

295. Se objeta que el art. 704 interpretado de ese modo es inútil, ¿para qué, dicen, repetir en el art. 704 lo que está escrito en el art. 706? Se ha ensayado el dar otro significado al art. 704. Vamos á ver sucesivamente las diversas interpretaciones que se han propuesto, examinado á la vez las dificultades que presenta esta disposición. Hay una primera interpretación que precisamente se refiere á la objeción que se hace á la explicación literal de los textos que acabamos de dar. Los arts. 703 y 704 suponen que en el estado de los sitios se ha operado un cambio que momentáneamente hace imposible el uso de la servidumbre. Si esta imposibilidad dura treinta años ¿se extinguirá la servidumbre? Esta consecuencia resulta de la interpretación literal de la ley; es inadmisibile, dicen, y habla en contra del principio de donde se deriva. Se concibe que la servidumbre se extinga por falta de uso, cuando del propietario del predio dominante depende usarla ó no usarla; si no la usa por el plazo más largo requerido para la prescripción extintiva, es porque renuncia á su derecho. Pero esta presunción de renuncia no tiene sentido cuando aquél á quien se debe la servidumbre ha estado en la imposibilidad material de usarla: ¿hay que preguntar si se renuncia á un derecho de no ejercerlo, cuando se halla uno en la imposibilidad de ejercerlo? Es llegado el caso de aplicar el principio de que la prescripción no corre contra el que no puede obrar. El texto mismo del art. 704 confirma esta interpretación, agrégase: la ley no dice que la servidumbre se extinga, sino que se *presume* la extinción, lo que implica que no hay más que una presunción de renuncia, presunción que el propietario del predio dominante desvanece al probar que si él no ha usado de su derecho, es porque había un obstáculo material que se lo impedía, lo que excluye todo pensamiento de renuncia. La tradición presta una gran fuerza á esta opinión: Domat, dice,

“formalmente” que no debe correr la prescripción contra quien no puede usar de la servidumbre (1).

Nosotros no podemos admitir esa interpretación porque está en oposición con los textos y con los principios. No es exacto decir que el art. 704 no establezca más que una presunción de extinción. No conocemos presunta prescripción. En cierto sentido, puede decirse que la prescripción descansa en una presunción de renuncia, pero esta presunción no admite prueba contraria, porque la prescripción es de interés público. Ahora bien, no puede dudarse de que se trate en los arts. 704 y 706 de la prescripción extintiva; de ello tenemos una prueba en el artículo 665 que no hace más que aplicar el principio establecido por el art. 704. Lo vamos á transcribir porque hace gran papel en el debate que estamos tocando por encima: “Cuando se reconstruye una pared medianera ó una casa, continúan las servidumbres activas y pasivas respecto á la nueva pared ó á la nueva cosa, sin que, no obstante, puedan ellas agravarse, y con tal que la reconstrucción se haga “antes de que la prescripción esté adquirida.” Luego hay prescripción. Se invoca contra la aplicación de la prescripción la imposibilidad en que se hallaba el propietario del predio dominante para usar de la servidumbre, y se agrega que la prescripción no corre contra el que no puede obrar. Este, en efecto, es un motivo para dudar, pero diríjase al legislador y no al intérprete, porque el legislador para nada tuvo en cuenta dichos motivos. Para el intérprete la cuestión es sencillísima. ¿Existe un texto que decida en términos absolutos que la prescripción no corre contra el que no puede obrar? Nó; lue-

1 Domat, “Leyes civiles,” lib. I, título XII, sección VI, núm. 1, Toullier, t. 2º, p. 321, núms. 690 y siguientes. Marcadé, art. 703, número 2, t. 12, p. 625. Zacharia, traducción de Massé y Vergé, t. 2º, p. 208, nota 2. Compárese sentencia de la corte de casación de Bélgica de 7 de Enero de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 1; 111).

go quedamos bajo el imperio de la regla general consagrada por el art. 2251. "La prescripción corre contra toda persona, á menos que esté comprendida en alguna excepción establecida por una ley." ¿Y en el título de las "Servidumbres," hay una excepción en provecho del que no puede usar su derecho? Por el contrario, hay dos disposiciones, el art. 704 y el 605 que aplican el principio en todo su rigor. Si el legislador ha sido demasiado riguroso, eso es asunto suyo y no del intérprete. A nuestro juicio, el rigor es más aparente que real. La ley no sacrifica los derechos de la heredad dominante; si el estado de los sitios no le permite usar la servidumbre, nada le impide que pida un reconocimiento de su derecho, lo que interrumpirá la prescripción, y si necesario fuere puede promover la declaración de servidumbre. Luego tiene un medio de conservar su derecho. Si nada hace para conservarlo, con toda equidad puede aplicársele la presunción de que renuncia á su derecho (1).

Ahora se comprenderá la necesidad del art. 704. Es un error creer que es inútil (2). Los autores del código tenían á la vista la opinión de Domat, su guía habitual, ellos no la aceptaban, por lo mismo debían decirlo en términos claros y precisos; de lo contrario, se habría podido prevalerse de la tradición para sostener que había que distinguir la falta de uso que implica renuncia, y la imposibilidad de usar que no supone la voluntad de renunciar. Esta voluntad del legislador de desechar la doctrina de Domat explica también la singular redacción del art. 704. En lugar de decir: "á menos que haya transcurrido un espacio de tiempo suficiente para que se presuma la extinción de la

1 Demolombe, t. 12, p. 509, núm. 979. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 249, núm. 364. Aubry y Rau, t. 3º, p. 102 y nota 7. Compárese sentencia de Lieja de 22 de Mayo de 1869 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 7).

2 Demolombe lo cree, (t. 12, p. 513, núm. 979).

servidumbre, así como se dice en el atr. 707," ¿no era más sencillo decir, como lo hece el art. 665: "á menos que se adquiriera la prescripción?" El legislador ha querido marcar que mantenía la presunción de renuncia en la cual se funda la extinción de las servidumbres por la falta de uso, á pesar de las especiosísimas objeciones de Domat.

296. Acabamos de decir que el *espacio de tiempo* de que habla el art. 704 es una prescripción. Esto también se debate; pero, en realidad, no hay la menor duda; si buenos ingenios no hubieran sostenido, la opinión contraria no valdría la pena detenerse en esto un solo momento. Se pretende que el plazo de treinta años, en el caso del art. 704, es uno de esos plazos prefijados que no pueden prolongarse, aun cuando hubiese causas para suspender la prescripción (1). En el título de la *Prescripción*, insistiremos acerca de esta teoría de los plazos prefijados que ningún texto consagra. En el caso de que estamos tratando, hay dos textos contrarios y decisivos. El art. 704 remite al 707, é implícitamente al 706. ¿El plazo de treinta años del art. 706 es una prescripción ó un plazo prefijado? ¿Y si este plazo es una prescripción, como se conciliaría que, en el caso del artículo 704, este mismo plazo fuese prefijo, cuando dicho artículo no es más que la aplicación del art. 706? Viene en seguida el art. 665 que prevee una hipótesis idéntica á la del art. 704, y allí, la ley dice formalmente que se trata de una prescripción. ¡Así es que no habría prescripción en el art. 704 que asienta el principio, y sí la habría en el caso del art. 665 que no hace más que aplicar el principio! ¡Esto en verdad, es abusar del derecho de debatir! Existen, no obstante, en teoría, algunas objeciones plausibles. Cuando se trata de no-uso (art. 706), se concibe, dicen, que la prescripción no corra contra los menores y contra to dos los que no pueden obrar, porque la extinción se fun-

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 248, núm. 363.

da en una presunción de renuncia; ahora bien, el menor no puede renunciar. Mientras que en el caso del art. 704, un obstáculo material es lo que opone al ejercicio de la servidumbre; este obstáculo es el mismo para todos, menores ó mayores. De antemano hemos contestado nosotros al argumento; hay también en el art. 704 una presunción de renuncia, supuesto que el propietario que tiene impedimento para ejercer la servidumbre puede, no obstante, interrumpir la prescripción; en este sentido, si puede obrar, pero para obrar necesita ser mayor, y por lo tanto, el plazo no debe correr contra los menores.

No estamos hablando de los inconvenientes que se señalan, de la prescripción que se prolonga indefinidamente á causa de la suspensión. Los inconvenientes son de la incumbencia del legislador: á nuestro juicio, ha hecho bien en no tenerlos en cuenta; el mayor de todos los inconvenientes sería privar á un propietario de su derecho, cuando en razón de su incapacidad no puede conservarlo. Hay un último argumento del cual tenemos que decir una palabra, aun cuando no sea sino para patentizar cómo se abusa de los trabajos preparatorios. El proyecto de código civil, se dice, no aceptaba más que un plazo de diez años en el art. 704, bien que estableciera un plazo de treinta años para el no-uso. ¿Y qué es lo que esto prueba? ¿Que el plazo de diez años no era una prescripción, sino un plazo prefijado? Esto es lo que se debía probar primeramente. Y cuando se hubiera rendido esta prueba, todavía se podía contestar, y sería perentoria la respuesta, que las autores del código han desechado el sistema del proyecto y que han asimilado las dos hipótesis, la falta de uso y la de la imposibilidad de usar la servidumbre (1).

1 Esta es la opinión general. Véase Demolombe, t. 12, p. 506 número 977; Aubry y Rau, t. 2º, p. 503 y nota 9. Demante, t. 2º, p. 658 núm. 562 bis, 4º.

297. El art. 704 presenta otra dificultad, la única que, á nuestro juicio, sea seria. Remite al art. 707, el cual determina de qué manera se calcula el plazo de treinta años, distinguiendo entre las servidumbres continuas y las discontinuas. Cuando se trata de una servidumbre discontinua, los treinta años comienzan á contarse desde el día en que se ha cesado de disfrutar, y corren desde el día en que se ha ejecutado un acto contrario á la servidumbre, cuando se trata de servidumbres discontinuas. ¿Debe aplicarse esta distinción al caso previsto por el art. 704? A primera vista, sorprende que se haya planteado la cuestión. El código remite expresamente al art. 707; esta remisión debe tener un sentido, y deja de tenerlo si no se aplica la distinción que hace el art. 707 entre las servidumbres continuas y las discontinuas. Pero si se aplica se llega, en apariencia, á una consecuencia absurda. Una casa disfruta de una servidumbre de vista, y es destruida; pasan treinta años antes de reconstruirla; ¿se habrá extinguido la servidumbre? Nó, si toma uno en cuenta el artículo 707; porque se necesita un acto contrario á la servidumbre para que empiece á correr la prescripción; y acto contrario no lo hay en el caso que examinamos. ¿Qué resultará de esto? Que las servidumbres continuas no podrán extinguirse. En efecto, ¿es concebible que se efectúe un acto contrario á la servidumbre, cuando el cambio acaecido hace imposible el uso de la servidumbre? Lo que hay de absurdo en esta consecuencia es que las servidumbres discontinuas se extinguirán en el caso del art. 704, y que las continuas no se extinguirán. ¿Hay razón para esta diferencia? Ninguna; de lo que se concluye que la diferencia no debe existir. ¿Y qué viene á ser entonces de la remisión al art. 707? Se le borra, ó cosa por el estilo. Esto nos parece todavía más inadmisibile, porque es cambiar la ley, y el intérprete no tiene semejante derecho.

Así, pues, mantenemos la remisión, y por lo tanto, la distinción entre las servidumbres continuas y las discontinuas. En el ejemplo que hemos supuesto, puede suceder que construyendo se ejecute un acto contrario á la servidumbre de vista. Y si se estuviera en la imposibilidad de ejecutar un acto contrario, podría notificarse al propietario del predio dominante una prohibición de restablecer el estado de los sitios, ó una protesta cualquiera contra el restablecimiento de la servidumbre, lo que debe equivaler á un acto, supuesto que sería el único acto posible (1).

298. Queda una última cuestión: ¿empieza á correr la prescripción, si á pesar de los cambios que impiden usar la servidumbre, quedan vestigios de ella? El código no establece esta excepción, lo que, según nuestro parecer, es decisivo, porque no hay excepción sin texto. Se invoca la tradición. Cierto es que en el antiguo derecho se admitía que la posesión de la servidumbre se conservaba por los vestigios, y de esto se concluía que la prescripción no comenzaba á correr sino desde el día de su destrucción. Esto era una verdadera ficción, y ficción no la hay sin ley, y el código lejos de consagrarla, la rechaza implícitamente. El avanza el principio que la prescripción comienza á correr desde el día en que se cesa de disfrutar de la servidumbre, cuando se trata de una discontinua; y ¿se disfruta de una servidumbre de paso cuando quedan vestigios de un camino, y cuando ya no se pasa por éste? Si la servidumbre es continua, el art. 702 quiere que haya un acto contrario á la servidumbre para que la prescripción comience á contarse, ella correrá desde que exista tal acto contrario, que haya ó no vestigios. Es verdad que en la

1 Véase en sentido contrario, Demante, t. 2º, p. 659, núm. 562 bis, 5º. Demolombe, t. 12, p. 515, núm. 980. Aubry y Rau, t. 2º, p. 102, nota 6.

doctrina común, no se tiene en cuenta el art. 706; pero aun cuando nos colocáramos en el terreno de la opinión general, todavía entonces habría que repeler la ficción de los vestigios. El art. 703 dice que las servidumbres cesan cuando las cosas se hallan en tal estado que ya no pueden usarse; y no reviven, según el art. 704, si tal estado de cosas ha durado treinta años. Así, pues, la cuestión de los vestigios se reduce á esto: ¿se usa una servidumbre si de ella quedan algunos vestigios? ¿Una puerta practicada para ejercer el derecho de paso constituye un uso de la servidumbre, cuando realmente ya no se puede pasar, porque se ha suprimido el camino de tránsito? Ficción pura, y lo repetimos, no hay ficción sin texto. Yo tenía el derecho de apoyar mi viga contra tu pared, y la quito; el agujero subsiste, luego se conserva mi derecho, dicen. Nó, porque yo no uso de mi derecho, y hay que suponer, además, en el caso del art. 704, que el uso es imposible; ahora bien, ¿cómo se quiere que se tenga por ejercida una servidumbre cuando su uso es imposible? Ficciones siempre, y ficciones contrarias al texto (1).

#### § II.—DE LA CONFUSION.

299. Según los términos del art. 705, “toda servidumbre se extingue cuando el predio al que se debe y el que la debe se reúnen en las mismas manos.” La servidumbre se extingue aun cuando continuara el servicio que uno de los predios presta al otro; á contar desde la reunión de los predios, se efectúa la servidumbre á título de propiedad, porque nadie puede tener servidumbre en su propia

1 Pardessus, t. 2º, p. 168, núm. 308. Demolombe, t. 12, p. 564, número 1012. Duvergier sobre Toullier, t. 2º, p. 331, nota. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 3º, p. 102 y nota 8, y los autores que citan, y t. 2º, p. 88, nota 28, y p. 89, nota 29.