

cuando resulta de las disposiciones tomadas por el padre de familia y mantenidas por sus herederos. El nombre es impropio y propio para hacer caer en error.

Esto es confundir la propiedad con la servidumbre, que no es más que un desmembramiento de aquélla. Así se lee en una sentencia, que los derechos de los comunistas en un patio separativo de heredades divididas, y que ha seguido siendo común entre los co-participes, en virtud de lo que la corte llama destinos del poder de familia, son derechos que participan á la vez de los atributos de la propiedad y de los derechos de servidumbre. Tratábase de saber si el uso del patio común podía extenderse á otras heredades adquiridas por uno de los comunistas. La corte de Poitiers resolvió la cuestión negativamente (1); no pretendemos criticar de hecho la decisión, pero está mal motivada. Los principios que más adelante expon-dremos acerca de los derechos del propietario del predio dominante, no pueden invocarse cuando se trata de comunidad; hay en esto dos órdenes de ideas muy distintas. Sin duda que la co-propiedad de un patio no da derechos ilimitados á los comunistas, pues el límite de sus derechos resulta no de los principios que rigen las servidumbres, porque no hay servidumbre, sino de la intención de las partes contrayentes, y ésta únicamente es la que determina sus derechos.

### § III.—PRESCRIPCIÓN.

#### *Núm. 1. Principios generales.*

192. Según los términos del art. 690, las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por la posesión de treinta años. El art. 691 agrega que las servidumbres con-

1 Poitiers, 16 de Febrero de 1853 (Daloz, 1854, 2, 73). Compárese sentencia de denegada apelación, de 8 de Diciembre de 1824 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1047).

tinuas no aparentes y las servidumbres discontinuas aparentes ó nó, no pueden constituirse sino por títulos; la posesión, aun la inmemorial, no es suficiente para establecerlas. ¿Por qué el código admite la prescripción como modo de adquisición de las servidumbres? ¿por qué no la admite sino para ciertas servidumbres? ¿cuál es la prescripción por la que pueden adquirirse las servidumbres continuas y aparentes?

El art. 2219 dice que la prescripción es un medio de adquirir por cierto lapso de tiempo, y con las condiciones determinadas por la ley. En general, todos los derechos que están en el comercio pueden adquirirse por la prescripción (art. 2226). Este principio recibe, sin embargo, una restricción en materia de servidumbre. En el antiguo derecho la excepción era mucho más extensa. La costumbre de París, que es la fuente de nuestro título, decía (artículo 186): "El derecho de servidumbre no se adquiere por una larga posesión, sea la que fuere, aun cuando se haya disfrutado cien años." ¿Por qué la costumbre prohibía la prescripción? Dumoulin contesta que "para obviar las grandes empresas que se hacían so capa de tolerancia, por causa de amistad ó de familiaridad, de que se abusaba" (1). La prohibición pronunciada por la costumbre de París y por otras muchas costumbres se excedía del motivo por el cual se establece. No todas las servidumbres se fundan en la tolerancia y la familiaridad; esto es cierto de las servidumbres discontinuas tales como los derechos de paso y de toma de agua; esto no es cierto respecto de las servidumbres mucho más embarazosas de vista ó de acueducto. Los autores del código han tenido en cuenta las razones que habían hecho prohibir la prescripción en los países de derecho consuetudinario, manteniendo la

1 Ferrière, "Comentario sobre la costumbre de París," t. 2º, página 1519.

prohibición para las servidumbres discontinuas y no aparentes. Pero el motivo dado por Dumoulin no se aplica á todas las servidumbres continuas y aparentes á la vez. Luego era preciso mantener para estas servidumbres el derecho común, que admite la prescripción como medio de adquisición de la propiedad (art. 711). A fin de evitar el riesgo de un derecho fundado en la tolerancia, el código exige el período más largo que se requiere para la prescripción de los derechos inmobiliarios, es decir, una posesión de treinta años. Actos cotidianos y patentes, dice Berlier, ejercidos por tan largo tiempo sin ninguna reclamación, tienen un carácter propio para que se presuma el consentimiento del propietario vecino; el mismo título ha podido perderse, pero la posesión permanece y sus efectos no podrían eludirse sin injusticia" (1).

193. En el antiguo derecho, se había admitido, por la autoridad de Dumoulin, que la posesión inmemorial equivalía á un título: es un título, decía el oráculo del derecho consuetudinario, y no una prescripción (2) Engañábase el gran jurisconsulto. Si, como dice Pothier (3), la posesión de una servidumbre discontinua se presume precaria ¿el tiempo, aun cuando fueren cien años y más, puede borrar este vicio? Si la posesión de treinta años es viciosa, la de más de treinta años lo será igualmente. Esta es observación de Berlier, y es decisiva contra la posesión, por prolongada que se suponga.

El código mantiene los derechos adquiridos: "Sin que, no obstante, dice el art. 691, se pueden atacar hoy las servidumbres de esta naturaleza (discontinuas ó no discontinuas) ya adquiridas por la posesión en los países en que se podían adquirir por la posesión inmemorial." Para que

1 Berlier, Exposición de motivos, núm. 21 (Loché, t. 4º, p. 182).

2 Dumoulin, "Consil," XXVI, núms. 24 y 25. "Hujusmodi vero tempus habet vim constituti, nec dicitur præscripta, sed titulus."

3 Pothier, "sobre la costumbre de Orleans," art. 226.

se pueda invocar el beneficio de esta disposición, hay que probar que, al publicarse el título de las *Servidumbres*, había posesión inmemorial; haciéndose esta prueba por medio de testigos, el lapso de tiempo la hace imposible. Algunas sentencias pronunciadas en 1833 y en 1834 han decidido que los testigos, para dar fe de una posesión inmemorial anterior á la publicación del código civil, debían tener cincuenta y cuatro años de edad al hacerse esta publicación (1804): ¿en dónde encontrar, en 1872, testigos de esta edad? (1).

194. ¿Se puede invocar la prescripción de diez á veinte años con título y buena fe? El que posee una heredad sin ser propietario; concede una servidumbre; la constitución no es válida; pero el propietario del predio en cuyo provecho se ha establecido disfruta de ella durante diez ó veinte años, él tiene título y buena fe. Estas condiciones serían suficientes para hacer que adquiriese la propiedad del predio, si lo hubiese comprado de aquél que le ha otorgado la servidumbre; ¿pero son suficientes también para la adquisición de la servidumbre? La cuestión es debatida; si ella pudiera decidirse conforme á los principios, haciendo abstracción de los textos, la solución no sería dudosa. El que adquiere de buena fe y por justo título un inmueble prescribe la propiedad de éste por diez ó veinte años (artículo 2265); ahora bien, la servidumbre es un inmueble (art. 526); ella puede adquirirse por prescripción trentenaria sin título, luego debería también admitir la usucapción con título y buena fe. En apoyo de esta opinión, se agrega que el motivo por el cual la ley admite la prescripción trentenaria tiene más fuerza aun cuando hay título y buena fe; Berlier dice que la posesión hace presumir un consentimiento y un título, lo que supone la buena fe del

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 236, núm. 350. Demolombe, t. 12, p. 311, núm. 798.

que prescribe; ahora bien, la buena fe no se requiere para la prescripción trentenaria, mientras que sí es una condición esencial de la usucapión. Estas razones han hecho que se disminuya la adquisición de la propiedad. ¿No tienen la misma fuerza cuando se trata de la adquisición de las servidumbres?

Estos motivos han preocupado á excelentes ingenios (1). La jurisprudencia se ha pronunciado por la opinión contraria, y no vacilamos en afiliarnos á este parecer. Hay un argumento de texto que es decisivo. El art. 2264 dice: "Las reglas de la prescripción sobre otros objetos que los que se mencionan en el presente título, se explican en los títulos que les son propios." Esta disposición se halla en el Capítulo V, intitulado: *Del tiempo que se requiere para prescribir*. Este mismo capítulo es el que establece la usucapion al lado de la prescripción trentenaria. El art. 2264 supone, pues, que hay casos en que la ley admite una prescripción menos largo que la de treinta años, y casos en los cuales no hay lugar á la prescripción de diez ó veinte años. Pues bien, en el título de las *Servidumbres* se halla una disposición especial concerniente á la prescripción, y es el art. 690 que exige una posesión de treinta años para la adquisición de las servidumbres por prescripción. Los arts. 690 y 2264 combinados deciden la cuestión. Y á nosotros nos parece que el espíritu de la ley está en armonía con el texto. No se puede poner en duda que la posesión de las servidumbres sea menos caracterizada que la de la propiedad. El propietario que está en su terreno debe saber que un tercero prescribe un predio contra él; mientras que muy bien puede ignorar que un tercero ha practicado en su pared aberturas que constituyen el derecho de vista;

1 Durantou, t. 5º, p. 603, núm. 593. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 233, núm. 348. Troplong, "De la prescripción," t. 2º núm. 856.

se necesita habitar en el predio para distinguir la servidumbre de vista del derecho de luces; ahora bien, el tiempo requerido para prescribir tiene precisamente por objeto garantir los intereses de los que no habitan en sus propiedades contra la negligencia de los inquilinos ó de los arrendatarios, por lo que dicho tiempo debe ser más largo cuando se trata de una servidumbre que cuando se trata de la propiedad. Hé aquí por qué el art. 690 define y limita la especie de prescripción que hace adquirir las servidumbres, él no dice que las servidumbres se adquieren por la *prescripción*, sino que se obtienen por la *posesión* de treinta años. Esto nos parece decisivo (1).

*Núm. 2. ¿Cuáles son las servidumbres que se adquieren por prescripción?*

#### *I. Principio.*

195. Para que una servidumbre pueda adquirirse por la prescripción, se necesita que sea continua á la vez que aparente: lo que excluye la prescripción de las servidumbres discontinuas y no aparentes. El código lo dice formalmente agregando que tales servidumbres no pueden establecerse sino por título. ¿Cuáles son los motivos por los cuales la ley exige la doble condición de la apariencia y de la continuidad? La primera se explica por sí misma. En efecto, la prescripción adquisitiva tiene por base la posesión, y ésta debe reunir ciertos caracteres, y uno de los más esenciales es que sea pública. Ahora bien, la posesión de una servidumbre no aparente ciertamente que

1 Sentencia de casación de 10 de Diciembre de 1834 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1121). Bastia, 5 de Enero de 1847 (Daloz, 1847, 2, 3). Agen, 23 de Noviembre de 1857 (Daloz, 1858, 2, 21). Aubry y Rau, t. 3º, p. 77 y nota 1, y los autores que citan. Demolombe, t. 12, p. 285, núm. 781, y las autoridades que citan.

no tiene ese carácter de publicidad, sin el cual no podría haber prescripción. En cuanto á la condición de continuidad, no se relaciona con los caracteres que debe reunir la posesión, en virtud del art. 2229. Es cierto que esta disposición exige que la posesión sea *continua*, y que hay autores que han creído que la ley prohibía la prescripción de las servidumbres *discontinuas*, porque su posesión no era continua (1). Esto es confundir la *continuidad* de la *posesión* y la *continuidad* de las *servidumbres*. La palabra es la misma, pero la idea es muy diferente. Se dice que la *servidumbre* es *continua* cuando puede ejercerse sin el hecho actual del hombre; y la *posesión* es *continua* cuando el poseedor hace los actos de goce que tolera la naturaleza de la cosa. La posesión de una servidumbre *discontinua*, tal como una servidumbre de paso, podría, pues, ser *continua*, y no obstante esto, la ley no admite que se adquiera por prescripción. Antes hemos dado la razón de esto, y es que los actos que constituyen el ejercicio de una servidumbre discontinua implican, por lo común, la tolerancia, y se ejercitan en razón de las relaciones de buena vecindad, sin que el que los hace y el que los tolera quieran dar á entender que atribuyen á dichos actos una idea de derecho ó de gravamen. Así es que puede decirse de esas servidumbres lo que en el antiguo derecho Pothier decía de todo género de servidumbres: se presume que su posesión es precaria, y una posesión precaria no puede fundar prescripción. La condición de continuidad, exigida por el art. 690, es, pues, una aplicación del art. 2232, por cuyos términos los actos de simple tolerancia no pueden fundar ni posesión ni prescripción (2)

196. Se ha pretendido que el art. 690 recibe una excep-

1 Durantón, t. 5º, p. 587, núm. 578, y otros autores citados por Demolombe, t. 12, p. 291, núm. 786.

2 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 235, núm. 549, y Demolombe, t. 12, núm. 786.

ción en el caso en que una servidumbre está constituida por título, pero éste emana de quien no es propietario del predio sobre el cual debe ejercerse la servidumbre. Esta opinión está en oposición con el texto y con el espíritu de la ley. El art. 691 dice que las servidumbres continuas no aparentes, y las servidumbres discontinuas aparentes ó no, "no pueden establecerse sino por títulos." Esta disposición está concebida en términos restrictivos. Ella excluye para las servidumbres discontinuas ó no aparentes, cualquier manera de adquisición que no sea un título, luego la prescripción; y si la servidumbre pudiera establecerse por una posesión de treinta años, mediante título y buena fe, se fundaría en la prescripción. Luego este modo de establecimiento de las servidumbres discontinuas y no aparentes está rechazado por el texto formal de la ley. En vano se diría que, en este caso, el que reclama la servidumbre tiene un título, y que por consiguiente, está dentro de los términos del art. 691. ¿Qué es lo que el artículo 691 entiende por *título*? Esta disposición es una continuación del art. 690, según el cual las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por *título* ó por la posesión de treinta años. Claro es que la palabra *título* significa en el art. 690 un título verdadero, es decir, un título emanado del propietario del predio sirviente; luego esta palabra tiene la misma significación en el art. 691, el cual forma una sola cosa con el artículo que precede. El espíritu de la ley no deja duda alguna acerca de este punto. Al declarar en términos restrictivos que las servidumbres discontinuas ó no aparentes no se establecen sino por títulos, la ley da á entender que se excluye todo género de prescripción; ahora bien, la posesión de treinta años, por más que se apoye en un título emanado del no-propietario, es una prescripción y no un título. La ley no quiere la prescripción para las servidumbres discontinuas, y acabamos

de decir la razón. ¿Y acaso cesa esta razón cuando hay un título emanado del no-propietario? Así se pretende; la posesión es más precaria, se dice, supuesto que se apoya en un título. El argumento no es serio. ¿A quién se opone la prescripción? No es á aquél de quien emana el título, sino al verdadero propietario que ningún conocimiento tiene del título; á su respecto la posesión sigue siendo una posesión precaria, y por consiguiente, insuficiente para la prescripción (1).

La opinión contraria invoca el antiguo derecho (2). Este argumento tendría gran valor si el código hubiera consagrado los principios del derecho consuetudinario, cuando, al contrario, los ha desechado. Las costumbres decían: Ninguna servidumbre sin título. Admitían una excepción de esta prohibición, cuando la posesión se apoyaba en un título y en la buena fe. El texto de la costumbre de París autorizaba esta excepción, en el sentido de que se podía inferir por argumento *á contrario*. ¿Sucede lo mismo con el art. 691? El está concebido en los términos los más restrictivos; la redacción es tal, que excluye todo género de razonamiento *á contrario*, razonamiento que es siempre malo, á menos que esté en armonía con los principios, y en este caso, contrariaría los principios, puesto que vendría á dar por resultado admitir la prescripción cuando la ley exige un título.

196 *bis*. Se ha intentado, además, introducir una excepción al principio establecido por el art. 691 en el caso en que la servidumbre fuese ejercida durante treinta años después de opuesta contradicción á los derechos del propietario que se pretende estar gravado. Yo paso por el

1 Esta es la opinión generalmente adoptada. Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. 3º, p. 78, nota 2, y Demolombe, t. 13, p. 295, núm. 788.

2 Esta es la opinión de Muleville, "Análisis razonado," t. 2º, página 141, y de Toullier, t. 2º, ps. 289 y 292, núm. 629.

predio de mi vecino, saco agua de su fuente, y él hace oposición. Yo le manifiesto que tiene que abstenerse de todo impedimento semejante. Mi vecino se abstiene, en efecto, y durante treinta años yo ejerzo el derecho de paso ó de toma de agua sin ninguna oposición. Esta contradicción, se dice, á la que ha cedido el vecino, purga mi posesión del vicio de lo precario que le podía reprochar: ella la trastrueca, y resulta que la posesión se vuelve una posesión á título de propietario. El código admite, en efecto, que la posesión precaria puede trastrocarse, art. 2238, por la contradicción opuesta á aquél contra el cual se quiere prescribir. Pero esto supone que la prescripción es posible; y en el caso de que se trata no lo es, puesto que siendo discontinua la servidumbre no es susceptible de que se adquiera por la prescripción. El legislador habría podido tener en cuenta la contradicción, y declarar la servidumbre prescriptible en este caso; pero no lo ha hecho, y no corresponde al intérprete crear excepciones derogatorias de la ley, porque esto equivaldría á legislar (1). Habría que resolverlo así, aun cuando el que reclama la servidumbre apoyase su contradicción en un título emanado de un no propietario. Este título solo es suficiente, y acabamos de probarlo. La contradicción por si sola sería igualmente insuficiente, y todos así lo reconocen. ¿Qué importa, pues, que todo lo haya á la vez, título aparente y contradicción? Siempre se estaría fuera de la ley, que exige formalmente un título válido (2).

## II. Aplicaciones.

197. Se han presentado muchas dificultades en la apli-

1 Pardessus, t. 2º, p. 85, núm. 276, y los autores citados por Dalloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 1133; por Demolombe, t. 12, p. 299, núm. 789, y por Aubry y Rau, t. 3º, p. 78, nota 3 y t. 2º, página 129, nota 32.

2 Véanse las autoridades citadas por Dalloz, *Servidumbre*, número 1134, y Aubry y Rau, t. 3º, p. 78, nota 4.

cación de estos principios; la mayor parte tienen solución fácil en las definiciones que el código da de las servidumbres continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes (1). No nos detendremos más que en las aplicaciones que ofrezcan alguna duda. La servidumbre de paso es patentemente discontinua, y no puede adquirirse por la prescripción; sin embargo, ha dado lugar á un debate judicial. Una escritura de partición reservaba el derecho de paso recíproco para el servicio de los fundos en ella comprendidos, y agregaba, si es necesario. Uno de los co-partícipes ejerce el paso por una pradera, sin necesidad ninguna, porque á sus orillas corría un camino público, luego lo hacía por su sola comodidad. El invoca esta posesión, no para fundar en ella el establecimiento de la servidumbre por prescripción, sino para interpretar el título. La corte de Burdeos rechazó tal pretensión, porque tendía á trastocar las estipulaciones de la escritura más bien que á interpretarlas; en efecto, ella tenía por resultado crear, mediante la posesión, una servidumbre que rechazaba la escritura de partición (2).

El art. 688 coloca el derecho de toma de agua entre las servidumbres discontinuas. El ribereño de un estanque reclama un derecho sobre el agua del estanque, invocando para ello la prescripción. El, en efecto, había adquirido por la prescripción la propiedad de las orillas libres; ¿no podía decir que había adquirido al mismo tiempo el derecho de toma de agua? Nó, porque los dos derechos son de una naturaleza diferente: la propiedad se adquiere siempre por prescripción, mientras que las servidumbres discontinuas sólo por título se establecen. Recayó una sentencia de casación en este sentido (3).

1 Véanse los núms. 126 y siguientes.

2 Burdeos, 26 de Abril de 1830, (Daloz, "Servidumbre," número 1002, 3°).

3 Sentencia de casación de 28 de Abril de 1846 (Daloz, 1846, 1 206).

El código coloca también los derechos de pasturaje en el número de las servidumbres discontinuas; es decir, que una servidumbre de pasto no puede establecerse por prescripción. Existen varias sentencias en este sentido, lo que prueba que el hecho no siempre está de acuerdo con el derecho, pero el derecho es tan evidente que es inútil insistir (1).

198. Hay cuestiones más serias. La ley coloca los derrames entre las servidumbres continuas que pueden adquirirse por la posesión de treinta años. Esto no tiene duda respecto al derrame de las aguas pluviales, cuando se anuncia por medio de una obra exterior. ¿Sucede lo mismo con el agua de usos domésticos? La cuestión la hemos examinado en el núm. 132, y ella divide á los mejores ingenios. También remitimos al lector á lo que hemos dicho en el núm. 131, sobre la servidumbre que consiste en el derecho de hacer derramar el agua de un estanque sobre los predios inferiores; se ha fallado que esta servidumbre es continua, por más que no pueda emplearse sino levantando la compuerta que retiene el agua. Si además se manifiesta por obras aparentes, tales como acequias destinadas á facilitar el derrame del agua, ella es susceptible entonces de prescripción (2).

199. En los núms. 61 y 62 hemos expuesto los principios que rigen las luces y las vistas establecidas á título de servidumbre. Con mucha frecuencia es difícil distinguir las luces practicadas en virtud del derecho de propiedad, y que se llaman luces de sufrimiento ó de tolerancia, de las luces que, por no ser conformes con la ley, no pueden establecerse sino á título de servidumbre. Si el bastidor es de cristal fijo, es una luz de tolerancia. Si el

1 Chambéry, 23 de Enero de 1866 (Daloz, 1866, 2, 79). Sentencia de denegada apelación, de 27 de Mayo de 1868 (Daloz, 1869, 1, 399).

2 Sentencia de casación de 18 de Junio de 1851 (Daloz, 1851, 1, 296).