

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.

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? No, 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, aquella 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). Párecenos 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 arrebatarse 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 herencia 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, cuotidiana. 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-