

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 (Dalloz, *Servidumbre*, número 1238 1°); sentencias de casación, de 31 de Diciembre de 1845 (Dalloz, 1846, 1, 39), y 14 de Noviembre de 1843 (Dalloz, 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 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 316, y 1844, 2, 99). Compárese Bruselas, 3 de Enero de 1849 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 83). En el sentido de nuestra opinión, Nancy, 14 de Marzo de 1842 (Dalloz, *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 Dalloz, *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 opone 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. 308.

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, "Questiones 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 no. Este es el punto importante del debate, y debemos determinarnos 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, 2º y 4º). Compárese Bruselas, 13 de Agosto de 1846 (*Pasijrisia*, 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 legistas 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. Síguese 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. 303, número 795 y p. 572, núm. 1019. Sentencia de casación, de 15 de Mayo de 1856 (Dalloz, 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 molineros 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 él interrumpido la prescripción por el todo, luego había conservado todo el derecho (1).

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

321. Si entre los co-propietarios 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, dícese; como la ley no hace ninguna distinción, hay que aplicarlo al caso previsto por el artículo 710. De esto resulta que se reputa 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 afilamos 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 borre 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 (Daloz, *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} ~~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. Cierto 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 recusorias. 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. Demolombe, 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. Dunod, 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 extraviar 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 concepción (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 Demante, 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. 3º, ps. 821 y siguientes.

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

4 Domat, "De las leyes civiles," lib. 1, tit. 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