

ción. En efecto, la división del predio sirviente tiene el mismo resultado que la del predio dominante; habrá varios predios sirvientes, es decir, varias servidumbres distintas, y por consiguiente, cada una de ellas puede extinguirse. Si la servidumbre es divisible, cada una de las porciones del predio sirviente quedará gravada con el derecho en la proporción del derecho de los co-partícipes. Se aplican los principios generales que rigen la partición. Déjase entender que, en esta hipótesis, la servidumbre se extinguirá si no se ejerce durante treinta años en uno de los predios divididos (1).

§ VI.—DE LAS ACCIONES QUE NACEN DE LAS SERVIDUMBRES.

285. El código no habla de las acciones á que dan lugar las servidumbres, como tampoco habla de la acción que nace de la propiedad. Abandona esta materia á la doctrina. Hay, pues, que remontarse á la tradición. Pothier distingue dos acciones concernientes á las servidumbres, la *confesoria* y la *negatoria*; los términos tanto como los principios vienen del derecho romano. La acción "confesoria," dice Pothier, es una acción real por cuyo medio aquél á quien pertenece un derecho de servidumbre en alguna heredad concluye contra quien lo perturba en el uso de esa servidumbre, en que se le declare sujeto á ese derecho y en que se prohíba al demandado que lo perturbe. La acción *negatoria* es también una acción real que el propietario de una heredad intenta contra el que sin derecho se atribuye en ella alguna servidumbre, y concluye en que su heredad sea declarada libre de tal servidumbre, y que se prohíba al demandado que la use (2).

286. Estas dos acciones son concernientes al derecho y

1 Demolombe, t. 12, p. 428, núms. 907 y 910.

2 Pothier, "Introducción al título XIII de la costumbre de Orleans," núm. 11.

son análogas á la acción de reivindicación. Las servidumbres dan también lugar á acciones posesorias. El que es propietario puede promover en lo petitorio conforme al derecho común, cuando se ve perturbado en el ejercicio de su derecho por el vecino que ejerce una servidumbre sobre su predio. Del mismo modo el que por espacio de un año ejerce pacíficamente una servidumbre puede hacerse mantener en posesión de ese derecho. Esto no es más que la aplicación del derecho común. Los inmuebles incorpóreos tanto como los corpóreos son susceptibles de posesión; luego el poseedor puede invocar el art. 23 del código de procedimientos que concede las acciones posesorias á todos los que por un año al menos están en pacífica posesión. La ley agrega: *á título no precario*. Esta condición es esencial; la posesión precaria no es una posesión, luego no puede ser protegida por las acciones posesorias. Síguese de aquí que las servidumbres discontinuas no dan lugar á una acción posesoria; el código no permite que se adquieran por la posesión de treinta años, porque la posesión de estas servidumbres es precaria por su esencia; por lo mismo no pueden dar lugar á acciones posesorias. Esto lo aceptan la doctrina y la jurisprudencia (1). Como la materia no entra en el objeto de nuestro trabajo, nos limitamos á asentar el principio.

287. Pothier dice que las acciones concernientes á las servidumbres son reales, porque nacen del derecho de propiedad ó del derecho de servidumbre, cuyos derechos son reales. Y como las servidumbres sólo existen sobre inmuebles, hay que añadir que son inmobiliarias las acciones á que dan lugar. Síguese de aquí que deben intentarse en el tribunal de la ubicación del inmueble que se preten-

1 Duranton, t. 5°, p. 633, núms. 632, 635. Demolombe, t. 12, páginas 459 y siguientes, núms. 939, 956, 956, y la jurisprudencia en Dalloz, "acción posesoria," núms. 445 y siguientes.

de está gravado con una servidumbre, ó libre de todo gravamen (Código de Procedimientos, art. 59). Las acciones que nacen de un derecho real no pueden interesarles sino el que tiene dicho derecho real, es decir, el propietario del predio al cual se debe la servidumbre, ó que se pretende libre de este gravamen: en ambos casos, el predio es objeto de la cuestión, y el propietario es el único que tiene derecho á hablar á nombre del predio (1). De esto no debe inferirse que el usufructuario no tiene las acciones concernientes á las servidumbres. En otra parte de esta obra hemos dicho que él tiene la posesión, luego también las acciones posesorias; él disfruta las servidumbres, luego tiene también las acciones que les son concernientes (2).

Se ha deducido de que la servidumbre es un derecho real que las acciones personales que nacen con motivo de su ejercicio toman un carácter de realidad. Este es un error, á nuestro juicio; remitimos á lo que se ha dicho antes (número 271).

288. La prueba hace surgir una cuestión acerca de la cual hay una controversia bastante viva. Es un principio elemental que la prueba incumbe al que demanda. ¿Quiere decir esto que él que sostiene que su predio está libre debe probar que el vecino no tiene derecho á la servidumbre que él ejerce? Decimos que él ejerce, porque para que haya lugar á debate, hay que suponer que el vecino está en posesión de la servidumbre. Coloquémonos en la hipótesis la más favorable al poseedor: él ha obtenido en lo posesorio un fallo que lo mantiene en posesión. El propietario que pretende que su predio es libre debe promover en lo petitorio; ¿debe probar la libertad de su predio? La jurisprudencia casi está unánime en favor del propietario; él nada

1 Gante, 24 de Junio de 1853 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 126).

2 Pardessus, t. 2º, p. 301, núm. 332. Demolombe, t. 12, p. 484, número 958. Sentencia de casación de 5 de Marzo de 1850 (Daloz, 1850, 1, 78).

tiene que probar, se dice, porque tiene en su favor la presunción de que la propiedad es libre; por otra parte, obligarlo á que pruebe la libertad de su predio, sería obligarlo á rendir una prueba negativa, puesto que debería probar que el vecino no tiene servidumbre en su heredad; ahora bien, la prueba de este hecho negativo es imposible (1). Los autores están divididos; los hay que son partidarios del poseedor, y que oponen á la presunción invocada por el propietario otra presunción que la destruye. Se presume que el poseedor es propietario, dicen ellos; luego se presume que el que está en posesión de la servidumbre tiene derecho á ésta, y por consiguiente, al propietario corresponde echar por tierra tal presunción, probando que la servidumbre no existe. Con mayor razón debe ser así cuando el poseedor ha ganado el pleito en lo posesorio, en este caso, es de derecho común que en lo petitorio el fardo de la prueba recaiga sobre el que perdió en lo posesorio, es decir, sobre el propietario que sostiene la libertad de su heredad (2).

No vacilamos en pronunciarnos por la opinión consagrada por la jurisprudencia. Pero no gustamos de las presunciones que por una y otra parte se invocan, ninguna está escrita en la ley, y ¿es posible tratar de una presunción legal sin ley? Esto es lo que los partidarios del propietario no dejan de oponer á los defensores del poseedor. Preguntan ellos que ¿en dónde se dice que se presume poseedor al propietario? La ley ni siquiera establece esta presunción á favor del que ha ganado en lo posesorio.

1 Vamos á citar las más recientes sentencias. Agen, 30 de Noviembre de 1832 (Daloz, 1853, 2, 28) y de 26 de Noviembre de 1837 (Daloz, 1858, 2, 27). Bruselas, 23 de Mayo de 1840 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 8). Fallo del tribunal de Gante de 26 de Febrero de 1855 "*Bélgica judicial*", t. 13, p. 406). Compárese Demolombe, t. 12, p. 480, número 957.

2 Durantou, t. 5º, p. 639, núm. 46, y las autoridades citadas en Daloz, *Servidumbre*, núm. 1277.

Esto es muy cierto; ¿pero acaso no puede redargüirse el argumento en contra de la jurisprudencia? Al actor atañe probar el fundamento de su demanda; no queda dispensado de esta prueba sino cuando tiene una presunción en su favor: ¿y en dónde está la ley que establece la presunción que él invoca?

Nos parece que los principios generales son suficientes para hacer recaer la prueba sobre el que pretende tener derecho á una servidumbre, aun cuando estuviese en posesión. En este sentido es cómo se expresa Pothier; él dice: "En una y otra acción, es decir, en la negatoria tanto como en la confesoria, el que pretende tener un derecho de servidumbre es el que debe justificarlo, según la máxima: "Incumbit onus probandi ei qui dicit." Así es que Pothier se funda en los principios generales, sin distinguir si él que reclama la servidumbre está en posesión ó nó. Esto no tiene duda cuando el debate se trata directamente en lo petitorio. El propietario es actor. ¿Qué es lo que debe probar? Su derecho de propiedad; si él prueba que es propietario, prueba con esto solo que tiene un derecho absoluto en su cosa, exclusivo, un derecho en cuya virtud él puede repeler toda empresa que un vecino intente en su heredad. ¿Qué es lo que se opone al demandado? ¿Que posee una servidumbre? El propietario le contestará: "La posesión es un hecho; en presencia de mi propiedad, este hecho no es más que una usurpación á menos que pruebes que el hecho es el ejercicio de un derecho. Tú pretendes tener un derecho, es una excepción lo que tú me opones, y esta excepción te constituye en actor; prueba, pues, que tienes un derecho de servidumbre."

Dícese que el fallo recaído en lo posesorio invierte los papeles; que si no resulta de aquél una presunción de propiedad, al menos sí resulta que el propietario será actor

en lo petitorio, lo que pone á su cargo la prueba. Sin duda que el propietario actor debe probar el fundamento de su demanda. ¿Pero que es lo que debe probar? Debe probar su derecho de propiedad. Su posición es, pues, exactamente la misma que si no hubiera habido debate en lo posesorio. Se objeta que esto equivale á anular el fallo que ha obtenido el poseedor. Nada de eso; porque si el propietario hubiera ganado en lo posesorio, ya no necesitaría promover en lo petitorio, mientras que ahora debe promover y rendir una prueba muy difícil, la de su derecho de propiedad. Se ve que en definitiva la cuestión se decide por los principios generales que rigen la prueba.

*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,