

pueden, sin embargo, ganarse por tiempo de cuarenta años, según la ley 7.^a, tit. 29, Part. III, respecto de aquellas otras cosas que «*magüer sean comunalmente del concejo de alguna Cibdad ó Villa non usan comunalmente dellas todos, así como de las otras cosas sobredichas*» (1).

Con arreglo á la ley 13, tit. 31 de la Part. III, «*en las cosas que son suyas ó como suyas, pueden los omes poner servidumbres que sean provechosas al heredamiento ó cosa de otro é non á la suya*» (2).

34. ELEMENTOS FORMALES. a.—Modos de constituirse.—La ley 8.^a, tit. 4.^o, Lib. IV del Fuero Viejo, está derogada por otras leyes posteriores que sólo permiten constituir servidumbres por prescripción, contrato y testamento, según la 13, tit. 31, Part. III (3), razón por la cual la 28, tit. 5.^o, Part. V no tiene aplicación á las servidumbres urbanas (4).

Las leyes 14 y 15, tit. 31, Part. III, que se refieren al modo de constituirse las servidumbres y al de ganarse por la prescripción, no son aplicables á la sentencia que se funda en la ley 13, tit. 32 de la misma Partida, para declarar la existencia de la *servidumbre natural* de desagüe; ni lo es la doctrina de diferentes sentencias del Tribunal Supremo, que solamente se refiere á las servidumbres que se constituyen por la voluntad ú obra de los hombres (5).

La prescripción ordinaria establecida por la ley 15, tit. 31, Part. III, no se refiere á una pared común en que el derecho de medianería, adquirido por el dueño del edificio más bajo, es una manifestación constante de que puede levantarla y obstruir cualquier abertura que, como de mera tolerancia ó carácter precario, es incapaz de constituir un derecho ganado por tiempo (6).

Al declarar legítimamente constituidas unas servidumbres por virtud de la posesión inmemorial no inscrita y contra una escritura inscrita, si resulta que ni el recurrente adquirió el dominio de los inmuebles sobre que se prescribe con posterioridad á la ley Hipotecaria, ni el derecho de la demanda se funda en acto ó contrato sobre aquella posesión en que él no haya intervenido, ni, en consecuencia, puede ser reputado como tercero en el concepto y para los efectos de dicha disposición, no se infringe el núm. 2.^o del art. 2.^o de la ley Hipotecaria, que ordena la inscripción en el Registro de los títulos justificativos de las servidumbres, ni los arts. 13, 24, 25, 27, 30, 77 y 82 de la misma, porque en todos ellos se trata de servidumbres justificadas en su derecho y existencia por medio de escritura pública, y de ningún modo de las que no necesitan título y se constituyen y prueban por la sola posesión, á cuya clase corresponden las rústicas discontinuas, y respecto á las cuales ya establece lo conveniente, y de una manera especial y por excepción, el art. 35 (7).

Si bien el art. 35 de la nueva ley Hipotecaria, reformando la primitiva, esta-

(1) Sent. 6 Febrero 1864.

(2) Sent. 5 Abril 1883.

(3) Sents. 13 Octubre 1866, y 30 Abril 1878.

(4) Sents. 14 Mayo 1871, y 10 Abril 1875.

(5) Sent. 2 Julio 1878.

(6) Sent. 17 Mayo 1876.

(7) Sent. 15 Diciembre 1880.

blece que la prescripción que no requiera justo título no perjudicará á tercero si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla, no se infringe este artículo ni sus concordantes 397, 398 y 399, al declarar legítimamente constituidas unas servidumbres por virtud de la posesión inmemorial no inscrita y contra una escritura inscrita, si resulta que ni el recurrente adquirió el dominio de los inmuebles sobre que se prescribe con posterioridad á la nueva ley Hipotecaria, ni el derecho de la demanda se funda en acto ó contrato sobre aquella posesión en que él no haya intervenido ni, en consecuencia, puede ser reputado como tercero en el concepto y para los efectos de dicha disposición (1).

Tampoco se infringen los arts. 2.^o y 13 de la ley Hipotecaria, puesto que, según tiene declarado el Tribunal Supremo, se refieren á las servidumbres justificadas en su derecho y existencia por medio de escritura pública, y de ningún modo á las que necesitan título y se constituyen y prueban por la sola posesión, ni, finalmente, el 27 y 35 de la citada ley, no solamente porque tratándose, como se trata, de una servidumbre ostensible y manifiesta, no podían los recurrentes incurrir en error acerca de la realidad de un gravamen que está á la vista y patentiza la construcción ó forma del tejado del predio dominante, sino porque estableciendo la Sala sentenciadora que éste viene desde época remota vertiendo sus aguas sobre la casa contigua, convertida hoy en solar, es indudable que la prescripción de la servidumbre había tenido efecto antes de la publicación de la ley Hipotecaria vigente, y que el indicado derecho real se había adquirido con arreglo á la legislación común y, por consecuencia, no es exigible en este caso el requisito de la inscripción de que habla el párrafo 1.^o del art. 35, aun en el supuesto de que los recurrentes tuviesen el carácter de terceros (2).

Según lo declarado repetidamente por el Tribunal Supremo, de conformidad con las leyes 14 y 16, tit. 31, de la Part. III, para que puedan establecerse las servidumbres negativas por prescripción es necesario que medie un acto obstructivo de parte del dueño del predio dominante, desde el cual debe empezar á contarse el tiempo para prescribir (3).

Si bien las servidumbres discontinuas, cual es la de camino ó vía, pueden adquirirse por la prescripción de tiempo inmemorial, es necesario para ello que el uso no sea por fuerza ni por ruego al dueño del predio sirviente, sino con buena fe en la creencia que tiene derecho para ello, según la doctrina establecida en la ley 15, tit. 31, de la Part. III (4).

Las servidumbres discontinuas se ganan por el uso y sirvenles de título sus signos aparentes (5).

Á tenor de los arts. 2.^o, 13, 23, 25 y 27 de la ley Hipotecaria, los títulos en que se constituyan ó reconozcan derechos reales han de inscribirse en el Registro de la propiedad, debiendo las servidumbres constar especialmente en las inscripciones del predio dominante y sirviente, sin cuyo requisito no perjudican

(1) Sent. 15 Diciembre 1880.

(2) Sent. 13 Julio 1885.

(3) Sent. 10 Marzo 1882.

(4) Sent. 15 Diciembre 1882.

(5) Sent. 14 Noviembre 1888.

á tercero; y la prescripción de tales derechos tampoco produce efecto en cuanto á tercero, según el art. 35 de la misma ley, si no están inscriptos el título ó la posesión correspondientes (1).

Siendo un hecho admitido por la Sala sentenciadora que la servidumbre *stillicidi* se constituyó á ciencia y paciencia del dueño del predio sirviente, sin que por su parte se hiciera oposición alguna á ello, habiendo transcurrido con mucho exceso el término necesario para que adquiriera un derecho por prescripción el dueño del predio dominante, toda vez que se trata de una servidumbre afirmativa, la sentencia que así lo reconoce no infringe las leyes 14 y 15, título 31, Part. III, y los artículos 2.º, 13, 23 y 27 de la ley Hipotecaria, por negar aquélla al recurrente y dueño del predio sirviente la condición de tercero con respecto al contrato presunto en que se suponga haberse constituido el derecho real, á pesar de no estar consignado en escrituras ni en documento alguno, ni haberse inscrito ni anotado en el predio dominante ni en el sirviente (2).

Conforme á la ley 15, tit. 31, Part. V, para adquirir por prescripción el derecho á una servidumbre ha de tener el prescribente buena fe, que nace de la creencia de que le asiste aquel derecho, y contar con el expreso ó tácito consentimiento del dueño del predio sirviente; y faltando estos requisitos á juicio de la Sala sentenciadora, el fallo que estima una demanda negativa de una servidumbre que se supone constituida por aquel medio no infringe dicha ley y la 14 del mismo título y Partida, ni el art. 34 de la ley Hipotecaria (3).

La ley 15, tit. 31, Part. III, establece que se pueden ganar por tiempo de diez años las servidumbres que hacen servicio cotidianamente á otro, sin obra del que lo recibe, especificando marcadamente que es eso aplicable al caso en que se abre una ventana en la pared de su vecino por donde entrase luz en su casa (4).

Según la ley de 8 de Julio de 1813 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es necesario un título civil especial cuando se trata de la servidumbre ó goce de pastos en fincas ajenas (5).

Según la ley 15, tit. 31, Part. III, para la prescripción de las servidumbres discontinuas es menester que se haya usado de ellas tanto tiempo que no se puedan acordar los hombres, que es lo que le da el carácter de inmemorial (6).

35. ELEMENTOS FORMALES. b.—Modos de extinguirse.—La prescripción no empieza á correr desde que el dueño haya dejado por voluntad propia de hacer uso de cualquier derecho inherente al dominio, sino desde que se le haya puesto impedimento á ello (7).

Aunque el usufructo se extingue ordinariamente por muerte del usufructua-

(1) Sents. 22 Diciembre 1884, y 3 Diciembre 1887.

(2) Sent. 12 Noviembre 1889.

(3) Sent. 18 Noviembre 1890.

(4) Sent. 5 Mayo 1896.

(5) Sent. 18 Noviembre 1896.

(6) Sent. 28 Febrero 1898.

(7) Sents. 29 Mayo 1872; 6 Marzo 1875, y 13 Julio 1878.

rio, esto no excluye pueda extenderse su duración por condiciones ó pactos que no sean contrarios á su naturaleza y no hagan ilusorio el derecho del propietario, y por tanto, es válido el usufructo constituido en contrato por la vida del que lo otorga (1).

Según la ley 24, tit. 31, Part. III, se pierde el derecho de usufructo cuando el usufructuario deja pasar diez años entre presentes ó veinte entre ausentes sin hacer uso de ese derecho (2).

36. EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE SERVIDUMBRE.—Acción confesoria.—La prueba de la servidumbre incumbe al que sostiene haberse establecido en su beneficio (3).

La acción confesoria, fundada en el uso de una servidumbre desde tiempo inmemorial, exige por parte del actor la prueba de la posesión en que apoye su derecho (4).

La sentencia que absuelve de la demanda por acción negatoria de servidumbre de paso, no infringe el principio inconcuso de Derecho de que la limitación de dominio no se presume; porque si bien la acción negatoria en las servidumbres discontinuas tiene una duración proporcionada al tiempo que ellas requieren para ganarse por prescripción, en el presente caso se trata, no de un derecho adquirido por el uso, sino en fuerza del convenio realizado al partirse la misma, siendo necesario que la limitación del dominio conste expresamente; y no infringe la jurisprudencia confirmatoria de este principio, puesto que la existencia de la servidumbre objeto de la cuestión no se funda en fórmulas generales usadas en los contratos de enajenación, sino que se concreta y determina por virtud de lo convenido en la división (5).

La sentencia que absuelve de la demanda por acción negatoria de servidumbre de paso, no infringe la ley 15, tit. 31, Part. III, porque si bien la acción negatoria en las servidumbres discontinuas tiene una duración proporcionada al tiempo que ellas requieren para ganarse por prescripción, en el presente caso se trata, no de un derecho adquirido por el uso, sino en fuerza del convenio realizado al partirse la misma (6).

La sentencia que absuelve de la demanda por acción negatoria de servidumbre de paso, no infringe la ley 14, tit. 31, Part. III; porque es verdadero pacto, no sólo el que se constituye por el consentimiento expreso, sino también por el tácito, y éste existió, á juicio de la Sala sentenciadora, en favor de la servidumbre al partirse la finca, por estar probado que para el cultivo y disfrute de una de las mitades era forzoso entrar y salir por la otra, y que así se había entendido por los actos posteriores de los interesados, sin que contra estas apreciaciones se haya expuesto infracción de ninguna especie (7).

(1) Sent. 13 Septiembre 1861.

(2) Sent. 2 Diciembre 1895.

(3) Sents. 13 Enero 1860; 26 Noviembre y 1.º Diciembre 1864; 13 Diciembre 1865, y 12 Junio 1866.

(4) Sents. 17 Junio y 26 Noviembre 1864.

(5) Sent. 10 Enero 1883.

(6) Idem íd.

(7) Sent. 10 Enero 1883.