

bastidor permite que se abra la ventana, entonces es una luz de servidumbre (1). Ya por esto se verá cuán importante era exigir la prescripción la más prolongada para el establecimiento de estas servidumbres, por sólo á la larga puede el vecino asegurarse si hay ó nó un bastidor con vidriera inmóvil.

Se establece un terrado en un predio el cual procura una servidumbre de vista sobre la heredad vecina; si el terrado subsiste treinta años resultará de esto una servidumbre de vista? Se ha fallado la afirmativa, y con razón (2). En verdad que el art. 678 no prevee textualmente este caso, pero sí uno análogo, el de un balcón, y agrega, "y otros voladizos semejantes." Así, pues, la ley no es restrictiva, y no hay razón para que lo sea. En otro caso, el que reclamaba el derecho de vista invocaba la posesión en que estaba hacía más de treinta años de una puerta plena, sin imposta, la cual daba luz á un aposento por una abertura. La corte de casación falló que esta servidumbre no es prescriptible; en efecto, ella es discontinua, puesto que todas las veces que se quiere usar la servidumbre para dar luz al aposento se necesita el hecho actual del hombre, que abra la puerta (3).

200. La servidumbre de voladizo presenta dificultades particulares. Existe esta servidumbre cuando el techo ó la cornisa se adelantan hacia el predio del vecino. Cuando tal proyección tiene por objeto verter las aguas pluviales sobre la heredad del vecino, la cosa no es dudosa: ésta es la servidumbre de *destilación*, que es continua por naturaleza, supuesto que se ejerce sin el hecho actual del hombre, y es aparente, porque se anuncia por el vuelo del

1 Nimes, 17 de Mayo de 1851 (Daloz, 1851, 2, 77).

2 París, 9 de Julio de 1853 (Daloz, 1854, 5, 704).

3 Sentencia de denegada apelación, 7 de Julio de 1852 (Daloz 1852, 1, 167).

techo ó por la cornisa que hace veces de canal (1). La cuestión es más delicada cuando la cornisa es un simple ornato arquitectónico. Ella subsiste treinta años. El vecino no puede pedir su destrucción, esto es claro, porque él ha sufrido esta invasión sobre su propiedad durante treinta años, tenía derecho para exigir que se hubiese destruido, y ha perdido este derecho por la prescripción. ¿Pero puede él construir en su predio ó dar más altura á su edificio, de modo que la cornisa quede conglobada en la obra de albañilería de su construcción? La corte de casación ha fallado la afirmativa por motivo de que el derecho de dejar subsistir la cornisa no quita al vecino el derecho de edificar ó de elevar su casa; que él no puede perder ese derecho sino por la servidumbre *altius non tollendi*; y como esta servidumbre es no aparente, no puede establecerse sino por título. En vano sería que el propietario de la heredad dominante opusiese su posesión trentenaria, porque sólo ha prescrito lo que él ha poseído, y él ha poseído la servidumbre de voladizo, pero no la servidumbre *altius non tollendi*, lo que parece decidir la cuestión (2).

Existen, sin embargo, algunos motivos para dudar que hacen que nos inclinemos hacia la opinión contraria. Sin duda que la servidumbre *altius non tollendi* es no aparente, y no puede adquirirse directamente por la prescripción. Así es que no pretendemos que en el presente caso el vecino esté gravado con la servidumbre de no edificar más alto; él puede edificar, pero respetando el voladizo; ¿y es respetarlo el construir comprendiendo la cornisa dentro de la mampostería? Nó, porque la cornisa desaparece, era un ornato de arquitectura y cesa de serlo. Se opondrá la regla:

1 Gante, 17 de Noviembre de 1854 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 198).

2 Sentencia de casación, de 26 de Junio de 1867 (Daloz, 1867, 1, 254).

“tantum praescriptum quantum possessum.” Nosotros, á nuestra vez, la invocamos. Yo he poseído un ornato arquitectónico, tengo el derecho de conservarlo después de treinta años de posesión. Tú eres libre para edificar, pero lo harás de modo que dejes subsistir mi cornisa como tal. Hay en favor de esta opinión un argumento de analogía que es de mucho peso. El que practica ventanas de aspecto en una pared no posee más que una servidumbre de vista; sin embargo, después de treinta años el vecino ya no puede edificar de manera que perjudique las vistas del propietario de la heredad dominante; luego, en este concepto, está gravado con la servidumbre de no edificar, por más que esta servidumbre sea no aparente. Así lo ha decidido la jurisprudencia constante de la corte de casación (núm. 66). ¿Por qué no puede él edificar? Precisamente porque el propietario de la casa tiene el derecho de conservar lo que ha poseído; y ¿sería conservar unas ventanas de aspecto si el vecino tuviese el derecho de obstruirlas con sus construcciones? Puede hacerse un razonamiento idéntico en favor del propietario que ha poseído una cornisa, él también tiene el derecho de conservarla después de una posesión trentenaria, y ¿la conservaría si desapareciese en una mampostería?

Se hace una objeción muy especiosa. Si, dicen, la cornisa se hallare sobre la línea separativa de las dos heredades, sin invadir en nada el predio del vecino, éste podría edificar y apoyar sus construcciones contra la cornisa. Y si en lugar de hacer la cornisa en su predio, el propietario de la casa la hace en voladizo hacia la heredad del vecino ¿puede éste cambiar en algo su derecho? En ambos casos, hay una casa con cornisa; en los dos, el vecino puede edificar, y si puede apoyar su construcción sobre la cornisa cuando ésta se halla en el predio del propietario, debe tener el mismo derecho cuando ella se encuentra en su

propio predio (1). La respuesta es muy sencilla y juzgamos que perentoria. Cuando el propietario hace la cornisa dentro de los límites de su predio, usa de su derecho de propiedad, pero no adquiere con esto ningún derecho en el predio del vecino; luego éste puede, en virtud de su derecho absoluto de propiedad, edificar y apoyar su construcción contra la pared de la casa, que haya ó nó cornisa. Cuando al contrario, la cornisa está en saliente hacia la heredad del vecino, de esto resulta una servidumbre á cargo de éste, ya no tiene libertad para construir como le plazca, su derecho de propiedad está restringido por la servidumbre de voladizo que grava su predio, y esta servidumbre le impide edificar de manera que haga daño á la cornisa.

III. Prescripción de los derechos de propiedad análogos á la servidumbre.

201. La servidumbre tiene á veces grande analogía con la propiedad ó la co-propiedad; importa, sin embargo, distinguirlas bien, sobre todo, bajo el punto de vista de la prescripción. Al exponer los principios generales sobre las servidumbres, hemos establecido los caracteres que distinguen la propiedad de la servidumbre; sólo nos queda dar algunas aplicaciones de los principios que hemos dejado establecidos.

Acabamos de decir que el derecho de pasto es una servidumbre discontinua, que no puede adquirirse por la prescripción. Sin embargo, la corte de casación ha mantenido un derecho de pacto fundado en una larga posesión (2). Y es que este derecho puede ser ó el ejercicio de

1 Véase la nota del autor de la “Recopilación periódica de Dalloz, 1867, 1, 254.

2 Sentencia de denegada apelación, de 6 de Enero de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 18).

una copropiedad ó el ejercicio de una servidumbre; en el último caso, no puede tratarse de prescripción mientras que nada impide que se adquiriera por la prescripción, un derecho de co-propiedad en un terreno que sirve de pasto. Grande será la dificultad para distinguir los actos de posesión que manifiestan el derecho de propiedad de los actos que simplemente anuncian una servidumbre; pero una vez comprobados los hechos, el derecho es claro é incontestable.

Los caminos de servicio dan á menudo margen á debates del mismo género. Esto puede ser una servidumbre de paso, pero el paso puede también ejercerse á título de propiedad. En el último caso, será admisible la prescripción, y por consiguiente, la prueba testimonial que sirve para establecer la posesión; mientras que la servidumbre de paso no se adquiere por la prescripción; se necesita un título, y las más de las veces no hay ninguno concerniente á los caminos de explotación. Respecto á las dificultades que originan la prueba, remitimos al lector á lo que dijimos en el tomo VII de nuestros *Principios* (núms. 166-168). Cuando está establecida la naturaleza del derecho, la cuestión de saber si hay lugar á la prescripción está por eso mismo resuelta, y lo está por el art. 691 (1).

Núm. 3. Condiciones de la prescripción.

I. Derecho común.

202. Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por prescripción. ¿Cuáles son las condiciones de esta prescripción? Esta es una prescripción adquisitiva, la cual se funda en la posesión. El art. 690 lo dice: se necesita

1 Sentencias de denegada apelación de 2 de Julio de 1840 y de 10 de Enero de 1842 (Daloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 1107, 1º y 2º).

una posesión de treinta años. En el título de las *Servidumbres*, nada se dice de los caracteres que debe reunir la posesión para que pueda servir de base á la prescripción: el legislador, por esto mismo, se atiene á los principios generales, que expondremos en el título de la *Prescripción*. Por de pronto, no nos detendremos sino en algunos puntos que conciernen particularmente á las servidumbres.

A la posesión de las servidumbres se le llama una cuasi-posesión, lo que implica que no es la posesión ordinaria. El art. 2228, que define la posesión, distingue, en efecto, entre la posesión de una cosa y la posesión de un derecho. Cuando se trata de una cosa, el poseedor la *retiene*; cuando se trata de un derecho, el poseedor lo *disfruta*. Por lo demás el *goce* debe tener los mismos caracteres que la retención; porque el art. 2229, que enumera los requisitos para que la posesión pueda servir á la prescripción, no hace ninguna distinción entre la retención de una cosa y el goce de un derecho.

203. La posesión debe durar treinta años. Importa, pues, fijar el momento en que comienza. Se puede contestar que comienza con el goce. Pero esta respuesta no resuelve la dificultad. ¿Cuál es el momento preciso en que el propietario del predio dominante comienza á disfrutar de su derecho? La servidumbre es aparente. Ahora bien, según los términos del art. 689, las servidumbres son aparentes cuando se anuncian con obras exteriores, tales como una puerta, una ventana, un acueducto. Luego antes que todo es preciso que dicha obra esté terminada. Únicamente cuando haya una ventana de aspecto, será cuando sea cuestión de gozar la servidumbre de vista; pero también desde el momento en que queda construida la ventana, el goce del derecho comienza, supuesto que la servidumbre es continua, es decir, que se ejerce sin que haya necesidad del hecho actual del hombre (art. 688).

En esto la cuasi-posesión difiere mucho de la posesión de las cosas. Esta exige siempre el hecho del hombre para ejercerse, y se necesitan actos continuos para que la posesión sea útil á la prescripción. Mientras que para la cuasi-posesión de las servidumbres, basta que intervenga el hecho del hombre en el momento en que se construyen las obras necesarias; después de esto, la servidumbre se ejerce por sí misma, puesto que se trata de una servidumbre continua (1).

204. Así, pues, las obras que anuncian la servidumbre hacen un papel esencial en la prescripción. Se pregunta si los trabajos deben hacerse en el predio sirviente. Cuando se trata de las obras que el propietario inferior debe hacer, según el art. 643, para adquirir por la prescripción un derecho al derrame de las aguas, la jurisprudencia exige que los trabajos se ejecuten en el predio sirviente; y se ha querido hacer de esta condición una regla general. A decir verdad, el art. 643 no la prescribe y ningún texto del código la establece. Y aun hay ciertas servidumbres para las cuales las obras casi siempre se emprenden en el predio dominante: tal es la servidumbre de vista cuando la ventana que la anuncia está practicada en una pared que es propiedad exclusiva del predio dominante. Esto no tiene la menor duda (2).

Una cuestión más dudosa, al menos en teoría, es la de saber si los trabajos debe hacerlos el propietario del predio dominante. La resuelven negativamente (3); poco importa, se dice, que las obras hayan sido construidas por el propietario ó por un poseedor, ó un usufructuario, y aun por un inquilino ó un arrendatario. Trátase de un hecho material de posesión, y la posesión se ejerce útilmente en

1 Toullier, t. 2º, p. 294, núms. 634 y 636.

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 79 y nota 11, y los autores que ellos citan.

3 Pardessus, t. 2º, p. 90, núm. 277.

lugar del propietario por todos los que retienen el predio. El art. 2228 lo dice al definir la cuasi-posesión: "el goce de un derecho que ejercemos por nosotros mismos ó por otro que lo ejerce á nuestro nombre." Claro es que la posesión la puede ejercer un simple detentor del predio. ¿Pero realmente es cierto que la construcción de las obras sea un acto de goce del derecho? A nosotros nos parece que la pregunta implica un absurdo: ¿se puede gozar de un derecho de vista antes de que haya vista, es decir, una ventana de aspecto? Los trabajos preceden necesariamente al goce, por lo que el art. 2228 es inaplicable, y la cuestión debe resolverse por los principios, supuesto que no hay texto.

Antes hemos dicho, y todos están de acuerdo sobre el principio, que el propietario del predio es el único que puede adquirir una servidumbre para el predio, porque él solo tiene derecho de hablar á nombre del predio. Sigue-se de aquí que él solo tiene el derecho de obrar á nombre del predio. Luego él debe hacer los trabajos que tienen por objeto adquirir un derecho al predio. Se objeta que al poseer no se contrata, que la posesión es un hecho material y que el derecho se adquiere en virtud de este hecho material. ¿No es esto detenerse en la corteza de la prescripción? La prescripción no es un hecho puramente físico. Berlier, el orador del gobierno, lo dice en la Exposición de motivos (1): la adquisición de las servidumbres por una larga posesión implica, sea la existencia de un título que ha podido perderse, sea el consentimiento del propietario contra el cual se prescribe, así como del propietario que adquiere un derecho por la prescripción. No concebimos que un hecho material, sin intervención de la voluntad, engendre un derecho. ¿En dónde estará la razón de la diferencia entre el título y la prescripción? ¿Por

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

qué se necesita el consentimiento del propietario del predio sirviente cuando una servidumbre se adquiere por título? y por qué este consentimiento no sería ya necesario cuando esta misma servidumbre se establece por prescripción? Se contestará que un inquilino, por más que no pueda estipular una servidumbre, puede, no obstante, poseerla, y que esta posesión engendra la servidumbre; ahora bien, si él puede poseer útilmente por el propietario del predio, ¿por qué no había de poder construir las obras necesarias para el ejercicio de la servidumbre? En materia de servidumbre, la respuesta es fácil. El fundo es el que adquiere el derecho; el detentor debe, pues, ser el órgano del fundo, y no existe más representante del fundo que el propietario. Es verdad que el inquilino posee á nombre del arrendador, pero cuando los trabajos se ejecutan, no se trata todavía de poseer, luego el inquilino carece de derecho. Una vez ejecutadas las obras, empieza la posesión y el inquilino podrá disfrutar á nombre del dueño. Por mejor decir, el fundo es el que disfruta y posee, porque en general, no se requieren los actos del inquilino y del poseedor para el ejercicio de una servidumbre continua.

La opinión contraria se enseña universalmente. Se ha inferido que las obras necesarias para el ejercicio de la servidumbre puede ejecutarlo todo detentor del predio, aun cuando no tuviese la intención de adquirir una servidumbre, basta el hecho material de los trabajos (1). La consecuencia es lógica, pero ¿no habla en contra del principio de donde emana? El art. 2228, que admite que el detentor posee por aquél de quien tiene la cosa, implica la voluntad de poseer, así como toda posesión supone que el poseedor tiene la intención de ejercer un derecho. Ahora bien, en la opinión general, una servidumbre podría ad-

1 Aubry y Rau t. 3º, p. 79 y notas 11 y 12, y los autores que ellos citan.

quirirse sin voluntad alguna. El inquilino es el que ejecuta las obras, y lo hace sin intención de adquirir un derecho; se supone que el propietario permanece extraño á los trabajos. Por espacio de treinta años, la servidumbre se ejerce por sí misma, siempre sin que intervenga ninguna voluntad; en seguida se adquirirá el derecho. ¿Qué viene á ser de la prescripción en esta doctrina? ¿en dónde está el consentimiento tácito que ella supone? Ni siquiera puede decirse que haya consentimiento por parte del propietario del predio sometido; él no consiente en el establecimiento de un derecho, supuesto que su vecino no pretende adquirir un derecho. Preciso es devolver á la voluntad del hombre la influencia necesaria que tiene en todas las relaciones jurídicas. En vano se dice que se trata de derechos reales, derechos que se adquieren por un predio y que se ejercen por un predio: éstas no pasan de ser sutilezas, ¿habría aun derechos reales, no habiendo hombres? Los predios seguirían siendo lo que son, y no obstante, la cuestión no podría ser de derecho, porque el hombre sólo es un ser capaz de derecho. En el título de la *Prescripción* volveremos á ver el papel que en materia de posesión desempeña la voluntad del hombre.

205. La cuasi-posesión debe tener los mismos caracteres que la posesión para que pueda servir de base á la prescripción. Uno de estos caracteres hace importante papel en materia de servidumbre. El art. 2232 dice que los actos de simple tolerancia no pueden fundar ni posesión ni prescripción. Por basarse las servidumbres discontinuas en actos que pueden ser y son las más de las veces actos de tolerancia y de buena vecindad es por lo que la ley no quiere que se adquieran por prescripción. En el antiguo derecho se iba más lejos y se presumía que toda servidumbre era precaria, es decir, un acto de tolerancia. El

código acepta el establecimiento de las servidumbres continuas y aparentes por la prescripción. Pero se necesita, entiéndase bien, que la posesión de treinta años sea una posesión útil para prescribir, y no puede servir ya para la prescripción cuando se funda en actos de tolerancia. Así, pues, una servidumbre, á pesar de ser continua, no se establecería por prescripción si la posesión fuese de tolerancia.

El principio es cierto, por estar escrito en la ley. Pero la aplicación no carece de dificultades. ¿Cuándo hay posesión de pura tolerancia? La ley no la define, por lo que viene á ser una cuestión de hecho; en vano se intentaría establecer un principio en esta materia. Por esto se ha dicho que la posesión dejaría de ser de tolerancia cuando la servidumbre causare una molestia real al propietario de la heredad sometida, y cuando éste tuviese un interés serio para oponerse á ella (1). Creemos nosotros que la idea de tolerancia ó de familiaridad implica vínculos de amistad ó por lo menos de buena vecindad. Por consiguiente, el juez debe considerar, sobre todo, la naturaleza de las relaciones que existen entre vecinos; éstos nada tolerarán si son enemigos, y todo lo tolerarán si son amigos. No hay medio de generalizar cuando todo depende de las relaciones individuales. ¿Unas ventanas abiertas en la pared delantera de una casa, y con vista directa hacia el techo de la finca vecina, son luces de tolerancia? La corte de casación resolvió la pregunta afirmativamente, pero tuvo cuidado de hacer constar que la corte de apelación había declarado de hecho que el pretendido derecho de vista reclamado por el actor no se podía considerar sino como un acto de tolerancia (2). Así, pues, la cuestión queda siem-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 80 y nota 14.

2 Sentencia de denegada apelación de 14 de Diciembre de 1838 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 474, 5º).

pre como cuestión de hecho. Se falló también que la existencia de barreras en un camino no probaba que el que las había disfrutado gozase de un derecho de servidumbre; los jueces del hecho habían reconocido que la comuna había tolerado las barreras para facilitar la guarda del ganado en el pasto (1). Es inútil dar otras aplicaciones, porque todo depende de las circunstancias de la causa.

206. Veamos, sin embargo, una cuestión de derecho. Supónese que el que abre una ventana hacia el predio del vecino reconoce por medio de un escrito que su posesión no es más que de simple tolerancia, ¿este reconocimiento será un obstáculo para la prescripción? Se adopta generalmente la afirmativa, y aun el art. 2232 parece que no deja duda alguna: si se comprueba por propia confesión del que ejerce la posesión, que su goce es de pura tolerancia, resulta que la posesión deja de ser una posesión en el sentido legal de la palabra, y que no puede fundar prescripción: el art. 2232 así lo dice. Hay, sin embargo, algunas razones para dudar. El art. 2248 prevee el caso en que el poseedor que prescribe reconoce el derecho de aquél contra el cual prescribe, y no atribuye á este reconocimiento otro efecto que el de interrumpir la prescripción. ¿No debe aplicarse este artículo á nuestro caso? Nó, porque él que reconoce que su posesión es de tolerancia hace más que reconocer el derecho de su vecino á la libertad de su predio, confiesa que su posesión es viciosa y que no puede servir de base á la prescripción; ahora bien, desde el momento en que la posesión es viciosa, permanece como tal y hace imposible la prescripción. Aquí se hace una nueva objeción. El art. 2220, se dice, prohíbe que de antemano se renuncie á la prescripción; y ¿no equi-

1 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Junio de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 433).