

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 opondrá 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 si 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,

que debèn cesar. Pero también, en tanto que las sèrvidumbres pueden procurar al predio dominante una ventaja, comodidad ó recreo, ellas subsisten. Los tribunales admiten con mucha dificultad la casación de las sèrvidumbres y á fe que con razón; ellas se establecen con una mente de perpetuidad, las más de las veces á título oneroso; luego debèn 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 sèrvidumbre 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 sèrvidumbre *altius non tollendi*. El vecino contesta que esta sèrvidumbre 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 sèrvidumbre *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 sèrvidumbre conservaba una utilidad del predio dominante, esto es decisivo (1).

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

290. La sèrvidumbre 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 sèrvidumbre." 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 sèrvidumbre? 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 sèrvidumbre. 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 sèrvidumbre 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 sèrvidumbre, 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°).

zero, 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? No, 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 a 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, Bonnier 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 destruída 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 construído 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 destruídos en un incendio. Reconstruyéronlos, pero en menos proporciones, de suerte que también 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 (Daloz, 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 corte, 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. 1.º 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 Pumoulin, 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 (*Fasicrisia*, 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 margen 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, (*Dalloz*, 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 diríjase 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? Nó; 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. Zacharía, 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 (*Pasicrisja*, 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. 2°, p. 249, núm. 364. Aubry y Rau, t. 3°, 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 si 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 dos los que no pueden obrar, porque la extinción se fun-

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, 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. Ciertamente 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. No, 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.