 1848 (Daloz, 1849, 2, 21).

293. La jurisprudencia que acabamos de analizar nos lleva á una importante consecuencia. Se asienta á veces como regla que la servidumbre debe limitarse á las necesidades del predio dominante, y se estiman estas necesidades según el estado de las cosas que existían al establecerse la servidumbre. Nosotros hemos combatido ese principio (núm. 262); la jurisprudencia confirma nuestra opinión. Si se admitiera la doctrina de Pumontin, habría que inferir que cesando las necesidades, en vista de las cuales se estipuló la servidumbre, ésta vendría también á cesar. Esto es contrario á la esencia de la servidumbre, ella se constituye no en vista de las necesidades pasajeras del propietario actual, sino para la utilidad permanente del predio, utilidad que puede variar y que necesariamente varía según los gustos y la profesión de los que sucesivamente ocupan la heredad. Un cervecero estipula una toma de agua para su fábrica. ¿Se extinguirá la servidumbre si la cervecería se reemplaza con una explotación agrícola? Nó, á menos que la servidumbre se haya limitado á un uso determinado; pero semejante limitación no puede admitirse fácilmente, porque es contraria á la perpetuidad de las servidumbres. La servidumbre se ha establecido en provecho del fundo, por lo que subsistirá aun cuando deje de haber allí cervecería. Así fué fallado por la corte de Lieja (1).

La corte de casación ha hecho una notable aplicación de este principio. Se establece una toma de agua sobre un río. El lecho de éste baja de nivel, sin que la sentencia nos diga la causa. He aquí imposibilitado el ejercicio de la servidumbre; pero á pocos metros río arriba, hay un sitio en donde puede efectuarse la toma de agua, porque ésta casi está al nivel de la calzada del predio dominante. La corte de la reunión falló que se establecería en aquel

1 22 de Mayo de 1869 (*Basicsisja*, 1871, 2, 8).

sitio una nueva toma de agua. ¿No equivalía esto á crear una servidumbre nueva? Así lo sostuvo el actor en casación. Pero la corte resolvió que la ley no se oponía á un cambio en el ejercicio de la servidumbre, con tal que esta modificación no causase daño al predio sirviente. La servidumbre seguía siendo la misma, ciertamente; siempre era la misma toma de agua, ejercida en el mismo río; lo único cambiado era el sitio del predio sirviente en donde se haría la toma de agua; y constaba á todos, que tal cambio no agravaba la carga del predio sirviente, esto era decisivo (1).

294. El art. 704, después de haber dicho que las servidumbres reviven si las cosas se restablecen de suerte que aquellas se puedan usar, agrega esta restricción: “á menos que haya transcurrido ya un espacio de tiempo suficiente para que se presuma la extinción de la servidumbre, así como se dice en el art. 707.” Esta disposición ha dado márgen á vivas controversias, y realmente hay serias dificultades. El art. 707, al cual remite el 704, no establece un modo de extinción de las servidumbres, no hace más que arreglar la aplicación del principio asentado por el art. 706, por cuyos términos “la servidumbre se extingue por la falta de uso durante treinta años.” Una cosa sí es cierta, y es que al remitir el art. 707, el art. 704 remite implícitamente al 706. El sentido del art. 704 sería, pues, éste: la servidumbre no revive si han pasado treinta años desde que las cosas se hallan en tal estado que no puede usarse la servidumbre. Lo que equivale á decir que la servidumbre se extingue por falta de uso durante treinta años. En definitiva, el art. 704, interpretado de esa suerte, no hace más que aplicar el principio de la falta de uso al caso en que éste es imposible.

1 Sentencia de casación, de 11 de Diciembre de 1861, (Daloz, 1862, 1, 79).

295. Se objeta que el art. 704 interpretado de ese modo es inútil, ¿para qué, dicen, repetir en el art. 704 lo que está escrito en el art. 706? Se ha ensayado el dar otro significado al art. 704. Vamos á ver sucesivamente las diversas interpretaciones que se han propuesto, examinado á la vez las dificultades que presenta esta disposición. Hay una primera interpretación que precisamente se refiere á la objeción que se hace á la explicación literal de los textos que acabamos de dar. Los arts. 703 y 704 suponen que en el estado de los sitios se ha operado un cambio que momentáneamente hace imposible el uso de la servidumbre. Si esta imposibilidad dura treinta años ¿se extinguirá la servidumbre? Esta consecuencia resulta de la interpretación literal de la ley; es inadmisibles, dicen, y habla en contra del principio de donde se deriva. Se concibe que la servidumbre se extinga por falta de uso, cuando del propietario del predio dominante depende usarla ó no usarla; si no la usa por el plazo más largo requerido para la prescripción extintiva, es porque renuncia á su derecho. Pero esta presunción de renuncia no tiene sentido cuando aquél á quien se debe la servidumbre ha estado en la imposibilidad material de usarla: ¿hay que preguntar si se renuncia á un derecho de no ejercerlo, cuando se halla uno en la imposibilidad de ejercerlo? Es llegado el caso de aplicar el principio de que la prescripción no corre contra el que no puede obrar. El texto mismo del art. 704 confirma esta interpretación, agrégase: la ley no dice que la servidumbre se extinga, sino que se *presume* la extinción, lo que implica que no hay más que una presunción de renuncia, presunción que el propietario del predio dominante desvanece al probar que si él no ha usado de su derecho, es porque había un obstáculo material que se lo impedía, lo que excluye todo pensamiento de renuncia. La tradición presta una gran fuerza á esta opinión: Domat, dice,

“formalmente” que no debe correr la prescripción contra quien no puede usar de la servidumbre (1).

Nosotros no podemos admitir esa interpretación porque está en oposición con los textos y con los principios. No es exacto decir que el art. 704 no establezca más que una presunción de extinción. No conocemos presunta prescripción. En cierto sentido, puede decirse que la prescripción descansa en una presunción de renuncia, pero esta presunción no admite prueba contraria, porque la prescripción es de interés público. Ahora bien, no puede dudarse de que se trate en los arts. 704 y 706 de la prescripción extintiva; de ello tenemos una prueba en el artículo 665 que no hace más que aplicar el principio establecido por el art. 704. Lo vamos á transcribir porque hace gran papel en el debate que estamos tocando por encima: “Cuando se reconstruye una pared medianera ó una casa, continúan las servidumbres activas y pasivas respecto á la nueva pared ó á la nueva cosa, sin que, no obstante, puedan ellas agravarse, y con tal que la reconstrucción se haga “antes de que la prescripción esté adquirida.” Luego hay prescripción. Se invoca contra la aplicación de la prescripción la imposibilidad en que se hallaba el propietario del predio dominante para usar de la servidumbre, y se agrega que la prescripción no corre contra el que no puede obrar. Este, en efecto, es un motivo para dudar, pero dirijase al legislador y no al intérprete, porque el legislador para nada tuvo en cuenta dichos motivos. Para el intérprete la cuestión es sencillísima. ¿Existe un texto que decida en términos absolutos que la prescripción no corre contra el que no puede obrar? N6; lue-

1 Domat, “Leyes civiles,” lib. I, título XII, sección VI, núm. 1, Toullier, t. 2º, p. 321, núms. 690 y siguientes. Marcadé, art. 703, número 2, t. 12, p. 625. Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. 2º, p. 208, nota 2. Compárese sentencia de la corte de casación de Bélgica de 7 de Enero de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 1; 111).

go quedamos bajo el imperio de la regla general consagrada por el art. 2251. "La prescripción corre contra toda persona, á menos que esté comprendida en alguna excepción establecida por una ley." ¿Y en el título de las "Servidumbres," hay una excepción en provecho del que no puede usar su derecho? Por el contrario, hay dos disposiciones, el art. 704 y el 605 que aplican el principio en todo su rigor. Si el legislador ha sido demasiado riguroso, eso es asunto suyo y no del intérprete. A nuestro juicio, el rigor es más aparente que real. La ley no sacrifica los derechos de la heredad dominante; si el estado de los sitios no le permite usar la servidumbre, nada le impide que pida un reconocimiento de su derecho, lo que interrumpirá la prescripción, y si necesario fuere puede promover la declaración de servidumbre. Luego tiene un medio de conservar su derecho. Si nada hace para conservarlo, con toda equidad puede aplicársele la presunción de que renuncia á su derecho (1).

Ahora se comprenderá la necesidad del art. 704. Es un error creer que es inútil (2). Los autores del código tenían á la vista la opinión de Domat, su guía habitual, ellos no la aceptaban, por lo mismo debían decirlo en términos claros y precisos; de lo contrario, se habría podido prevalerse de la tradición para sostener que había que distinguir la falta de uso que implica renuncia, y la imposibilidad de usar que no supone la voluntad de renunciar. Esta voluntad del legislador de desechar la doctrina de Domat explica también la singular redacción del art. 704. En lugar de decir: "á menos que haya transcurrido un espacio de tiempo suficiente para que se presuma la extinción de la

1 Demolombe, t. 12, p. 509, núm. 979. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 249, núm. 364. Aubry y Rau, t. 3º, p. 102 y nota 7. Compárese sentencia de Lieja de 22 de Mayo de 1869 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 7).

2 Demolombe lo cree, (t. 12, p. 513, núm. 979).

servidumbre, así como se dice en el atr. 707," ¿no era más sencillo decir, como lo hace el art. 665: "á menos que se adquiriera la prescripción?" El legislador ha querido marcar que mantenía la presunción de renuncia en la cual se funda la extinción de las servidumbres por la falta de uso, á pesar de las especiosísimas objeciones de Domat.

296. Acabamos de decir que el *espacio de tiempo* de que habla el art. 704 es una prescripción. Esto también se debate; pero, en realidad, no hay la menor duda; si buenos ingenios no hubieran sostenido, la opinión contraria no valdría la pena detenerse en esto un solo momento. Se pretende que el plazo de treinta años, en el caso del art. 704, es uno de esos plazos prefijados que no pueden prolongarse, aun cuando hubiese causas para suspender la prescripción (1). En el título de la *Prescripción*, insistiremos acerca de esta teoría de los plazos prefijados que ningún texto consagra. En el caso de que estamos tratando, hay dos textos contrarios y decisivos. El art. 704 remite al 707, é implícitamente al 706. ¿El plazo de treinta años del art. 706 es una prescripción ó un plazo prefijado? ¿Y si este plazo es una prescripción, como se conciliaría que, en el caso del artículo 704, este mismo plazo fuese prefijo, cuando dicho artículo no es más que la aplicación del art. 706? Viene en seguida el art. 665 que prevee una hipótesis idéntica á la del art. 704, y allí, la ley dice formalmente que se trata de una prescripción. ¿Así es que no habría prescripción en el art. 704 que asienta el principio, y sí la habría en el caso del art. 665 que no hace más que aplicar el principio! ¿Esto en verdad, es abusar del derecho de debatir! Existen, no obstante, en teoría, algunas objeciones plausibles. Cuando se trata de no-uso (art. 706), se concibe, dicen, que la prescripción no corra contra los menores y contra todos los que no pueden obrar, porque la extinción se fun-

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 248, núm. 363.

da en una presunción de renuncia; ahora bien, el menor no puede renunciar. Mientras que en el caso del art. 704, un obstáculo material es lo que opone al ejercicio de la servidumbre; este obstáculo es el mismo para todos, menores ó mayores. De antemano hemos contestado nosotros al argumento; hay también en el art. 704 una presunción de renuncia, supuesto que el propietario que tiene impedimento para ejercer la servidumbre puede, no obstante, interrumpir la prescripción; en este sentido, si puede obrar, pero para obrar necesita ser mayor, y por lo tanto, el plazo no debe correr contra los menores.

No estamos hablando de los inconvenientes que se señalan, de la prescripción que se prolonga indefinidamente á causa de la suspensión. Los inconvenientes son de la incumbencia del legislador: á nuestro juicio, ha hecho bien en no tenerlos en cuenta; el mayor de todos los inconvenientes sería privar á un propietario de su derecho, cuando en razón de su incapacidad no puede conservarlo. Hay un último argumento del cual tenemos que decir una palabra, aun cuando no sea sino para patentizar cómo se abusa de los trabajos preparatorios. El proyecto de código civil, se dice, no aceptaba más que un plazo de diez años en el art. 704, bien que estableciera un plazo de treinta años para el no-uso. ¿Y qué es lo que esto prueba? ¿Que el plazo de diez años no era una prescripción, sino un plazo prefijado? Esto es lo que se debía probar primeramente. Y cuando se hubiera rendido esta prueba, todavía se podía contestar, y sería perentoria la respuesta, que las autores del código han desechado el sistema del proyecto y que han asimilado las dos hipótesis, la falta de uso y la de la imposibilidad de usar la servidumbre (1).

1 Esta es la opinión general. Véase Demolombe, t. 12, p. 506 número 977; Aubry y Rau, t. 2º, p. 503 y nota 9. Demante, t. 2º, p. 658 número 562 bis, 4º.

297. El art. 704 presenta otra dificultad, la única que, á nuestro juicio, sea seria. Remite al art. 707, el cual determina de qué manera se calcula el plazo de treinta años, distinguiendo entre las servidumbres continuas y las discontinuas. Cuando se trata de una servidumbre discontinua, los treinta años comienzan á contarse desde el día en que se ha cesado de disfrutar, y corren desde el día en que se ha ejecutado un acto contrario á la servidumbre, cuando se trata de servidumbres discontinuas. ¿Debe aplicarse esta distinción al caso previsto por el art. 704? A primera vista, sorprende que se haya planteado la cuestión. El código remite expresamente al art. 707; esta remisión debe tener un sentido, y deja de tenerlo si no se aplica la distinción que hace el art. 707 entre las servidumbres continuas y las discontinuas. Pero si se aplica se llega, en apariencia, á una consecuencia absurda. Una casa disfruta de una servidumbre de vista, y es destruida; pasan treinta años antes de reconstruirla; ¿se habrá extinguido la servidumbre? Nó, si toma uno en cuenta el artículo 707; porque se necesita un acto contrario á la servidumbre para que empiece á correr la prescripción; y acto contrario no lo hay en el caso que examinamos. ¿Qué resultará de esto? Que las servidumbres continuas no podrán extinguirse. En efecto, ¿es concebible que se efectúe un acto contrario á la servidumbre, cuando el cambio acaecido hace imposible el uso de la servidumbre? Lo que hay de absurdo en esta consecuencia es que las servidumbres discontinuas se extinguirán en el caso del art. 704, y que las continuas no se extinguirán. ¿Hay razón para esta diferencia? Ninguna; de lo que se concluye que la diferencia no debe existir. ¿Y qué viene á ser entonces de la remisión al art. 707? Se le borra, ó cosa por el estilo. Esto nos parece todavía más inadmisibile, porque es cambiar la ley, y el intérprete no tiene semejante derecho.

Así, pues, mantenemos la remisión, y por lo tanto, la distinción entre las servidumbres continuas y las discontinuas. En el ejemplo que hemos supuesto, puede suceder que construyendo se ejecute un acto contrario á la servidumbre de vista. Y si se estuviera en la imposibilidad de ejecutar un acto contrario, podría notificarse al propietario del predio dominante una prohibición de restablecer el estado de los sitios, ó una protesta cualquiera contra el restablecimiento de la servidumbre, lo que debe equivaler á un acto, supuesto que sería el único acto posible (1).

298. Queda una última cuestión: ¿empieza á correr la prescripción, si á pesar de los cambios que impiden usar la servidumbre, quedan vestigios de ella? El código no establece esta excepción, lo que, según nuestro parecer, es decisivo, porque no hay excepción sin texto. Se invoca la tradición. Cierto es que en el antiguo derecho se admitía que la posesión de la servidumbre se conservaba por los vestigios, y de esto se concluía que la prescripción no comenzaba á correr sino desde el día de su destrucción. Esto era una verdadera ficción, y ficción no la hay sin ley, y el código lejos de consagrarla, la rechaza implícitamente. El avanza el principio que la prescripción comienza á correr desde el día en que se cesa de disfrutar de la servidumbre, cuando se trata de una discontinua; y ¿se disfruta de una servidumbre de paso cuando quedan vestigios de un camino, y cuando ya no se pasa por éste? Si la servidumbre es continua, el art. 702 quiere que haya un acto contrario á la servidumbre para que la prescripción comience á contarse, ella correrá desde que exista tal acto contrario, que haya ó no vestigios. Es verdad que en la

1 Véase en sentido contrario, Demante, t. 2º, p. 659, núm. 562 bis, 5º. Demolombe, t. 12, p. 515, núm. 980. Aubry y Rau, t. 2º, p. 102, nota 6.

doctrina común, no se tiene en cuenta el art. 706; pero aun cuando nos colocáramos en el terreno de la opinión general, todavía entonces habría que repeler la ficción de los vestigios. El art. 703 dice que las servidumbres cesan cuando las cosas se hallan en tal estado que ya no pueden usarse; y no reviven, según el art. 704, si tal estado de cosas ha durado treinta años. Así, pues, la cuestión de los vestigios se reduce á esto: ¿se usa una servidumbre si de ella quedan algunos vestigios? ¿Una puerta practicada para ejercer el derecho de paso constituye un uso de la servidumbre, cuando realmente ya no se puede pasar, porque se ha suprimido el camino de tránsito? Ficción pura, y lo repetimos, no hay ficción sin texto. Yo tenía el derecho de apoyar mi viga contra tu pared, y la quito; el agujero subsiste, luego se conserva mi derecho, dicen. Nó, porque yo no uso de mi derecho, y hay que suponer, además, en el caso del art. 704, que el uso es imposible; ahora bien, ¿cómo se quiere que se tenga por ejercida una servidumbre cuando su uso es imposible? Ficciones siempre, y ficciones contrarias al texto (1).

§ II.—DE LA CONFUSION:

299. Según los términos del art. 705, “toda servidumbre se extingue cuando el predio al que se debe y el que la debe se reúnen en las mismas manos.” La servidumbre se extingue aun cuando continuara el servicio que uno de los predios presta al otro; á contar desde la reunión de los predios, se efectúa la servidumbre á título de propiedad, porque nadie puede tener servidumbre en su propia

1 Pardessus, t. 2º, p. 168, núm. 308. Demolombe, t. 12, p. 564, número 1012. Duvergier sobre Toullier, t. 2º, p. 331, nota. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 3º, p. 102 y nota 8, y los autores que citan, y t. 2º, p. 88, nota 28, y p. 89, nota 29.

cosa. Ya hemos tropezado con este modo de extinción de los derechos reales en el título del *Usufructo*, con el nombre de consolidación (t. VII, núms. 57-58). En materia de obligaciones hay también un modo de extinción que lleva el nombre de confusión. Hacemos constar la analogía, porque de ello resulta una consecuencia importante, y es que á los derechos reales debe aplicarse lo que diremos de los derechos de crédito. La confusión no es, propiamente hablando, un modo de extinción de un derecho. El que siendo acreedor se torna deudor del mismo crédito, ya no puede ejercer su derecho. ¿Por qué? ¿Acaso porque esté prestada la cosa ó el hecho que era el objeto de la obligación? Nó, sino porque es imposible ejercer la prestación. Luego no hay extinción de un derecho, sino imposibilidad de ejercitarlo. Otro tanto puede decirse de los derechos reales. El predio sirviente pasa á ser propiedad de aquél á cuyo predio se debe la servidumbre; el predio acreedor ya no puede ejercer su derecho sobre el deudor, porque al mismo tiempo es deudor; luego hay imposibilidad de usar la servidumbre, y por esto se extingue ésta. Hay que añadir que la servidumbre se vuelve inútil, porque como el propietario del predio dominante lo es también del sirviente, puede servirse de uno de los predios para el servicio del otro, en virtud de su derecho de propiedad; la propiedad que abarca todos los derechos reales, absorbe la servidumbre, que no es más que el desmembramiento de la propiedad. De aquí resulta, entre la confusión en materia de derechos reales y la confusión en materia de derechos de crédito, una diferencia que más adelante señalaremos (núm. 303).

300. Para que haya confusión, es preciso que el predio dominante y el sirviente estén reunidos en las mismas manos. Si solamente una parte del predio sirviente pasa á ser propiedad de aquél á quien pertenece el predio domi-

nante, la servidumbre no se extingue, porque él no tiene imposibilidad de usar su derecho. Y así es aun cuando la parte reunida al predio dominante fuese aquella por la cual se ejerce la servidumbre; en efecto, todo el predio está gravado. Luego si el camino de tránsito y el predio al cual se debe el paso están reunidos, la servidumbre no estará extinta, únicamente habrá lugar para fijar otro sitio del predio sirviente por el cual se ejercerá el paso. Si la reunión es completa en este caso, hay imposibilidad de usar la servidumbre, y por consiguiente, extinción por confusión.

301. Si la confusión cesa por la separación de los dos predios cesarán también los efectos de la confusión? Hay un caso en el cual la cuestión no es dudosa. La reunión de los dos predios se hace por una escritura anulable, rescindible ó resoluble; si se anula, rescinde ó resuelve la escritura, la confusión entonces jamás ha existido, porque la anulación, la rescisión y la resolución tienen efecto retroactivo, en el sentido que ya se tiene la escritura por no haber sido jamás celebrada. Luego no ha habido confusión, y por lo tanto, la servidumbre no se ha extinguido. Sucede lo mismo en caso de revocación, cuando ésta retroacciona, cosa que es la regla. Si la revocación no retroacciona, la confusión no cesa sino para lo futuro; y entonces deben aplicarse los principios que rigen la hipótesis que vamos á examinar, aquélla en la cual la separación de los dos predios se hace por acto de enagenación.

El propietario de los dos predios vende uno de ellos; deja de haber confusión: ¿revivirá la servidumbre? Se enseña la negativa; y la cuestión ni siquiera es dudosa, si se acepta la interpretación que hemos dado al art. 694. Este artículo supone que dos predios, de los cuales uno debía servicio al otro, han sido reunidos en las mismas manos; en seguida el propietario dispone de una de las heredades:

¿revivirá la servidumbre? Sí, si hay una señal aparente de servidumbre. Esto no es más que la aplicación del principio que rige la confusión. Cesa la imposibilidad de usar la servidumbre, luego deja de haber confusión; según el rigor de los principios, ni siquiera puede decirse que la servidumbre revive, ella jamás ha cesado de existir, sólo que era imposible ejercerla. Por eso el art. 694 dice que la servidumbre *continúa* existiendo: lo que equivale á marcar con energía que jamás se ha extinguido. Pero el artículo 694 no es aplicable más que á las servidumbres aparentes. Luego si la servidumbre no es aparente, permanece extinta. Esta es una argumentación *a contrario* que por si misma no tiene gran valor; pero es difícil dar otro sentido á la ley, si se admite que ella prevee el caso de confusión. En efecto, el art. 694 no hace más que consagrar, en lo concerniente á las servidumbres no aparentes, una doctrina tradicional que ya fué enseñada por los jurisconsultos romanos. Supuesto que, en nuestra opinión, el art. 694 aplica el principio de la confusión cuando la servidumbre es aparente, hay que decir que deroga los principios en lo concerniente á las servidumbres no aparentes. ¿Cuál es la razón de esta deregación? ¿Por qué la servidumbre no revive ó no *continúa* existiendo si no es aparente? Porque en materia de servidumbres hay terceras personas interesadas; se trata de saber si el adquirente del predio en otro tiempo dominante disfrutará de la servidumbre sin estipularla; si el adquirente del predio en otro tiempo sirviente estará sujeto á la servidumbre sin haber consentido en ella.

En rigor, se habría podido decir: lo que era deudor ó acreedor era el predio, y él continúa siéndolo. Pero la aplicación rigurosa del principio de la confusión habría sido contraria á la equidad: el adquirente habría adquirido un derecho sin haberlo pagado, puesto que se supone que las par-

tes no han hablado de esto, lo que sería injusto: ó el adquirente habría sido gravado con una carga cuando estaba en la inteligencia de que compraba un predio libre; cierto es, que en este caso, la ley le da una acción contra el vendedor (arts. 1626 y 1638); pero estas acciones recursorias tienen otro inconveniente. Más vale exigir que las partes se expliquen. Esto, en efecto, es todo lo que apetece la ley; si la servidumbre es aparente, inútil es que las partes hablen, porque las cosas hablan por sí mismas, como dice el orador del Tribunado: si la servidumbre no es aparente, el adquirente puede no conocer su existencia, y por lo mismo, es preciso que el vendedor hable.

302. El código prevee aún un caso en el cual las servidumbres renacen. Cuando los acreedores hipotecarios persiguen la expropiación del inmueble hipotecado contra el tercer poseedor, las servidumbres que éste tenía renacen después de la adjudicación hecha sobre él (art. 2077 y ley hipotecaria belga, art. 105). ¿Cuál es el motivo de esta disposición? Se contesta ordinariamente que se reputa como no acaecida la posesión del tercer detentor, es decir, que se considera que éste jamás ha sido propietario (1). Esto no es exacto: el mismo artículo que declara que las servidumbres reviven, mantiene las hipotecas concedidas por el tercer detentor, luego éste sigue siendo propietario hasta la adjudicación, y su título no está destruido retroactivamente. Por otra parte, ninguna causa había que debiese aniquilar su título por el pasado, porque la hipoteca que grava su predio no impide que él sea el verdadero propietario. Pero si él ha sido propietario, la confusión se ha operado, y por consiguiente, las servidumbres se han extinguido; ¿por qué, pues, reviven? La venta forzada del inmueble contra el tercer poseedor no debería tener más efecto que la venta voluntaria, bajo el punto de vista de

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 250, núm. 365.

los derechos extinguidos definitivamente por la consolidación; la única diferencia que existe entre las dos hipótesis es que el detentor pierde la propiedad del inmueble á su pesar, mientras que el vendedor cesa de ser propietario por su voluntad; pero esta circunstancia nada tiene de común con los efectos de la confusión. A decir verdad, el legislador aplica en el art. 2177 el principio de la confusión, mientras que lo deroga en el caso del art. 694. Yo tengo una servidumbre en un predio del cual vengo á ser propietario; la servidumbre se extingue porque me veo en la imposibilidad de ejercerla. Un acreedor persigue la expropiación del inmueble, cesando la imposibilidad de usar la servidumbre, después de la adjudicación la confusión cesa también; luego la servidumbre debe revivir. La ley habría debido decir que *continúa*, como lo dice el artículo 694.

¿Debe aplicarse el art. 2177 por analogía al caso en que el propietario es despojado por una acción de reivindicación? Así lo pretenden (1). No es esa nuestra opinión. Esta no es ni una anulación ni una resolución, sino una revocación. Pero ésta hace más que reducir á la nada los derechos del poseedor en lo futuro, prueba que nunca ha sido propietario; luego hay que aplicar el principio de la revocación retroactiva más bien que la disposición del artículo 2177.

303. La confusión puede hacerse por causa de herencia. Siendo yo propietario del predio sirviente heredo el dominante, ó viceversa; había confusión, puesto que los dos predios se han reunido en mis manos. ¿Si enageno mis derechos hereditarios, revivirá la servidumbre? Se enseña la afirmativa, con la restricción de que la venta de la herencia no puede causar daño á los derechos de terceros; tal sería el caso si antes de la venta yo hubiese enagenado

1 Aubry y Rau, t. 3º, ps. 103 y siguientes.

el predio que es de mi propiedad y que estaba libre de toda servidumbre en el momento en que lo vendí (1). Parecéenos que esta decisión es contraria á los principios que acabamos de exponer. Cuando yo vendo uno de los predios, la confusión había extinguido, es cierto, la servidumbre; pero según los términos del art. 794, ella *continúa* si se anuncia con algún signo aparente. Es evidente que si ella renace en provecho del adquirente, la venta que yo hago después de la herencia no puede arrebatárle su derecho. Del mismo modo, si el predio que yo enageno fuese el sirviente, el adquirente estaría y seguiría estando gravado con la servidumbre. Pero también cuando la servidumbre no es aparente, subsistirán los efectos producidos por la confusión; la enagenación de la herencia no introducirá ningún cambio. Supongamos ahora que las cosas estén enteras; yo soy todavía propietario del inmueble dominante ó sirviente en el momento en que vendo la herencia que comprende el otro predio: ¿la servidumbre permanecerá extinta, en este caso, ó revivirá? Se pretende que ella revive sea en provecho del adquirente, sea contra él. Esto es demasiado absoluto, á nuestro parecer; hay que aplicar por analogía la disposición del art. 694: la servidumbre renacerá si hay una señal aparente y no renacerá si ella no es aparente. Se supone naturalmente que no hay estipulación expresa; ahora bien, cuando la servidumbre se extingue por confusión, la enagenación voluntaria de uno de los predios no la hace renacer sino cuando hay un signo aparente. Hay, sin embargo, motivos para dudar. En primer lugar, puede decirse que la enagenación de la heredad no es una enagenación del predio dominante ó sirviente que en ella está comprendido; esto es cierto y por eso no hemos invocado más que la analogía, que es incon-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 104 y nota 13, y las autoridades que citan.

testable. En segundo lugar, podría uno prevalerse de los principios que se siguen en la extinción de las deudas y créditos por efecto de la confusión; en caso de venta, cesa la confusión; ¿no debe también cesar en materia de derechos reales? En teoría, y haciendo abstracción de los textos, nosotros habríamos aceptado la asimilación; pero en presencia del art. 694, esto nos parece imposible, porque resulta de esta disposición que, en el espíritu de la ley, la confusión opera un efecto definitivo, á menos que la existencia de un signo aparente haga suponer un convenio tácito.

§ III.—DEL NO-USO.

Núm. 1. Duración de la prescripción.

304. El art. 706 dice que “la servidumbre se extingue por la falta de uso durante treinta años.” Lo que la ley llama falta de uso no es otra cosa que la prescripción extintiva: los que tienen un derecho sea personal, sea real, deben ejercerlo dentro del plazo de treinta años, después de este plazo si se les puede rechazar por la prescripción. El código aplica este principio á las hipotecas (art. 2180), al usufructo (art. 617); debía también aplicarlo á las servidumbres. En materia de servidumbres, hay motivos especiales que justifican la extinción del derecho. Se estipulan las servidumbres no para ventaja de las personas, sino para utilidad de los predios; esta utilidad es permanente, cotidiana. Si el propietario del predio dominante se está treinta años sin ejercer la servidumbre, es de creer que ésta es inútil, que por lo tanto, no tiene razón de ser; nada más legítimo, en este caso, que la presunción de la renuncia en que descansa la prescripción.

305. Decimos que todo derecho real se extingue por la prescripción trentenaria. Este principio no se aplica sino

á los derechos que son un desmembramiento de la propiedad; no se aplica á la propiedad misma, ésta se pierde también por la prescripción, pero para que la haya, no basta que el propietario no haya usado su derecho, se necesita que un tercero haya poseído la cosa durante el tiempo requerido para la prescripción, y se necesita que la posesión presente los caracteres determinados por la ley. Insistiremos sobre este punto en el título de la *Prescripción*. Hay, además, otra diferencia entre la prescripción de la propiedad y la de las servidumbres. El propietario pierde su derecho cuando un tercero posee su predio durante diez ó veinte años con título y buena fe; mientras que en la opinión consagrada por la jurisprudencia, como más adelante lo expresaremos, la usucapión no extingue las servidumbres.

Es, pues, muy importante distinguir si un derecho constituye una propiedad, ó si no es más que uno de esos desmembramientos de la propiedad que se llaman servidumbres. En otro lugar de esta obra (t. VII, núm. 160) hemos dicho que con frecuencia es muy difícil la distinción. ¿El derecho á las segundas yerbas es una servidumbre ó una co-propiedad? Unas veces es una cosa, y otras veces es la otra. Se ha fallado que es un derecho de pasto lo que el art. 688 coloca entre las servidumbres; pero la sentencia se apoya en circunstancias particulares. Este derecho, dice la corte de Caen, tiene origen en una concesión otorgada á las comunas, mediante renta, por los antiguos señores, y ciertamente que contra toda verosimilitud que ellos hayan estado en la inteligencia de que enagenaban una parte del dominio en provecho de los concesionarios. Luego ésta es una simple carga que grava un prado, para uso y utilidad de una comuna, es decir, de una circunscripción territorial, cuyo cultivo se hace con esto más fá-

cil y la explotación más ventajosa (1). A nosotros nos parece que los términos de la sentencia son demasiado absolutos; no puede decirse que todo derecho á las segundas yerbas sea una concesión de los antiguos señores. Por esto es que la corte de casación no ha confirmado la sentencia sino con una reserva; á la vez que aprobando la interpretación que, en el presente caso, habían dado al convenio los jueces de hecho, la corte agrega que el derecho á las segundas yerbas puede recibir una extensión que lo asimile al derecho de propiedad. ¿Qué debe decirse si no hay convenio? En este caso, dice la corte, el derecho á las segundas yerbas no constituye más que una servidumbre de pasto; de ello infiere que el derecho puede extinguirse por el no-uso durante treinta años, pero que no extingue por la prescripción adquisitiva que se llama usucapión (2).

El interés que tienen las partes en prevalerse de los principios que rigen la extinción del derecho de propiedad por la prescripción, es motivo para que traten de representar como un derecho de propiedad lo que en realidad no es más que un derecho de servidumbre. Un propietario al vender una parte de su predio estipuló que tendría derecho para establecer vistas de aspecto, y al mismo tiempo prohibió al adquirente que edificase más acá de cierta distancia. El no usó su derecho durante treinta años, y pretendió entonces que el contrato implicaba la reserva de una parte de su derecho de propiedad. Esto era, evidente, salirse de los términos del contrato; había una simple servidumbre de prospecto, es decir, un derecho susceptible de extinguirse por falta de uso (3).

Se ha fallado lo contrario en un caso en que el derecho

1 Caen, 29 de Julio de 1851 (Daloz, 1853, 2, 157).

2 Sentencia de denegada apelación, de 14 de Noviembre de 1853, (Daloz, 1853, 1, 329).

3 Orleans, 13 de Febrero de 1865 Daloz, 1865, 1, 60).

litigioso parecía ser un derecho al uso del agua de una fuente, es decir, una servidumbre; pero resultaba de los hechos de la causa que era un derecho de co-propiedad. Un manantial brota en un predio; las venas alimenticias se hallan en el predio superior. ¿A quién pertenece el manantial? Al dueño del predio en donde están las venas, esto es claro. El propietario del predio en donde había brotado el manantial estipula un derecho sobre las venas alimenticias, derecho en cuya virtud el propietario superior se veda á sí mismo toda clase de trabajos capaces de disminuir el agua, es más, es dar un derecho sobre las venas mismas, y por lo tanto, un derecho de propiedad en lo de debajo. En realidad, la propiedad estaba compartida; luego había que aplicar los principios que rigen la extinción de la propiedad. Se falló que el derecho no se extinguió sino por el no-uso (1).

306. Todas las servidumbres se extinguen por la prescripción, siendo que sólo las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por la posesión trentenaria. La razón de esta diferencia es muy sencilla: los requisitos para la prescripción adquisitiva, no existen sino para ciertas servidumbres, aquellas cuyo uso [es público y] cuyo ejercicio no tiene la mancha de lo precario; síguese de aquí que las servidumbres no aparentes ó discontinuas no pueden adquirirse por prescripción. Mientras que para la extinción de las servidumbres una sola consideración es suficiente, y es la falta de uso; ahora bien, pueden no usarse toda clase de servidumbres; luego todos son susceptibles de extinguirse por la prescripción.

307. Hay, no obstante, una diferencia entre las servidumbre continuas y discontinuas en lo concerniente al comienzo de la prescripción. Cuando se trata de una ser-

1 Sentencia de denegada apelación, de 13 de Junio de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 447).

vidumbres discontinua dice el art. 707, los treinta años comienzan á contarse desde el día en que se ha cesado de disfrutarla. Estas servidumbres necesitan del hecho actual del hombre para ejercerse; desde el momento en que el hombre no interviene para usarlas, hay no-uso, y por consiguiente debe empezar á correr la prescripción por el no-uso. La aplicación del principio suscita una ligera dificultad. Hay servidumbres cuyo uso es intermitente; si no se usan durante un cierto tiempo, es porque no hay lugar á usarlas. Yo tengo el derecho de paso por tu predio para hacer el corte de mi madera; la madera se corta cada diez años; en el intervalo de uno á otro corte, yo no paso, porque ningún interés tengo para ello; hay que decir más, ni siquiera tengo el derecho. Se pregunta si el plazo de treinta años comenzará á contarse desde el día en que yo pasé por la última vez para hacer el corte. Esto sería lo que se llama una interpretación jurídica del texto; fijarse en la letra de la ley para violar su espíritu. Nó; el plazo de treinta años no correrá sino desde el nuevo corte que yo debo hacer, si entonces yo no paso por tu predio. En vano se diría que yo he “cesado de disfrutar” desde el último corte; es verdad que yo he cesado de pasar durante diez años; ¿quiere decir esto que durante esos diez años yo he cesado de disfrutar? Yo no podría gozar, y ni derecho á ello tenía; y mi derecho de disfrutar no se ejercerá sin al hacer el nuevo corte; si entonces yo no uso la servidumbre, podrá decirse que *cesa de disfrutarse*. Si el texto dejara alguna duda, el espíritu de la ley la disiparía. La falta de uso implica una renuncia; y ¿puede decirse que yo renuncio á mi derecho al no ejercitarlo, cuando no tengo derecho para ello? (1).

308. Cuando se trata de servidumbres continuas, los

1 Demolombe, t. 12, p. 565, núm. 1013. Aubry y Rau, t. 3º, p. 104 y nota 14; t. 2º, p. 90, nota 3.

treinta años comienzan á correr, según el art. 707, desde el día en que se ha hecho un acto contrario á la servidumbre. Estas servidumbres se ejercen sin el hecho actual del hombre, art. 688, por sí mismas, por todo el tiempo que los sitios permanecen en el estado de donde resulta la servidumbre. Así es que los derechos de derrame, de vista se ejercen por el hecho solo de que el techo de la casa avanza hacia el predio vecino, por el hecho solo de que existe una ventana; lo mismo pasa con las demás servidumbres afirmativas. Si la servidumbre consiste en no hacer, por ejemplo en no edificar, ella se ejerce también por sí misma por el hecho solo de que el propietario del predio sirviente no edifica, ó no hace lo que la servidumbre le prohíbe que haga (1).

Hay alguna dificultad para las conducciones de agua que se ejercen mediante una compuerta que el propietario del predio sirviente debe abrir para que corra el agua. ¿No debe decirse, en este caso, que la existencia de la compuerta es insuficiente para el ejercicio de la servidumbre? ¿Si la compuerta permanece cerrada treinta años, puede decirse que el propietario del predio dominante usa la servidumbre? Y si realmente no la usa ¿no debe concluirse que los treinta años comienzan á correr desde el día en que la compuerta ha dejado de abrirse? La objeción la ha hecho un jurisconsulto eminente (2), prueba que hasta los mejores entendimientos se engañan alguna vez, y el error proviene las más de las veces de que se descuida el texto. Basta leer el art. 688 para convencerse de que el derecho de conducción de agua es una servidumbre continua; por lo mismo debe aplicarse el artículo 707 y decidir que el derecho se conserva por todo el

1 Metz, 6 de Junio de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 150).

2 Duprest, profesor en la universidad de Lieja. "De la modificación de las servidumbres por la prescripción." ("Revista de derecho francés y extranjero," 1846, t. 3º, ps. 828 y siguientes).

tiempo que no se ha hecho acto contrario á la servidumbre; ahora bien, el hecho de no abrir la compuerta no es ciertamente un acto contrario á la servidumbre, sino una intervención accidental del hombre en el ejercicio de la servidumbre, lo que no impide que ésta se ejerza por sí misma, puesto que es continua. En definitiva, la objeción tendería á hacer del derecho de conducción de agua una servidumbre discontinua (1).

Para que la prescripción comience á correr, se necesita un *acto* contrario á la servidumbre, es decir, un hecho que impida su ejercicio. Síguese de aquí que una notificación que hiciese el propietario del predio sirviente al del dominante no haría que corriese el plazo de treinta años; en efecto, la notificación no es un *acto* que impida el ejercicio de la servidumbre, es una manifestación de voluntad, una protesta contra el derecho del vecino, á pesar de esta protesta el derecho puede ejercerse, y por todo el tiempo que, legalmente hablando, el propietario del predio dominante use de su derecho, no puede ser cuestion de extinción de su derecho por el no-uso. El predio dominante tiene un derecho de vista; la ventana por la cual se ejerce la servidumbre está tapiada, desde ese momento deja de ejercerse la servidumbre, luego comienza el no-uso. Si la servidumbre consiste en no edificar, hay acto contrario cuando el propietario del predio sirviente edifica. Si se trata de una conducción de agua, habrá acto contrario si la compuerta se ha cerrado de modo que ya no pueda abrirse, ó cuando se ha obstruido el canal, ó se han quitado los tubos (2).

309. Tales son los principios establecidos por la ley. La aplicación se hace sin dificultad alguna á las servidum-

1 Pardessus, t. 2º, p. 163, núm. 308. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 253, núm. 367.

2 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 252, núm. 367. Demolombe, t. 12, p. 562, núm. 1010. Aubry y Rau, t. 3º, p. 105, nota 16.

bres discontinuas. En tanto que la servidumbre se ejerza por quien quiera que sea, la prescripción no comienza á correr. No hay, pues, que confundir el uso de la servidumbre que está constituida, con los hechos de posesión que hacen adquirir ciertas servidumbres. El hecho material del uso del derecho es suficiente para que se conserve la servidumbre; no es necesario que sea ejercida por el propietario del predio dominante, ó por los que tienen calidad para representarlo en su goce. Si pasare un jornalero por el predio sirviente, ó un amigo y hasta un extraño para una simple visita, habría ejercicio del derecho de paso lo que es suficiente para que la servidumbre no se extinga por la falta de uso.

Pardessus hace notar que bastaría el ejercicio material, que no se podría argüir el uso ó la posesión de lo precario ó de familiaridad. Hay una sentencia que parece decidir lo contrario. De hecho se había suprimido un sendero de paso, porque éste se había hecho inútil á causa de cambios ocurridos en el estado de los sitios, tales como reunión de terrenos, construcción de cosas, apertura de nuevas vías de comunicación. Sin embargo, había habido actos de paso, aunque escasos. Los jueces del hecho los descartaron calificándolos de actos de pura tolerancia insuficientes para la conservación del derecho de paso. Esta decisión fué confirmada por la corte de casación, por motivo de ser una apreciación soberana que escapaba á su censura (1). La sentencia, por lo menos, está mal redactada. Desde luego la cuestión de saber cuál debe ser el carácter de los actos de uso alegados para probar la conservación de la servidumbre no es una cuestión de hecho, sino de derecho, como muy bien lo expresa Pardessus. ¿La posesión para conservar debe tener los mismos caracteres que la posesión

1 Sentencia de denegada apelación, de 23 de Julio de 1860 (Dalloz, 1861, 1, 111). Pardessus, t. 2º, p. 144, núm. 302.

para adquirir? Tal era la dificultad; ésta consiste en derecho y no en hecho. Se podía sostener, en el caso de que se trata, que estaba extinguida la servidumbre por haberse hecho completamente inútil, y porque algunos actos de tolerancia no probaban que todavía existiese. La objeción se refiere al art. 703. Cuando se invoca el no-uso durante treinta años, se supone que la servidumbre existe todavía de derecho; por lo mismo, el uso, que de ella se ha hecho es el ejercicio de un derecho, y ¿cómo el ejercicio de un derecho había de ser un acto de pura tolerancia? Esto es contradictorio en sus términos.

Del principio de que un acto material es suficiente para conservar la servidumbre se sigue que el hecho simple de la falta de uso es también suficiente para que aquella se extinga, por más que la negligencia no provenga del propietario del predio dominante. Es un usufructuario ó un arrendatario el que se descuida de ejercer la servidumbre de paso; si él no pasa durante treinta años, la servidumbre se extinguirá. Podría objetarse que falta la presunción de renuncia en que se funda la extinción por el no-uso; que el propietario perderá su derecho, no porque pretenda renunciarlo, sino por la negligencia y la culpa de los que ocupan el predio. Una sola cosa hay que contestar á la objeción, pero la respuesta es perentoria, y es el texto; éste no exige más que el hecho material del no-uso, y no subordina la extinción á la voluntad de renunciar; la doctrina es la que ha dado esta explicación, pero una explicación doctrinal no es una condición. Esto es decisivo (1).

310. Pothier dice que el acto contrario á la servidumbre continua, en el cual se funda la servidumbre extintiva debe reunir las condiciones generales de toda posesión: preciso es, dice él, que se haya ejecutado *nec vi, nec clam*,

1 Parçessus, t. 2º, p. 160, núm. 307. Duranton, t. 5º, p. 674, número 684. Demolombe, t. 12, p. 534, núm. 995.

nec precario. Por ejemplo, un predio está gravado con la servidumbre de prospecto, que me veda hacer construcciones y plantaciones. Yo planto unos árboles que hacen daño á la belleza de la perspectiva; pero doy por escrito una promesa de no conservarlos sino en tanto que el propietario del predio dominante quiera permitirlo; la servidumbre no se extinguirá, aunque las plantaciones hayan subsistido durante treinta años. Mi billete, dice Pothier, hace precario aquel hecho respecto al predio dominante (1). A primera vista podría creerse que hay contradicción entre la doctrina de Pothier, concerniente á las servidumbres continuas, y la opinión general que acabamos de enunciar en lo que atañe á la conservación de las servidumbres discontinuas. Con tal de que haya un acto cualquiera de posesión, hemos dicho, hay uso de la servidumbre y la prescripción no corre. Mientras que para las servidumbres continuas, exigimos con Pothier que el acto contrario á la servidumbre sea un acto público, que no esté manchado con la nota de precario ni de violento. Hay una razón para esta diferencia. El que usa una servidumbre de paso ejercita un derecho, lo que excluye todo pensamiento de violencia y de precaridad. Pero el que planta en un predio, reconociendo que lo hace por tolerancia, no ejecuta un acto contrario al derecho del propietario de la heredad dominante; lejos de eso, su billete es una nueva confesión de la servidumbre; el reconocimiento de la servidumbre quita á la plantación el caracter que tendría sin la confesión; puesta en relación con dicha confesión la plantación no es un acto contrario á la servidumbre, luego ne podría haber prescripción.

311. ¿Es preciso que el acto contrario á la servidumbre

1 Pothier, "Introducción al tít. XIII de la costumbre de Orleans," núm. 20. Demolombe, t. 12, p. 558, núm. 1007.

haya sido llevado á cabo por el propietario del predio gravado? La ley no lo exige, y esto decide la cuestión. El art. 707 dice: "si se ha ejecutado un acto contrario á la servidumbre." Basta, pues, que el acto sea contrario, importando muy poco de quien emane. Pardessus objeta que siendo el *hecho contrario* una contradicción al derecho del propietario del predio dominante, implica una denegación de sufrir el ejercicio de la servidumbre; que resulta, pues, de la naturaleza misma de dicho acto, que debe emanar del propietario del predio sometido. Esta interpretación se sale de los límites de la ley, porque no es exacto decir que el *acto contrario* sea negarse á sufrir el ejercicio de la servidumbre. El *acto contrario* es para las servidumbres continuas lo que el hecho de *cesar de gozar* es para las discontinuas; se exige únicamente á fin de comprobar el *no-uso* de la servidumbre. Ahora bien, la falta de uso no supone contradicción ninguna por parte del propietario del predio sirviente, basta que no se haya ejercido la servidumbre. Por la misma razón, no es necesario que el acto contrario sea ejecutado por el propietario del predio dominante; únicamente que el hecho tendrá una fuerza mayor aún si emana de aquél á quien se debe la servidumbre, puesto que entonces implica una abdicación de la servidumbre, lo que la ley supone; en efecto, cuando hay extinción por la falta de uso. Pero repetamos que la ley no lo exige. Aun cuando el acto fuese de un tercero que obrara sin derecho alguno, habría, no obstante, un *acto contrario*, en el sentido de que habría comprobado que la servidumbre no es ejercida, lo que es suficiente para que corra la prescripción. Esto no está siquiera en oposición con la presunción de renuncia que la doctrina acepta en caso de falta de uso; porque al dejar subsistir el acto contrario á su derecho, el propietario del predio dominante se lo apropia, como si él mismo fuese el autor; en efecto,

sólo de él depende destruir dicho acto, y si lo mantiene es porque no quiere usar la servidumbre. En este sentido hay renuncia (1).

Se ha fallado que el acto contrario que sirve de punto de partida á la prescripción de las servidumbres continuas puede ser un acontecimiento de fuerza mayor. Era-se el caso de una servidumbre de conducción de agua; la corriente se había desviado naturalmente, sin hecho alguno del propietario de la heredad sirviente; éste púsose en posesión del cause desecado. ¿En los hechos caracterizados de esa manera había un *acto contrario* á la servidumbre? La corte de casación decidió que la ley no exigía, por parte del propietario del predio sirviente, un hecho personal y físico para oponerse al ejercicio de la servidumbre (2). A primera vista, créíase que la corte ha confundido el caso de la extinción por falta de uso, previsto por los arts. 706 y 707, con el caso de imposibilidad de usar la servidumbre, previsto por el art. 703. En el fondo, poco importa, al menos en la opinión que hemos enseñado nosotros, puesto que la imposibilidad de usar, cuando sólo es temporal, está regida por los mismos principios que el no-uso (núms. 294 y siguientes). Como en el caso de que tratamos, la desviación del curso del agua era obra de la naturaleza, podía decirse que había imposibilidad de usar más bien que no-uso. En realidad, dependía del propietario del predio dominante restablecer el curso primitivo del agua, luego podía usar y no usaba, lo que es el caso previsto por el art. 706. Bajo el punto de vista de los principios, la corte ha fallado muy bien. El art. 707 es aplicable desde el momento en que se comprueba que

1 Durantou, t. 5º, p. 675, núm. 685. Demolombe, t. 12, p. 559, número 1009. Aubry y Rau, t. 3º, p. 105 y nota 17. Compárese Pardessus, t. 2º, p. 164, núm. 308.

2 Sentencia de casación, de 20 de Diciembre de 1847 (Daloz, 1848, 1, 13).

la servidumbre no se ejerce á causá de un hecho contrario á la servidumbre.

312. El no-uso debe durar treinta años. Puesto que es una prescripción extintiva, debe decidirse que se puede suspender por las causas generales que suspenden la prescripción liberatoria, y que puede ser interrumpida por las causas que la interrumpen según el derecho común. El asiento de esta materia se halla en el título de la *Prescripción*. Por el momento nos limitamos á hacer notar que la prescripción de las servidumbres discontinuas exige que no haya ningún acto de uso durante treinta años, de suerte que un solo hecho de pasar durante este lapso de tiempo sería suficiente para interrumpir la prescripción, y este hecho podría probarse por medio de testigos, puesto que se trata de un hecho material. Esto será lo que establezcamos en el título de las *Obligaciones*. Cuando la servidumbre es continua, el propietario tiene treinta años para reclamar contra el acto que comprueba el no-uso de la servidumbre. Y si no hay acto contrario, la prescripción no corre; aun cuando el propietario del predio sirviente hubiese poseído su predio durante treinta años sin que la servidumbre haya sido ejercida de hecho, la compuerta de una conducción de agua, por ejemplo, no habiéndose abierto en ese lapso de tiempo, aquél no podría invocar la prescripción; en efecto, él no ha poseído un predio libre de todo gravamen, puesto que la servidumbre continua se ejerce por sí misma, legalmente hablando.

313. ¿Qué se debe resolver si la servidumbre nunca se ha ejercido? Es claro que al cabo de treinta años se había extinguido por la prescripción. ¿Pero desde qué momento comenzará á correr? Ninguna dificultad existe cuando la servidumbre es discontinua. La servidumbre existe desde el momento en que se constituye, y desde ese instante el propietario del predio sirviente puede pasar, si

no pasa está en los términos del art. 707; así, pues, la prescripción correrá desde el día en que se estableció la servidumbre. En cuanto á las servidumbres continuas que consisten en no hacer, no puede decirse que el no-uso comience desde el día en que se estipula la servidumbre, porque se ejercen por sí mismas por todo el tiempo que el propietario del predio sirviente no hace lo que la servidumbre le prohíbe que haga. Quedan las servidumbres continuas que consisten en un estado de los sitios, tales como la existencia de un techo para una servidumbre de desagüe ó de ventanas practicadas en una pared para una servidumbre de vista. Precisa distinguir si la servidumbre se ha establecido para una casa por construir ó si la casa en cuyo provecho se estipula la servidumbre está ya construida. En el primer caso, la servidumbre todavía no existe, puesto que no hay predio dominante. Así es que no se está en la hipótesis prevista por los arts. 706 y 707; no puede tratarse de usar una servidumbre cuando no hay predio dominante, y es imposible hacer acto contrario á una servidumbre que no existe. ¿Quiere decir esto que el derecho de servidumbre que se ha estipulado no se extinguirá por la prescripción? Todo derecho se extingue por la prescripción extintiva, luego también el derecho de servidumbre. La dificultad consiste en saber desde qué momento comenzará á correr la prescripción. El que ha estipulado la servidumbre permanece treinta años sin edificar; ¿se extinguirá la servidumbre? ó por mejor decir, ¿prescribirá el derecho á la servidumbre? Se ha fallado que hay prescripción, y nosotros creemos que la decisión está de conformidad con los verdaderos principios (1) En efecto, la prescripción de todo derecho comienza á correr desde el momento en que el derecho existe, y el derecho á

1 Sentencia de denegada apelación, de 18 de Noviembre de 1863 (Daloz 1861, 1, 120). Orleans, 16 de Febrero de 1865 (Daloz, 1865, 2, 60).

la servidumbre existe desde el instante en que se estipula, lo que decide la cuestión. Se objeta que en el caso se trata de un derecho condicional, y la prescripción no corre respecto á los derechos que dependen de una condición, hasta que ésta tenga lugar (art. 2257). La corte de casación contesta que el derecho á la servidumbre no es condicional cuando el que lo ha estipulado puede construir inmediatamente y ejercer su derecho. Habría condición si yo estipulara en provecho de tal ó cual predio para el caso en que yo fuera propietario: la existencia de la servidumbre depende entonces de un acontecimiento futuro é incierto, por lo que es condicional. Pero cuando siendo propietario de un terreno estipulo una servidumbre para el edificio que me propongo levantar, nada hay de incierto ni de eventual; yo puedo edificar inmediatamente, luego de mi voluntad depende únicamente que yo use de mi derecho; en este sentido mi derecho es actual, existe, y en consecuencia, puede extinguirse.

¿Sucedería lo mismo si se estipulase una servidumbre de vista en provecho de una casa ya edificada? El propietario permanece treinta años sin abrir ventanas ¿su derecho se extingue? ¿ó no comenzará á correr la prescripción sino cuando él haya ejecutado un acto contrario á la servidumbre? Existe una diferencia entre esta hipótesis y la que acabamos de examinar. En el caso presente hay una servidumbre, supuesto que hay un predio dominante, que es la casa en cuyo provecho se ha estipulado el derecho de vista. Luego estamos en el caso previsto por el art. 706. ¿Quiere decir esto que sea necesario aplicar el art. 707 y exigir un acto contrario para que la prescripción comience á correr? No lo creemos así. Si el art. 707 exige un acto contrario es para que conste que no se ha ejercido la servidumbre; y ¿se necesita un acto para que conste que el propietario no ejerce el derecho de vista, cuando él no

practica ventanas? Este hecho negativo es la prueba mejor de la falta de uso. Por otra parte ¿es concebible que se ejecute un acto contrario á la servidumbre de vista en tanto que sea imposible el uso de esta servidumbre por falta de ventanas? No siendo aplicable el art. 707, se vuelve al derecho común del art. 2262; la prescripción correrá contada desde el establecimiento de la servidumbre.

314. El art. 706 sólo habla de la prescripción trentenaria; ¿quiere decir esto que excluya la prescripción de diez y veinte años? El que ha adquirido á justo título y de buena fe, como libre de toda carga, un predio gravado en realidad con una servidumbre, y lo posee libre durante diez ó veinte años ¿adquiere la franquicia de dicho inmueble? La cuestión es muy controvertida. Nosotros creemos que la usucapión emancipa al inmueble de las cargas reales que lo gravan. Esto puede acontecer en dos casos. Yo compro un inmueble de manos de su propietario; el inmueble está gravado con servidumbres que el vendedor no declara y que, por consiguiente, yo ignoro. Si yo poseo el inmueble, libre de todo gravamen, durante diez ó veinte años, habrá usucapido la libertad del inmueble. En teoría, esta doctrina es conforme á los principios que rigen la prescripción; si yo puedo usucapir la propiedad por diez y veinte años ¿por qué no he de poder usucapirla toda ella, es decir, libre de todo derecho real? Se prescribe lo que se posee, y yo poseo un inmueble exento de toda servidumbre, por lo que adquiero un inmueble en toda propiedad. Sucede lo mismo en la segunda hipótesis: yo adquiero un inmueble de quien no es su propietario con justo título y buena fe; el inmueble está gravado con servidumbres cuya existencia me es desconocida; después de diez ó veinte años, yo habré usucapido la propiedad del inmueble. En este caso, los principios aparecen todavía más evidentes; si yo puedo prescribir el derecho del

propietario ¿por qué no había de poder prescribir el derecho de quien no posee más que un desmembramiento de la propiedad? ¿Permiten los principios que se divida la posesión? Suficiente ésta para repeler la acción de reivindicación, ¿se concibe que sea insuficiente para repeler la acción confesoria?

Pero la cuestión no lo es de teoría. Se necesita un texto para que pueda admitirse una prescripción cualquiera; luego el texto del código es lo que debe decidir la dificultad. Podemos, desde luego, invocar el art: 2265, por cuyos términos “el que adquiere de buena fe y por justo título un inmueble, prescribe su *propiedad* por diez ó veinte años.” La propiedad es el derecho absoluto, ilimitado, tal como la define el art. 544, es decir, la propiedad entera; ésta es la que yo poseo, luego la he usucapido. El artículo 2265, por si solo, no es decisivo, y hay que ver si el legislador le presta la inteligencia que le damos; se necesita un texto que pruebe que se ha usucapido la libertad del predio, del mismo modo que se usucapa la propiedad. Este texto existe: el art. 2180 admite la prescripción extintiva por diez ó veinte años de las hipotecas, cuando el predio está en manos del detentor; luego la ley asimila la prescripción de la hipoteca con la prescripción de la propiedad. He aquí, pues, una aplicación del art. 2265. Luego queda probado por el texto mismo del código que los derechos reales se extinguen por la prescripción de diez ó veinte años. La doctrina acude en apoyo de esta argumentación, porque admite que el usufructo se extingue por usucapición: si el que posee durante diez ó veinte años prescribe las hipotecas y el usufructo, ¿por qué no había de prescribir las servidumbres? Siendo la regla que el artículo 2266 se aplique á los derechos reales, se necesitaría que hubiese una excepción respecto á las servidumbres.

Se pretende que esta excepción resulta de los principios y del texto de la ley.

La usucapión es una prescripción adquisitiva que descansa en la posesión. Es, pues, preciso que el poseedor haya poseído lo que pretende que ha prescrito. ¿Acaso el que posee un inmueble como libre de todo derecho real posee este derecho contra aquél á quien éste pertenece? Sí, si se trata del usufructo, porque el poseedor disfruta como propietario durante diez ó veinte años, lo que excluye el goce del usufructuario; luego puede decirse que él adquiere este goce. Pero se pretende que esto no puede decirse de las servidumbres: yo no ejerzo los derechos que pertenecen al propietario de la heredad dominante, luego nada poseo contra él, y por lo tanto, nada puedo adquirir por la prescripción extintiva; únicamente puedo prevalerme de la prescripción extintiva, y ésta es de treinta años, según el art. 706. Se puede contestar, teóricamente, que él que posee la propiedad, posee por esto mismo los diversos desmembramientos de aquélla; poseyendo libre su predio, posee con esto contra los que pretenden que no es libre, luego puede invocar la prescripción adquisitiva. Hay una respuesta más perentoria en una materia que exige textos, y es que el art. 2180 consagra la extinción de las hipotecas por la prescripción de diez ó veinte años; y ciertamente que no se puede decir que el tercer detentor posee el derecho de acreedor hipotecario; si, no obstante, la ley admite que su posesión extingue el derecho del acreedor hipotecario, es porque en la teoría del código la usucapión hace que se adquiera la propiedad plena é íntegra, es decir, libre de todo derecho real.

Se pretende que hay un texto que rechaza la interpretación que estamos dando al código, y es el art. 2261, por cuyos términos “las reglas de la prescripción sobre otros

efectos que no sean los mencionados en el presente título se explican en los títulos que les son propios." Esta disposición es la que nos ha hecho desechar la prescripción adquisitiva de las servidumbres por usucapición; por la misma razón, dicen, debe desecharse la usucapición como prescripción extintiva, porque en el título de las *Servidumbres*, el legislador determina lo concerniente á la extensión de las servidumbres por prescripción tanto como lo que concierne á su adquisición; ¿y cuál es el sistema del código? Para adquirir las servidumbres, así como para extinguirlas, la ley exige la prescripción trentenaria (arts. 690 y 706). He allí un sistema completo, que según el artículo 2264, separa la aplicación de las reglas generales sobre la prescripción. El argumento es muy serio y el único que á nuestro juicio, hace dudosa la cuestión. Si para la adquisición de las servidumbres hemos admitido la aplicación del art. 2264, es porque el código consagra realmente un sistema especial en esta materia al exigir la posesión de treinta años; hay en esto una derogación del art. 2265. No puede decirse otro tanto de la extinción de las servidumbres; el art. 706, lejos de establecer una excepción del derecho común no hace más que aplicar á las servidumbres el principio general del art. 2262. Aplicando el derecho común en lo concerniente á la prescripción liberatoria de treinta años, él no puede excluir el derecho común en lo concerniente á la usucapición. De cualquiera manera que sea, no se nos puede oponer el art. 2264, porque esta disposición, al remitir á los títulos que les son propios las reglas establecidas sobre otros objetos que los que se mencionan en el título de la *Prescripción*, supone que estos títulos contienen principios particulares.

Hay un argumento que nos parece decisivo en favor de esta interpretación y es la tradición. Los autores del código han seguido la costumbre de París, y ésta continúa

una disposición análoga á la del art. 706 del código civil, que decía: "Se puede readquirir la libertad contra el título de servidumbre por treinta años." Otra disposición de la costumbre (144) consagraba la usucapión en provecho de quien había adquirido heredad ó renta á justo título y de buena fe: éste es nuestro art. 2265. El sistema de la costumbre es, pues, idéntico al del código Napoleón; supuesto que el código no hace más que reproducir la doctrina tradicional, hay que interpretarlo en el sentido de la tradición. Pothier va á darnos el comentario auténtico de la legislación moderna: La prescripción de treinta años dice él, de que se habla en el art. 186 (art. 706 del código civil), es la prescripción á efecto de librarse que resulta únicamente del no-uso de la servidumbre, y que hace que adquieran la liberación aun aquellos que las hubiesen constituido ó á sus herederos; sólo de esta especie de prescripción es de lo que se habla en el art 186 (706), que *nada tiene de común* con la prescripción del art. 114 (2265), que resulta de la posesión que un adquirente de buena fe ha tenido de una heredad que ha poseído como exenta de los derechos de servidumbre de que estaba gravada" (1). Así es que la prescripción trentenaria del art. 786 *nada tiene de común* con la usucapión del art. 2265; luego la primera no puede excluir á la segunda.

Por último, todavía puede uno prevalerse, á favor de nuestra opinión, del art. 1665, que ya hemos indicado en el título del *Usufructo* (t. VII, núm. 90).

La jurisprudencia casi está unánime en favor de la opinión contraria; sí, á pesar de esto, hemos discutido la cuestión, es porque somos del parecer de la corte de Nancy, que dice, en una sentencia muy bien motivada: "Non exem-

1 Pothier, "De la prescripción," núm. 139.

plis sed legibus judicandum est" (1). Los autores están divididos (2).

Núm. 2. De la prueba.

315. La prueba de la extinción de las servidumbres por falta de uso origina nuevas dificultades. Hay un principio aceptado por todos y que no podría ponerse en duda: el código nada dice de la prueba en el título de las *Servidumbres*; por lo mismo se atiende á las reglas generales sobre las pruebas, tales como están establecidas en el título de las *Obligaciones*; pero el sentido de estas reglas y su aplicación son una de las materias más difíciles del derecho. No hay otra que sea más elemental como la que está escrita en el art. 1315; al actor corresponde probar el fundamento de su demanda, y el reo se vuelve actor en cuanto á la excepción que él opone á la demanda contra él formulada. Esta regla tiene su aplicación á los derechos reales. También hay general acuerdo en hacer recaer la prueba en el que pretende tener derecho á una servidumbre; pero cuando se interroga á los autores y á las sentencias sobre los motivos de sus decisiones, se encuentran tantas opiniones como opinantes. De aquí una incertidumbre grande sobre los verdaderos principios: vamos á procurar establecerlos. Debemos distinguir entre las servidumbres continuas y discontinuas.

1 No vamos á citar más que las sentencias de la corte de casación que contienen una exposición de principios. Sentencia de denegada apelación, de 20 de Diciembre de 1836 (Daloz, *Servidumbre*, número 1238 1°); sentencias de casación, de 31 de Diciembre de 1845 (Daloz, 1846, 1, 39), y 14 de Noviembre de 1843 (Daloz, 1853, 1, 328). La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está de acuerdo. Lieja, 10 de Julio de 1842, y 30 de Noviembre de 1843 (*Pasierisia*, 1842, 2, 316, y 1844, 2, 99). Compárese Bruselas, 3 de Enero de 1849 (*Pasierisia*, 1850, 2, 83). En el sentido de nuestra opinión, Naney, 14 de Marzo de 1842 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1238).

2 Véanse los autores citados en Aubry y Rau, t. 3°, p. 106, nota 23 (Demolombe, t. 12, p. 550, núm. 1004, y Daloz, *Servidumbre*, número 1238).

316. Si se trata de una servidumbre continua de la que pretende eximirse el propietario del predio sirviente por medio del no-uso, entonces no hay la menor duda; en todo caso á él corresponde rendir la prueba de la extinción. Déjase entender que cuando él es actor, entonces se está en la letra del art. 1315. Lo mismo es si el propietario del predio dominante es el actor. A él le incumbe la prueba pero ¿de qué? No se pone en duda que haya existido la servidumbre, sino que el debate gira sobre la extinción; ¿acaso corresponde al actor probar que él ha usado de su derecho? Para que haya lugar á debate, hay que suponer que el título tiene más de treinta años de fecha. Podría decirse que en tal caso no basta producir un título, que también se debe probar que se ha ejecutado el título. En efecto, si el título no ha recibido ninguna ejecución, se extinguirá al cabo de los treinta años. A decir verdad, esta hipótesis no es la del art. 706, sino la del 2262. Yo he estipulado una servidumbre de desagüe para una casa por edificar, y la tal casa nunca se ha edificado, ó una servidumbre de vista, y nunca practiqué ventanas; si yo quiero usar de mi derecho al cabo de treinta años, en vano aduciré un título, porque lo desecharán por la prescripción; en este caso no hay debate posible acerca del no-uso supuesto que la servidumbre jamás ha existido de hecho; no puede haber cuestión de no-uso cuando jamás lo hubo.

Pero si se ha ejecutado el título y si hay un acto contrario á la servidumbre que haya impedido el uso, el propietario del predio dominante que quiere hacer uso de su derecho ¿deberá probar que éste no se ha extinguido? El es actor: luego debe probar el fundamento de su derecho; ¿cuál es este fundamento? El título; pero no se pone en tela de juicio. ¿Deberá probar que él ha usado la servidumbre? Esta prueba resulta de la ejecución del título; en efecto, la servidum-

bre es continua, se ejerce por sí misma, por lo que su uso queda probado por el hecho solo de que el título es aducido y porque es patente que se ejecutó el título. Así es, que el actor ha rendido la prueba que le incumbe; al reo, al propietario del predio sirviente coraespone probar que la servidumbre está extinguida por la falta de uso. Esto supone que se ha ejecutado un acto contrario á la servidumbre; al demandado que opondrá esta excepción atañe probar que se ha ejecutado un acto contrario á la servidumbre y que subsiste desde hace treinta años. Si el propietario del predio dominante sostuviera que el acto no es contrario á su derecho porque se verificó por tolerancia, tócale á él probar el fundamento de esta nueva excepción (1).

317. Las servidumbres discontinuas exigen el hecho actual del hombre para ejercerse. Resulta de aquí una diferencia en cuanto á la prueba. Distínguese si el que pretende tener un derecho de servidumbre está ó nó en posesión. Si está en posesión, este hecho unido á su título, por antigua que sea la fecha, lo dispensa de toda prueba aun cuando fuese actor; él puede invocar la presunción establecida por el art. 2234: "El poseedor actual que prueba haber poseído anteriormente se presume que ha poseído en el tiempo intermedio, salvo la prueba contraria." Así, pues, su contrario es quien debe rendir la prueba contraria á esta presunción; es decir, que él debe probar que en el tiempo intermedio, el propietario del predio dominante no ha poseído, y que la falta de uso ha durado treinta años. Si por el contrario, el que pretende tener una servidumbre no está en posesión en el momento en que reclama su derecho no es suficiente con que produzca su título, si este título tiene más de treinta años. En este punto la naturaleza de la servidumbre ejerce influencia en la prueba. La

1 Pardessus, t. 2º, ps. 166 y siguientes, núm. 303.

servidumbre discontinua no se ejerce por sí misma; la producción del título no prueba, pues, el uso de la servidumbre; de aquí se deduce que como nada prueba qué actos haya poseído, tócale á él probar que sí ha poseído; su contrario nada tiene que probar.

Esta doctrina está aceptada por los autores y por la jurisprudencia. Sin embargo, se ha combatido ante la corte de casación por el procurador general Delangle (1). Apoyándonos en la autoridad de este excelente jurisconsulto será como expongamos nuestras dudas y objeciones. A nosotros nos parece que en la opinión generalmente adoptada se deroga el principio elemental escrito en el artículo 1315, de dispensar al actor que haga la prueba para hacerla recaer en el demandado, y no se alegan otros motivos para justificar esta derogación que las presunciones que no están escritas en la ley.

Merlín ha sido el primero que invoca la presunción formulada por el art. 2234 (2). A nuestro juicio, él la extiende. Yo tengo un título que tiene más de treinta años de fecha, y tengo la posesión; nada tengo que probar. Nosotros oceptamos la decisión, pero rechazamos la presunción del art. 2234 en la cual se funda. Esta disposición supone que el poseedor actual *pruebe* haber poseído anteriormente. Ahora bien, ¿cómo rinde la prueba en la doctrina de Merlín? Produciendo su título. ¿Y acaso el título prueba la prescripción? El título establece el derecho que se tiene para ejercer la servidumbre, pero no prueba ciertamente que se haya ejercido este derecho. Luego el actor no está dentro de los términos de la presunción, á su favor no tiene más que su título, porque su posesión actual no

1 Véase el análisis y las condiciones de Delangle, en Dalloz, en la palabra "Prueba," p. 886.

2 Merlín, "Cuestiones de derecho," en la palabra "Uso," pfo. 9º, núm. 3 (t. 16, p. 300), seguido por Demolombe, t. 12, p. 569, núm. 1015, y Aubry y Rau, t. 3º, p. 106 y nota 21.

prueba que haya poseído anteriormente. Nace ahora la cuestión de saber cuál es la fuerza probatoria del título. ¿Es suficiente la producción del título cuando tiene más de treinta años de fecha, para desechar la prueba en el contrario? En nuestra opinión sí, en la opinión general nó. Este es el punto importante del debate, y debemos detenernos en él unos instantes.

Hemos dicho que el que reclama una servidumbre, aun cuando no estuviese en posesión, nada tiene que probar á no ser la existencia de aquel derecho, y que rinde dicha prueba produciendo su título. El título, en efecto, establece que hay una servidumbre. ¿Por qué se rechaza ésta? Vamos á oír las respuestas que se dan en la opinión general, las cuales están muy lejos de concordar; los partidarios de esta opinión realmente no están de acuerdo sino en un punto, y es que todos invocan presunciones que la ley ignora. Escuchemos primero á la corte de casación (1).

El título que produce el actor tiene más de treinta años de fecha, por lo tanto él debe probar que su derecho no se ha extinguido, porque el título se reduce á un no-título: tales son las expresiones de la sentencia. ¿Por qué se extingue el título? Porque ha permanecido sin ejecución, al menos durante los treinta años anteriores á la demanda. ¿Y qué es lo que prueba que el título haya estado sin ejecución? Que el actor no tiene la posesión actual, dice la corte, luego no puede prevalerse de la presunción del art. 2234. Evidentemente que no puede; ¿pero qué es lo que esto prueba? Que no tiene á su favor más que su título. ¿Por

1 Sentencias de denegada apelación, de 15 de Febrero de 1842 (Daloz, "Prueba," núm. 52), y 6 de Febrero de 1833 (Daloz, "Prescripción," núm. 315); sentencia de denegada apelación, de 3 de Abril de 1833, 11 de Junio de 1834 y 3 de Junio de 1855, (Daloz, "Uso," núm. 190, 2^o y 4^o). Compárese Bruselas, 13 de Agosto de 1846 (*Pasajista*, 1848, 2, 278).

qué decide la corte que este título se convierte en un *no-título*? ¿Por presumir que el actor no ha poseído, se puede inferir que no ha poseído? En esto viene á parar el razonamiento de la corte y de Merlin. Nosotros contestamos desde luego con Delangle: El actor no tiene que probar más que una cosa, su derecho, y hace esta prueba al producir su título. No puede reducirse á la nada este título sino cuando se prueba que no se ha puesto en ejecución, que no se ha usado durante treinta años; esto es ciertamente una excepción que se opone al actor; luego al demandado, que es el que pretende que el título se ha extinguido por el no-uso, es á quien corresponde probarlo. Añadamos que la corte y Merlin crían una presunción de hecho contra el que produce su título cuando no posee. El promotor fiscal Lasagui nos cita á Pardessus, y ¿qué dice Pardessus? Cuando el título tiene más de treinta años no es suficiente para probar el derecho del actor, porque éste puede haber pedido su derecho por el no-uso; esto mismo es *presumible*, puesto que no disfruta en el momento en que reclama (4). Hé aquí la *presunción*. ¿en dónde se halla escrita? Esta es una simple probabilidad que el actor podría combatir con otras probabilidades. Remitimos este debate al legislador, él sólo puede crear presunciones fundándose en probabilidades. En cuanto á las presunciones imaginadas por Merlin y Pardessus las rechazamos, porque la ley no las consagra. Merlin y la corte de casación hacen decir al art. 1234 lo que no dice, al transformar una presunción de posesión en una presunción de no-uso, y Pardessus cría una presunción de no-uso fundada en una simple probabilidad.

Proudhon tiene también su explicación que difiere de la doctrina que acabamos de exponer, por más que del

1 Pardessus, t. 2º, p. 171, núm. 368).

mismo modo venga á parar en decidir la cuestión por medio de presunciones. El invoca el antiguo proverbio "in pari causa possessor potior habery debet". El actor no esta en posesión de la libertad de su predio, luego el demandado nada tiene que probar, y la prueba incumbe al actor (1). Nuestra respuesta es muy sencilla. ¿En dónde se dice que el poseedor nada tiene que probar? La posesión es un puro hecho, y éste no tiene otras consecuencias en derecho que las que la ley le atribuye; ¿y en dónde está la ley que dispense al poseedor de la prueba y la haga recaer en su contrario? Aquí hay una nueva presunción contra el que no posee. El actor tiene un título que prueba su derecho de servidumbre, que prueba por consiguiente, que la heredad del demandado no está libre. ¿Cómo se destruye esta prueba? Por una presunción inherente á la posesión. Rechazamos esta presunción, porque la ley la ignora. Ahora bien, desde el momento en que no hay presunción, quedamos bajo el imperio de los principios formulados por el art. 1315: habiendo probado un derecho el actor, al reo corresponde probar que este derecho está extinguido.

¿Se dirá que esto equivale á forzar al demandado á que rinda una prueba imposible, puesto que consiste en probar que el actor no ha usado de su derecho? Ahora bien, existe un viejo proverbio que dice que jamás puede uno ser obligado á probar una negativa. Señalamos la objeción porque la hacen á cada paso. Uno de nuestros legislas más viejos, Beaumanoir, ha hecho la observación de que no es imposible la prueba negativa, y que es más ó menos difícil; pero como lo ha dicho en nuestro debate el promotor de la corte de casación, la dificultad de una prueba no es una razón para excusarla á aquél á quien

1 Proudhon y Curasson "Tratado de los derechos de uso, t. 11, p. 24, núm. 603.

corresponde rendirla según la ley. Hay, pues, que dejar los tales proverbios que nuestro código no conoce. Quedan en pie los principios que imponen al demandado la obligación de probar el fundamento de su excepción, lo que decide la cuestión contra el poseedor del predio sirviente.

Núm. 3. Efecto de la prescripción.

318. Cuando queda probada la falta de uso durante treinta años, el derecho se extingue; así lo dice el art. 706. Siguese de aquí que aun cuando después de los treinta años el propietario del predio dominante hubiese ejercido la servidumbre, no por ello deja de haberse extinguido. Dicho propietario se halla en la posición del que nunca ha tenido derecho; si continúa ejerciendo la servidumbre extinguida, él podrá adquirir una servidumbre nueva por una posesión trentenaria, siempre que sea continua y aparente, si es discontinua ó no aparente, se necesitará un nuevo título.

319. Este principio recibe, no obstante, una restricción. El hecho de que el propietario sufra el ejercicio de la servidumbre después de extinguida, puede implicar una renuncia á los efectos de la prescripción. El art. 2220 permite que se renuncie á la prescripción adquirida. No es necesario que la renuncia sea expresa; el art. 2221 acepta la renuncia tácita en el caso en que un hecho avanzado por aquél en cuyo provecho se adquiere la prescripción suponga el abandono del derecho adquirido. El código no deroga estos principios en el título de las *Servidumbres*; luego está fuera de duda que el dueño del predio sirviente puede renunciar tácitamente al beneficio de la prescripción por la cual se ha liberado su predio. Pero no hay que creer que todo acto de posesión implique renuncia de su derecho. Toda renuncia es de estricta interpretación; el

que renuncia á la prescripción abdica un derecho, enagena; y difícilmente se puede admitir que el que tiene un derecho, lo enagene. En materia de servidumbre, hay un motivo más para no admitir fácilmente una renuncia, porque su resultado es gravar con servidumbre un predio que estaba exento. Es, pues, preciso que el hecho de que se prevalen contra el propietario del predio sirviente sea de tal naturaleza que no pueda dársele otra significación que la voluntad de renunciar. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en este punto (1).

Núm. 4. Influencia de la indivisibilidad sobre la prescripción.

320. Al exponer los principios generales sobre las servidumbres, hemos dicho que son ellas indivisibles, en el sentido de que no pueden adquirirse ni perderse por partes. Lo son, además, en el sentido de que se deben á cada parte de la heredad dominante, y en que gravan cada parte de la heredad sometida (2). El código consagra algunas consecuencias de la indivisibilidad en materia de prescripción. Antes de exponerlas, recordaremos lo que antes hemos dicho. Existen servidumbres que son divisibles en el sentido de que puede dividirse la utilidad que ellas procuran, así como el gravamen que de ellas resulta, número 281. Si la heredad dominante pertenece pro-indiviso á varios co-propietarios, el goce de uno de ellos impide la prescripción respecto á todos, art. 709. La corte de casación ha aplicado este principio en un caso en que se ponía en duda la indivisibilidad del derecho. Se habían establecido varias fábricas en un canal al que un río procuraba el agua. El canal y la compuerta que las trans-

1 Pardessus, t. 2º, p. 116, núm. 286. Demolombe, t. 12, p. 398, número 795 y p. 572, núm. 1019. Sentencia de casación, de 15 de Mayo de 1856 (Daloz, 1856, 1, 285).

2 Véase el tomo 7º, núms. 156-157.

mitían á los diversos molinos pertenecían en común á los dueños de las fábricas; cada uno empleaba la totalidad del agua y en seguida la transmitía á las fábricas inferiores. En un punto del canal existía una toma de agua en provecho de una ciudad, la cual en 1802 practicó otra nueva. Uno de los dueños de fábricas intentó un pleito contra la ciudad, y lo ganó. En 1853, la ciudad compró una concesión de agua de los herederos de aquél que había mandado suprimir la toma de agua. Entonces pidieron su supresión los demás dueños de fábrica. La ciudad opuso la prescripción, porque la toma de agua existía desde 1802; los actores rechazaron la excepción sosteniendo que la prescripción había sido interrumpida por la acción que uno de los propietarios del canal había intentado contra la ciudad. Aceptada esta defensa por el tribunal de primera instancia, fue desechada por la corte de Lyon.

La corte no pone en duda el principio, porque está escrito en el art. 709; pero dice que no se aplica sino cuando la servidumbre es indivisible por naturaleza; mientras que, en el caso de que se trata la indivisibilidad resultaba del convenio. Su sentencia fué casada. La distinción que hace la sentencia atacada entre la indivisibilidad natural y la convencional es arbitraria; la ley ignora. Como lo expresa muy bien la corte de casación, cada uno de los molineiros tenía el derecho á la totalidad del agua del canal; la indivisibilidad de su derecho resultaba del modo de su ejercicio y del objeto que se habían propuesto todas las partes al poner los sitios en el estado en que se hallaban. Incontestable era la consecuencia. Uno de los fabricantes había interrumpido la prescripción; poseyendo derecho por el todo, necesariamente había interrumpido la prescripción por el todo. luego había conservado todo el derecho (1).

1 Sentencia de casación, 12 de Julio de 1869 (Daloz, 1869, 1, 498).

321. Si entre los co-proprietarios del predio dominante hay alguno contra quien no haya podido correr la prescripción, como un menor, el habrá conservado el derecho de todos los demás. Tales son los términos del art. 710. El menor, dice Pothier, siguiendo á Dumoulin, exime al mayor. Se reputa que él goza por el derecho solo de estar al abrigo de la prescripción con motivo de su incapacidad; él conserva el derecho, puesto que su incapacidad le impide que perezca: es así que le corresponde todo el derecho, luego está conservado todo el derecho (1). Esto es una consecuencia lógica de la indivisibilidad. ¿Pero no es la consecuencia una de esas sutilizas que tanto se echan en cara á nuestra ciencia? El derecho no se ha ejercido durante treinta años, y no obstante, se ha conservado. Que lo esté en provecho del propietario incapaz, se comprende; pero ¿por qué ha de aprovecharse este motivo enteramente personal á los propietarios capaces? En esto se estraña la sutileza del derecho de la cual se lamentan. Demante dice, y con razón, que la equidad, en el presente caso, está de acuerdo con el rigor de los principios. Supuesto que el incapaz conserva su derecho, é íntegro, el propietario del predio sirviente no tiene interés en impedir que los demás lo ejerciten, puesto que no se tiene como agravación de la carga el número de personas que usan la servidumbre (2).

322. La aplicación del art. 710 ha originado una dificultad que divide á la doctrina y á la jurisprudencia. Una sucesión permanece indivisa cinco años; uno de los co-herederos es menor, por lo que contra él no corre la prescripción, y conserva los derechos de servidumbre debidos al inmueble hereditario. Se verifica la partición y el predio

1 Pothier, "Costumbre de Orleans," art. 226, nota 2. Demolombe, t. 12, p. 355, núm. 996.

2 Demante, t. 2º, p. 664, núm. 568 bis, 1º

dominante toca en suerte al lote de uno de los herederos mayores. ¿Puede éste prevalerse de la suspensión de la prescripción por los cinco años que ha durado la indivisión? La corte de Amiens y de Nancy habían decidido que la suspensión de la prescripción aprovechaba al heredero. Estas sentencias han sido casadas, porque violan el artículo 883. Según este artículo, se supone que cada co-heredero ha sucedido solo é inmediatamente en todos los efectos comprendidos en su lote y que nunca ha tenido la propiedad de los demás efectos de la sucesión. Este principio es absoluto, dicese; como la ley no hace ninguna distinción, hay que aplicarlo al caso previsto por el artículo 710. De esto resulta que se repate que el co-partícipe en cuyo lote ha venido á parar el predio dominante, ha tenido la propiedad de éste, desde el momento en que se abrió la testamentaria; luego la partición borra la indivisión, en el sentido de que la co-propiedad resultante de la indivisión se tiene por no haber existido jamás; en consecuencia, el propietario del predio dominante no puede decir que este inmueble ha sido poseído pro-indiviso, y que la minoría de los comunistas ha suspendido la prescripción de la servidumbre, porque se considera que el menor nunca ha sido propietario del inmueble; luego queda desvanecido el efecto que produce la minoría tanto como el derecho de propiedad indivisa. Admitir que los efectos de la indivisión sobreviven á la partición, es reducir á la nada el principio establecido por el art. 883; si se ha suspendido la prescripción, hay que decir que el predio dominante ha sido durante cinco años la propiedad del heredero menor; ahora bien, el art. 883 dice lo contrario: el heredero menor jamás ha sido propietario de dicho inmueble (1).

1 Sentencias de casación, de 2 de Diciembre de 1845 (Daloz, 1846, 1, 21), y de 29 de Agosto de 1853 (Daloz, 1853, 1, 230).

Esta doctrina no ha sido bien recibida, todos los autores la combaten (1), y nosotros nos afiliamos á su parecer. La corte de casación reduce á la nada el art. 710 en provecho del 833, y atribuye á éste una trascendencia que no debe tener. Desde luego hay que fijarse en un punto: ¿es realmente cierto que el principio del art. 883 borra la indivisión y todo lo que se hizo mientras estaba indivisa la sucesión? Supongamos que uno de los co-herederos haya ejercido la servidumbre durante la indivisión; su goce, dice el art. 710, impide la prescripción respecto de todos. La partición en cuya virtud la heredad dominante queda en el lote de uno de sus co-herederos ¿borrará este goce, en el sentido de que el heredero que ha ejercido la servidumbre se tenga por no haberla ejercido, y que, en consecuencia, la prescripción haya corrido á pesar de su goce? La sentencia de 1845 llega hasta este punto, puesto que acienta como principio que el inmueble jamás ha sido objeto de una posesión común antes de la partición, y que después de ésta ya no se permite invocar la posesión común. Aquí la corte va demasiado lejos. La posesión es un hecho; y una vez llevado á cabo un hecho no se desvanece; esto no podría tener lugar sino en virtud de una ficción sin texto. Ahora bien, el art. 883 norma un punto de derecho: ¿la partición es translativa del derecho de propiedad, ó es declarativa? Tal es la única cuestión resuelta por el art. 883; éste reglamenta la transmisión del derecho, y no se ocupa del hecho; luego no se puede decir con la corte de casación que desvanezca la posesión indivisa. De hecho han poseído los herederos, han recogido los frutos; todos estos hechos subsisten. Luego ha habido una posesión común, actos de goce, y éstos han producido algunos efectos; ¿y la partición va á reducir á la nada unos hechos

1 Demante, t. 2º, p. 664, núm. 568 bis, 2º Demolombe, t. 12, página 537, núm. 999 (Dalloz, *Servidumbre*, p. 322, núm. 1231).

consumados y los efectos producidos? Que el legislador puede llegar hasta este punto, no lo negamos, pero sí que lo haya hecho.

Los arts. 709 y 710 se resisten á semejante interpretación. Cuando el legislador dice en el art. 709 que el goce de uno de los co-herederos impide la prescripción respecto de todos, habría debido esperar que terminase la indivisión, supuesto que no hay *indivisión* perpetua; luego dispone no sólo para el período de la indivisión, sino definitivamente; la prescripción se interrumpe para siempre y no por uno ó dos años. En la doctrina de la corte de casación, al contrario, deja de ser cierto que la prescripción esté impedida respecto de todos, porque no lo está respecto al que ha disfrutado. Así, pues, la corte altera el art. 709 tanto como el 710. Este dice en términos enérgicos que la minoría *conserva* el derecho de los demás; según la corte de casación esto querría decir que el derecho de los demás se *conserva* durante uno ó dos años por todo el tiempo que dure la indivisión: ¿y á esto se llama *conservar un derecho*? Quien dice *conservar*, dice conservar para siempre: un derecho que no está aniquilado por la partición no es un derecho conservado.

La corte previó la objeción y resueltamente sacrificó los derechos de los herederos pro-indiviso, éstos están reglamentados por el art. 883; en cuanto á los arts. 709 y 710, dice la sentencia de 1853, no se aplican á una indivisión temporal, la cual está destruida por la partición; ellos disponen para el caso de una co-propiedad permanente y definitiva, tal como lo es la propiedad de un canal que aprovecha á varias fábricas. Nosotros contestamos que la corte introduce en la ley una distinción que el texto ignora, una distinción que tiende á restringir una disposición general para no aplicarla sino á casos sumamente raros,

siendo así que el legislador ha deducido una consecuencia general de la indivisibilidad. ¿Y cuál es la hipótesis que se ha tenido presente cuando se trata de la indivisibilidad de las servidumbres? La muerte, la indivisión de la herencia, la partición de ésta. ¿Cómo creer que el legislador haya tenido presente un caso de tal manera raro que es excepcional, cuando asienta una regla sobre una materia que sólo tiene interés práctico en caso de herencia?

¿Qué importa? dice la corte. La restricción que no se halla en el texto de los arts. 709 y 710 resulta del 883. Este artículo es absoluto, dice la sentencia del art. 1845. En esto hay un nuevo error, según nuestra opinión. Ciertamente es que el art. 883 establece una ficción; según los verdaderos principios, la partición es translativa de propiedad. ¿Por qué resuelve la ley que es declarativa? Para impedir que los actos de disposición hechos durante la indivisión den lugar á acciones recusatorias. Tal es el objeto de la ficción, el objeto único; y ¿acaso no es de estricta interpretación toda ficción? ¿no debe limitarse á los efectos que el legislador ha tenido presentes? La posesión y el goce son hechos que el legislador no ha querido destruir, porque ningún motivo tenía para hacerlo. Luego el art. 883 es extraño á las disposiciones de los arts. 709 y 710, en éstos no se trata más que de posesiones de goce, la ficción que considera la partición como declarativa de propiedad nada tiene de común con el ejercicio de una servidumbre; luego subsisten los arts. 709 y 710. Nosotros mantenemos también el art. 883, pero limitándolo al objeto para el cual se ha establecido.

323. Otra dificultad se presenta en esta difícil materia. Los arts. 709 y 710 consagran algunas consecuencias de la indivisibilidad de las servidumbres. Existen servidumbres que son divisibles, en opinión de todos los autores. ¿Deben aplicarse á estas servidumbres las reglas con-

cernientes á la interrupción de la prescripción durante la indivisión? A primera vista, parece que la cuestión implica una tradición lógica: ¿se concibe que se extiendan á servidumbres divisibles principios que emanan de la indivisibilidad de las servidumbres? Sin embargo, los autores aplican los arts. 709 y 710 á todas las servidumbres, sin distinguir entre las que son divisibles y las indivisibles (1). Esta interpretación, por absurda que parezca, se justifica por los textos. El código no dice que las servidumbres son indivisibles, no dice que los arts. 709 y 710 no son aplicables sino á las servidumbres indivisibles. Luego el intérprete se encuentra frente á un texto absoluto, y ¿puede permitírsele que distinga cuando la ley no lo hace? Ciertamente que sí podría hacerlo, si el código asentara el principio de la indivisibilidad de las servidumbres; pero es difícil limitar disposiciones generales cuando la ley no establece ninguna regla sobre la indivisibilidad. Esto es lo que se puede decir á favor de la opinión general. Nosotros, no obstante, preferiríamos la interpretación contraria; es demasiado contradictorio aplicar á servidumbres que son divisibles, reglas que sólo tienen sentido para las servidumbres indivisibles. ¿Qué importa que el código no diga que las servidumbres son indivisibles? Implícitamente lo dice, y lo dice en los artículos mismos que se querrían aplicar á las servidumbres divisibles: la necesidad de distinguir resulta, pues, de los principios mismos que el código establece, porque en otros términos dice: siendo indivisibles las servidumbres, la prescripción queda necesariamente interrumpida y suspendida por la totalidad. Lo que equivale á decir que, si hay servidumbres divisibles, la interrupción se operará por partes así como la suspensión.

1 Demante, t. 2º, p. 664, núm. 568 *bis*. 1º. Demolombe, t. 12, página 536, núms. 997 y 998.

324. Los arts. 709 y 710 suponen que hay indivisión. Después de la partición del predio dominante, hay tantas servidumbres como partes divididas; cada una de estas servidumbres se conservará y se extinguirá según el derecho común, sin que uno de los propietarios parciales pueda invocar ni el goce ni la minoría de otro propietario. Acerca de este punto no hay duda alguna (1).

Núm. 5. Prescripción del modo de la servidumbre.

I. Principio.

325. El art. 708 dice que “el modo de la servidumbre puede prescribir como la servidumbre misma y de idéntica manera.” Esta disposición, colocada con la sección que trata de la extinción de las servidumbres, parece que no se aplica sino al caso en que se extingue por el no-uso un modo más ventajoso de ejercer la servidumbre, cuando el propietario del predio dominante usa de un modo menos ventajoso. Puede presentarse la inversa: el que no podía usar sino de un modo poco ventajoso en virtud de su título, usa de un modo más ventajoso; ¿este nuevo modo se adquirirá por la prescripción? (2). Cuando la servidumbre es discontinua, ni siquiera puede plantearse la cuestión. Mi título me da el derecho de pasar á pie únicamente, y yo paso durante treinta años á caballo ó en carruaje: ¿habré adquirido este modo más ventajoso por la prescripción? Nó, porque las servidumbres discontinuas no pueden adquirirse por la prescripción; ahora bien, el modo forma parte de la servidumbre, y las razones que han hecho que no se admita la prescripción de las servidumbres discontinuas se aplican también al modo de ejer-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 106 y nota 22, y los autores que citan.

2 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 254, núm 369. Demo. lombe, t. 12, p. 237, núm. 734.

cerlas. Yo no tengo más que el derecho de pasar á pie, y mi vecino permite que yo pase á caballo ó en carruaje; más que probable es que esto sea por tolerancia y por relaciones de buena vecindad. No puedo ya prevalerme de una posesión semejante ni para extender una servidumbre ni para adquirirla.

Cosa distinta es cuando la servidumbre es continua. Como la servidumbre misma puede adquirirse por la posesión, lo mismo debe respecto al modo de ejercerla. Se entiende que cuando se ha adquirido la servidumbre por medio de la prescripción. Yo he prescrito una servidumbre de vista poseyendo treinta años dos ventanas. Mi vecino puede oponerse á que yo abra una tercera; pero si la abro y mi vecino la deja subsistir durante treinta años, habré adquirido por prescripción el derecho de tener una tercera ventana. En efecto, durante esos treinta años yo habría podido adquirir el derecho de abrir tres ventanas, con mayor razón he podido adquirir el derecho de abrir una tercera. Cuando el modo de la servidumbre está establecido por título esto no impide que se adquiera un modo más ventajoso por la prescripción, siempre por el mismo motivo: y es que como puedo adquirir la servidumbre misma por la posesión, también por ella puedo adquirir un modo más ventajoso de ejercerla. Se objeta que esto equivale á prescribir contra el propio título, lo que no puede ser según la disposición del art. 2240. Nos maravilla haber encontrado esta objeción en la obra de Demante, y ver que insiste en ella. Danod, en el antiguo derecho, la contestó ya, haciendo notar que en el caso de que se trata se posee y se prescribe más allá del título, lo que permiten los principios más elementales. Por otra parte, basta leer el art. 2240 y las disposiciones que preceden para convencerse de que el proverbio invocado por Demante sólo concierne á los poseedores precarios. Ya an-

tes hemos hecho la observación. Si la repetimos es porque uno de nuestros buenos autores se ha dejado extravaiar por una objeción que á lo sumo debería embarazar á los discípulos (1).

326. El modo de las servidumbres prescribe, además, en el sentido de que éstas pueden ser reducidas por la prescripción extintiva. No era así en derecho romano; se conservaba toda la servidumbre, aun cuando no se usare todo el derecho. El que había usado de un camino más angosto que el designado por el título, conservaba, no obstante, todo su derecho tal como lo establecía la concesión (2). Pothier reproduce la doctrina romana. "El propietario del predio dominante, dice él, aun cuando no haga más que una parte de lo que su derecho de servidumbre le daba derecho á hacer en el predio sirviente, no por esto deja de conservar su derecho en toda su integridad" (3). Domat, al contrario, enseña que las servidumbres se ven reducidas por la prescripción á lo que de ellas se ha conservado por la posesión durante el tiempo requerido para prescribir. Y cosa singular, apoya esta decisión en una ley romana; basta leerla para convencerse de que se ha engañado (4). Los autores del código han seguido á Domat. ¿Y han obrado así porque les pareciese más razonable su opinión ó porque creyesen que tal era la doctrina tradicional? Lo ignoramos. De cualquiera manera que sea, hé ahí un principio nuevo que se ha introducido en el código á causa de la errónea interpretación de una ley romana. Ducaurroy dice que el sistema romano era

1 Demaute, t. 2º, p. 662, núm. 567 bis, 1º

2 Dupret, "De la modificación de las servidumbres por la prescripción." ("Revista de derecho francés y extranjero," 1843, t. 3", ps. 821 y siguientes.

3 Pothier, "Introducción al tít. XIII de la costumbre de Orleans," núm. 18.

4 Domat, "De las leyes civiles," lib. I, tít. XII, sec. IV, núm. 5. Compárese Dupret, en la "Revista," p. 822.

mucho más sencillo que el sistema francés, que da lugar á muchas dificultades. Hay que decir más, á nuestro juicio: el principio romano es más jurídico y aun más equitativo. Las servidumbres no se estipulan por fracciones, sino por el todo; luego no pueden perderse por fracciones, se conservan por el todo y por el todo se pierden. ¿No es más equitativo que se conserven por el todo, cuando se usan de una manera cualquiera? Las servidumbres se establecen para utilidad del predio dominante, si esta utilidad no exige que yo use de todo mi derecho ¿por qué se quiere obligarme so pena de perderlo parcialmente? El modo, después de todo, es un derecho y no una obligación: ¿no debo estar en libertad para usar de mi derecho como se me ocurra y como lo exija la utilidad de mi predio?

Que el principio nuevo sea ó nó equitativo y justo, la ley lo consagra, y hay que aceptarlo con todas sus consecuencias. ¿Y es esto lo que siempre han hecho los intérpretes? Esto es lo que vamos á ver.

II. Aplicación.

327. La prescripción del modo de las servidumbres es adquisitiva unas veces, y otras extintiva; en un solo y mismo caso, el modo antiguo puede extinguirse, mientras que es dudoso que se haya adquirido el nuevo modo. De aquí surgen las dificultades. Apartemos desde luego una hipótesis primera en la cual no hay duda alguna: no se ha usado del todo de la servidumbre á la cual se tenía derecho, y se ha usado otra servidumbre que es discontinua. En este caso, hay más que extinción del modo, hay extinción de la servidumbre por el no-uso durante treinta años, sin que se haya adquirido la nueva servidumbre que se ha ejercido, porque siendo discontinua no puede adquirirse por la prescripción. Pothier aduce un notable ejemplo. Tengo derecho

á sacar agua del pozo de mi vecino, y por consiguiente, de pasar por su predio, y paso por la heredad sirviente durante treinta años sin sacar agua. En este caso yo he perdido por el no-uso el derecho de sacar agua, y no he adquirido la servidumbre de paso, servidumbre muy diferente que no se adquiere por la posesión, y que además está extinguida como accesorio de la servidumbre principal. Todos están de acuerdo en este punto (1).

328. Cuando lo único que se cuestiona es el modo de la servidumbre, hay que distinguir si es continua ó discontinua. Si es continua, la aplicación del art. 708 se hace con facilidad. Yo gravo mi predio con la servidumbre de no edificar; levanto una construcción en una parte del predio, y mi vecino la deja subsistir durante treinta años; la servidumbre se extinguirá en parte y en parte se conservará, y no gravará más que la parte no edificada del predio sirviente. Yo tengo derecho á abrir tres ventanas en mi pared y no abro más que dos; por el no uso habré perdido el derecho de obrir una tercera ventana; el modo de la servidumbre se restringirá por la prescripción extintiva. ¿Será lo mismo si el título me da derecho á abrir tantas ventanas como y quiera? ¿y si no abro más que dos, no puedo abrir otras nuevas después de treinta años contados desde la fecha de mi título? Están divididas las opiniones. Nosotros creemos que en esta hipótesis la cuestión no es de restringir el modo por la prescripción; porque el modo no es fijo, ni limitado, y al no abrir más que dos ventanas, no puede decirse que yo lo fije; el título abandona todo á mi voluntad, y esta es cambiante, luego el modo también lo será. Se objeta que yo no conservo el derecho de aumentar el número de ventanas sino durante treinta años

1 Pothier, "Introducción al tit. XIII de la costumbre de Orleans," núm. 18. Demante, t. 2^o, p. 661, núm. 567. Demolombe, t. 12, p. 576, núm. 1024.

contados desde el día en que abrí las primeras. Esta interpretación de la voluntad de las partes nos parece muy arbitraria, porque restringe un derecho que seguía la intención de aquéllas y no admite ninguna restricción. ¿Se dirá que, en esta opinión, el modo jamás prescribirá, siendo que la ley quiere que prescriba? Nosotros contestamos que hay derechos que son imprescriptibles, á los que se da el calificativo de derechos de pura facultad, porque pueden ó nó usarse según convenga. Ahora bien, en el presente caso, mi título me da un derecho que varía de un día para otro según mis caprichos; en esto no hay base para la prescripción (1).

329. Las servidumbres discontinuas se extinguen por la prescripción, pero no pueden adquirirse ni extenderse por esta vía. De aquí una dificultad acerca de la cual están divididos los mejores autores. Yo tengo el derecho de pasar á pie, á caballo ó en carruaje; durante treinta años sólo á pie paso. Hay una opinión rigurosa que decide que ya he perdido el derecho que tenía á pasar á caballo ó en carruaje. Nosotros creemos que esta opinión tiene á su favor la letra y el espíritu de la ley. El título me da tres modos de usar de mi derecho, no ejerzo más que uno de ellos; luego sólo éste conservo; en cuanto á los demás, como no los he usado, se han extinguido por prescripción. Porque el modo se extingue por prescripción, y en el caso de que se trata el modo se ha restringido por una posesión restringida. Dupret ha combatido esta opinión, que antes de él era la adoptada con generalidad, y excelentes ingenios se han adherido á su manera de ver. ¿No equivale ésto á reproducir la doctrina romana? El que usa de la servidumbre, dicen, en la medida de sus necesidades y de sus con-

1 Veause las diversas opiniones en Demolombe, t. 12, p. 531, número 994.

veniencias la conserva íntegramente, por más que no haya hecho lo que estaba autorizado á hacer. Y precisamente lo que han rechazado los autores del código es el principio romano. Lo que parece que decidió á Dupret á admitir la interpretación que él da al art. 708, son las consecuencias absurdas á que conduce la aplicación literal de la ley. Todo razonamiento, dice él, es vicioso cuando viene á parar en consecuencias de las que algunas, por lo menos, son inadmisibles (1). El razonamiento, sí, pero la interpretación de una ley nó. En el caso de que se trata, los autores del código civil han asentado un principio que ellos creían verdadero y que resulta falso. Un principio falso tiene que conducir á consecuencias que es difícil aceptar. ¿Y es ésta una razón para rechazar las consecuencias? Téngase mucho cuidado, porque eso equivaldría á rechazar el principio ó á alterarlo, lo que el intérprete jamás puede hacer, porque equivaldría á que hiciera la ley.

330. Los autores que han adoptado la interpretación, la más amplia del art. 108, admiten, no obstante, una restricción. Lo que les ha inducido á aproximarse al principio romano, es que el dueño del predio dominante debe gozar de cierta libertad de acción, al usar de su derecho conforme á las necesidades de su heredad. Pero si el que tenía derecho á pasar á caballo ó en coche ha pasado á pie, por haberse reducido el camino y héchose impracticable para caballos y carruajes, no puede entonces decirse que él ha ejercido todo su derecho, el cual ha sufrido una restricción, por lo que habrá extinción del derecho de pasar á caballo ó en coche. Del mismo modo, yo quiero pasar á caballo ó en curruaje; el propietario del predio sirviente

1 Dupret, en la "Revista de derecho francés y extranjero," 1846, t. 3º, ps. 823 y siguientes. Aubry y Rau, t. 3º, p. 108 y nota 25, y los autores en sentido diverso que ellos citan.

se opone á ello; si yo me contengo ante esta oposición, vuelvo á entrar todavía al principio general, tal como lo formula el art. 708; se extinguirá el modo más ventajoso de la servidumbre, porque no se ha usado de él.

331. El sitio por el cual se ejerce una servidumbre es concerniente también al modo; luego, en razón, había que aplicar el principio del art. 708. Yo tengo derecho á pasar por tal punto de tu predio, y por espacio de treinta años paso por el punto opuesto. ¿Cuál será el efecto de esta posesión en mi derecho? Claro es que yo no he adquirido por prescripción el nuevo modo, puesto que la servidumbre es discontinua. Pero puede sostenerse que el antiguo modo ha prescrito, supuesto que yo lo he usado. La consecuencia es grave, y es una de aquellas ante las cuales Dupret ha retrocedido, y en pos de él excelentes jurisconsultos. Sin embargo, el razonamiento es lógico; no es la razón la que se equivoca, sino la ley, y el primer deber del intérprete es respetar esta última. En este punto también los partidarios de una interpretación más equitativa hacen una concesión al rigor de los principios; ellos distinguen si el señalamiento del sitio por donde debe ejercerse la servidumbre es limitativo ó demostrativo; en el primer caso, admiten que la servidumbre misma se extingue, puesto que en realidad no ha sido usada, y la nueva no se ha adquirido, puesto que la servidumbre es discontinua (1). La distinción es arbitraria y se presta á lo arbitrario; con la mayor frecuencia las partes se limitan á indicar el sitio, sin que se pueda saber si es ó nó en sentido restrictivo; de lo que resulta que la interpretación que el juez dé á la voluntad de las partes tendrá por efecto mantener la servidumbre ó extinguirla. Si se pudiera consultar la intención de las partes, se llegaría á un principio

1 Demolombe, t. 12, p. 587, núm. 1031. Aubry y Rau, t. 2º, página 109 y nota 28

muy diferente del art. 708: el modo es siempre algo accidental, ¿y cómo lo accidental ha de influir en el mantenimiento ó la extinción de la servidumbre? En definitiva, lo malo aquí es el principio de la ley; unos lo aceptan con todas sus consecuencias y otros retroceden. Hé aquí por qué son insolubles estas controversias.

La jurisprudencia ha consagrado la interpretación más equitativa, nos limitamos á hacerla constar. Después de haber dado oídos al derecho estricto, escuchemos á la equidad. La corte de casación asienta el principio en estos términos: “como es bien patente que la servidumbre de paso no puede adquirirse sino por título, el modo de ejercicio de la servidumbre debe estar siempre en relación de conformidad con el título que la constituye.” Éste es principio que, aplicado lógicamente, arruinaría la doctrina que estamos combatiendo, muy á nuestro pesar. Pero la jurisprudencia no reconoce regla absoluta. La corte añade que el principio se aplica al caso en que el título menciona *taxativamente* el punto de la heredad sirviente por donde debe practicarse el paso; estando la servidumbre limitada y circunscrita en su modo de acción, puede extinguirse por el no-uso durante treinta años, sin que el uso ni aun trentenario sea eficaz para conquistar legalmente el derecho de paso por otro punto del predio sometido, puesto que este nuevo paso ya no sería conforme al título. Pero, continúa la corte, la situación cambia cuando el título concede la servidumbre en términos generales que no impliquen su ejercicio sobre una parte especial del predio sirviente; en este último caso, el título es obedecido, aun después de que haya cambiado el asiento de la servidumbre (1). Queda por saber cuándo es taxativa la mención del sitio y cuando no lo es; cuestión de hecho que los

1 Sentencia de denegada apelación, de 6 de Diciembre de 1864 (Daloz, 1865, 1, 26).

jueces resolverán según la intención de las partes, lo que le procura el medio de mantener siempre la servidumbre. En ello no veríamos un gran mal, si lo fuera el artículo 708, que se interpreta tan bién que se le borra del código.

Las decisiones de la corte de apelación son de una incontestable equidad. En un caso juzgado por la corte de Caen, el punto por el cual se había ejercido el paso de un modo contrario al título era menos oneroso para el predio sirviente, porque el camino era menos largo (1). El rigor del derecho habría exigido que se hubiese declarado extinta la servidumbre. De este modo el propietario del predio dominante habría perdido su derecho por haber tenido consideraciones al predio sometido, por haber prestado un servicio á su vecino. Este es un rigor que jamás sancionarán los tribunales; el legislador es el que ha hecho mal en establecer un principio cuya aplicación es imposible.

332. Hay una última dificultad en esta ardua materia. El tribunal decide que el señalamiento del sitio no era taxativo, mantiene la servidumbre ¿pero por dónde se ejercerá? grande es el embarazo de los partidarios de una interpretación equitativa del art. 708. El antiguo modo se ha extinguido por el no-uso; el nuevo uso se ha adquirido. Se volverá al señalamiento primitivo, dicen unos, y ¿con qué derecho, supuesto que se ha extinguido? Dupret concede la elección al propietario sirviente, ¿y con qué derecho? A Demolombe parecele más sencillo mantener el nuevo modo: un nuevo modo adquirido por la posesión, cuando se trata de una servidumbre discontinua. ¿Por esto se ve cuán cierto es que al desviarse del rigor del derecho, se hace la ley, y cada uno, naturalmente, la ha-

1 Caen, 24 de Julio de 1865 (Dalloz, 1866, 2, 190). Compárese Lieja, 13 de Abril de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 244).

ce á su antojo! ¡No existe un modo legal de ejercer la servidumbre, y no obstante, preciso es que se encuentre uno! La única vía legal, á nuestro juicio, para salir de este laberinto, es que las partes pidan al juez un reglamento de la servidumbre, porque ellas se encuentran en la misma posición en que estarían si el título hubiese caído acerca del sitio por donde debe ejercerse la servidumbre, el juez decidirá.

§ IV.—DE LAS CAUSAS DE EXTINCION NO PREVISTAS
POR LA SECCION IV.

Número 1. Espiración del tiempo. Resolución. Revocación.

333. Existen causas de extinción que no están previstas por la sección IV, y que se derivan del derecho común. El art. 617 dice que el usufructo se extingue por la expiración del tiempo para el cual se otorgó. En el título de las *Servidumbres*, la ley no menciona esta causa de extinción. Y es porque el usufructo es temporal por su esencia; mientras que la perpetuidad es la naturaleza de la servidumbre, como en otro lugar de esta obra lo hemos dicho (t. VII, núm. 154). Pero como la perpetuidad no es un carácter esencial de las servidumbres, nada impide que se estipule por cierto tiempo. El mismo código establece una servidumbre temporal, el paso en caso de enclave (número 110). Del mismo modo, las partes podrían convenir en que la servidumbre se limitase á la duración de la vida del propietario actual de la heredad dominante. Parece á primera vista, que una cláusula semejante sería contraria al art. 686 que prohíbe que se imponga una servidumbre á favor de la persona; aunque vitalicia, la servidumbre está constituida á favor del predio. Se podrá también limitar la servidumbre por el tiempo que el propietario del predio dominante conservase su propiedad. Lo único que

la ley prohíbe es que se estipulen las servidumbres en provecho de la persona. Por último, las parte pueden permitir al propietario del predio sirviente la redención del gravamen que pesa sobre el predio, para lo cual es preciso una cláusula expresa, porque según el derecho común las servidumbres no son redimibles (1).

334. La propiedad, aunque perpetua por naturaleza, es á veces revocable, anulable. Pasa lo mismo con los derechos reales. A las servidumbres se aplica lo que hemos dicho en el título de la *Propiedad* y en el título del *Usufructo* (t. VI, núms. 104-113, y t. VII, núm. 87).

335. El código dice que los que no tienen en un inmueble sino derechos resolubles ó rescindibles no pueden consentir más que una hipoteca sujeta á resolución ó á rescisión. Esto es de derecho común; no puede uno conceder á otro más derechos de los que uno mismo tiene (2).

Núm. 2. De la renuncia.

336. Como cada cual puede renunciar los derechos que se han establecido á su favor, compréndese que el propietario de la heredad dominante puede renunciar la servidumbre establecida en provecho de su predio (art. 622). La renuncia puede, en principio, ser expresa ó tácita, á menos que la ley haga de ella un acto solemne. Esto lo hemos dicho ya en título del *Usufructo* (t. VII, núm. 74). Allí examinamos también la cuestión de saber si la renuncia debe ser aceptada por el propietario del predio sirviente (núm. 72).

337. No siendo la renuncia expresa un acto solemne, permanece bajo el imperio de los principios generales que

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 64 y notas 17, 18, y las autoridades que citan.

2 Véase lo que dijimos en el título del "Usufructo," t. 7º, número 88.

rigen toda manifestación de voluntad. Así es que no se necesita escrito. Pero no puede oponerse á los terceros sino cuando se ha registrado la escritura en que consta (Ley hipotecaria, art. 1).

La jurisprudencia nos presenta un ejemplo singular de una renuncia expresa que, aunque parcial, extingue todo derecho. Se establece sobre un predio una servidumbre de abrevadero y de pasturaje. En una época en que el estanque estaba sin agua, se divide el predio sirviente en tre varios propietarios. El dueño del predio dominante exonera de la servidumbre, con descargo de volver á poner el agua en el estanque sirviente, á aquél á quien pertenecía la porción del estanque en donde se hallan la compuerta y el malecón. La corte de casación juzgó que la servidumbre había cesado de existir aun respecto á los que no habían sido partes en el convenio, luego en provecho de todo el predio sirviente. Esto casi no tenía duda en lo concerniente al derecho de abrevadero. No hay estanque sin compuerta y sin malecón, por lo que renunciar al restablecimiento de la compuerta y del malecón, equivale á declarar extinguida la servidumbre de abrevadero. ¿Pero no subsistía la de pasturaje? Nó, porque no se había estipulado como servidumbre distinta que gravase un prado. El predio sometido era un estanque, y el pasturaje se ejercía cuando ese estanque estaba en seco; luego el pasturaje era una dependencia de la servidumbre que gravaba el estanque. Consentir en que no se restableciera el estanque, era renunciar á la servidumbre, supuesto que ya no había predio sirviente (1).

338. La renuncia tácita resulta de un hecho que implica la intención de renunciar. Preciso es que el hecho no pueda recibir otra interpretación; desde el momento en

1 Sentencia de denegada apelación, de 6 de Agosto de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 337).

que hay duda, ya no puede admitirse la renuncia, porque el consentimiento no es más que presumible, y nunca se presume que el que posee un derecho quiera abdicarlo. Se pretendía ante la corte de Bruselas que el dueño del predio dominante había renunciado tácitamente al mantenimiento de la anchura primitiva de un camino de paso, porque él había visto construir la pared que usurpaba su derecho. La corte no admitió la renuncia, porque el silencio del propietario podía tener otra explicación; la usurpación era de poca consideración, y aquél muy bien había podido no percibirla. En realidad, él reclamó desde que la pared estuvo construida (1).

Habría renuncia tácita si el propietario del predio dominante autorizase ciertos trabajos que redujesen á la nada la servidumbre ó que la restringiesen. Yo tengo en el predio de mi vecino una servidumbre de no edificar y lo autorizo para que construya; esta autorización implica renuncia, porque es imposible interpretarla de otra manera (2). Pero si en lugar de consentir en el establecimiento de tales obras, dejo hacer sin reclamar ¿mi consentimiento tiene que equivaler á renuncia? Existe un viejo proverbio que así lo dice; pero hay que verlo con desconfianza, ó al menos aplicarlo con inteligencia. No porque yo me esté callado, siempre puede inferirse que consentimiento, mi silencio no equivale á consentimiento sino cuando me veo forzado á manifestar una voluntad cualquiera que ella sea, á decir que sí ó que nó; teniendo interés en decir que nó, si no lo hago, se considera que he dicho que sí. Pero en el caso de que se trata ¿qué es lo que me obliga á hablar? La ley habla por mí. En efecto, el art. 707 decide que aun cuando se haya celebrado un acto contrario

1 Bruselas, 27 de Mayo de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 29). Demolombe, t. 12, p. 602, núm. 1041.

2 Demolombe, t. 12, p. 602, núm. 1041, y los autores que cita.

á la servidumbre, se necesita además que pasen treinta años para que se extinga la servidumbre. Así, pues, sólo mi silencio prolongado durante treinta años, en presencia de trabajos contrarios á mí derecho, es lo que implica una renuncia á la servidumbre (1).

Sin embargo, la cuestión se debate, y existen sentencias en sentido contrario. En una de la corte de Bruselas se lee que el propietario del predio dominante se tiene por haber redimido tácitamente la servidumbre cuando permite que su vecino levante ó conserve ciertos trabajos que impidan el ejercicio del derecho: esto resulta *ex natura rei*, dice la corte, y se funda en varias leyes romanas, así como en la doctrina de los autores, principalmente de Voet (2). Gran respeto profesamos á Voet y al derecho romano, pero más todavía á la ley que nos rige; ahora bien, el art. 707 se halla en oposición con la opinión de Voet, y no permite que se invoque la *naturaleza de las cosas*, motivo que es de tal modo vago que nunca habría que prevalerse de él, sobre todo cuando se trata de renuncia.

Demolombe dice que debería establecerse una excepción á la regla en el caso en que el propietario del predio dominante no sólo hubiese visto y dejado hacer, sino que positivamente hubiese aprobado y autorizado los trabajos, dirigiéndoles él mismo, porque hecho semejante debe evidentemente considerarse como una renuncia de la servidumbre (3). A decir verdad, esto no es una excepción, sino más bien la aplicación de la regla. En efecto, aquí no se trata ya del silencio del propietario de la heredad dominante; él asienta un hecho, por lo que los tribunales tienen derecho á examinar si tal hecho implica consentimiento.

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 110 y nota 30, y las autoridades que ellos citan.

2 Bruselas, 12 de Febrero de 1823, y 27 de Enero de 1829 (*Pasicrisia*, 1828, p. 53 y 1829, p. 29).

3 Demolombe, t. 12, p. 604, núm. 1043.

El caso se ha presentado ante la corte de Bruselas. El propietario de un castillo disfrutaba de la servidumbre de prospecto en un predio vecino en donde había una fábrica de papel. Se agregó á éste un almacen. De aquí una que-rella. No fué aceptada la reclamación. No solamente se había levantado el almacen á ciencia y paciencia del actor; esto no habría sido suficiente, según el art. 707, sino que él mismo había dado consejos é instrucciones mientras duraron los trabajos; desempeñando en cierto modo funciones de arquitecto, él había trazado los alineamientos de la construcción. En esto había una serie de hechos que implicaban una renuncia (1).

Núm 3. De la expropiación por causa de utilidad pública.

339. Los inmuebles que se expropián por causa de utilidad pública quedan libres de todos los gravámenes que se reportan, supuesto que éstos serían incompatibles con el destino que deben tener los predios expropiados. Ya se entiende que los que se aprovechan de la extinción tienen derecho á una indemnización; esto es de derecho común. La única cuestión que tenemos que examinar es la de saber desde qué momento se extinguen las servidumbres. La corte de casación ha decidido que el fallo que pronuncie la expropiación tiene como necesaria consecuencia la expropiación de los derechos reales y principalmente de las servidumbres que gravan al inmueble expropiado (2). Pasa lo mismo con los fallos que extienden acta á un propietario de su consentimiento en la cesión del inmueble por causa de utilidad pública. Pero en este punto hay que hacer una restricción. Nada impide que los propie-

1 Bruselas, 17 de Abril de 1867 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 171).

2 Sentencia de denegada apelación de la sala de lo civil, 9 de Febrero y 12 de Mayo de 1863 (*Dalloz*, 1863, 1, 254 y 255).

tarios cedan sus terrenos para trabajos públicos antes de haberse llenado las formalidades prescritas para la expropiación; si no ha habido declaración de utilidad pública, la cesión será una venta ordinaria, y por consiguiente, las servidumbres que gravaban el inmueble subsistirán, porque la venta voluntaria de un inmueble no extingue las servidumbres (1).



1 París, 27 de Agosto de 1864 (Daloz, 1864, 5, 167)