

testable. En segundo lugar, podría uno prevalerse de los principios que se siguen en la extinción de las deudas y créditos por efecto de la confusión; en caso de venta, cesa la confusión; ¿no debe también cesar en materia de derechos reales? En teoría, y haciendo abstracción de los textos, nosotros habríamos aceptado la asimilación; pero en presencia del art. 694, esto nos parece imposible, porque resulta de esta disposición que, en el espíritu de la ley, la confusión opera un efecto definitivo, á menos que la existencia de un signo aparente haga suponer un convenio tácito.

§ III.—DEL NO-USO.

*Núm. 1. Duración de la prescripción.*

304. El art. 706 dice que “la servidumbre se extingue por la falta de uso durante treinta años.” Lo que la ley llama falta de uso no es otra cosa que la prescripción extintiva: los que tienen un derecho sea personal, sea real, deben ejercerlo dentro del plazo de treinta años, después de este plazo si se les puede rechazar por la prescripción. El código aplica este principio á las hipotecas (art. 2180), al usufructo (art. 617); debía también aplicarlo á las servidumbres. En materia de servidumbres, hay motivos especiales que justifican la extinción del derecho. Se estipulan las servidumbres no para ventaja de las personas, sino para utilidad de los predios; esta utilidad es permanente, cotidiana. Si el propietario del predio dominante se está treinta años sin ejercer la servidumbre, es de creer que ésta es inútil, que por lo tanto, no tiene razón de ser; nada más legítimo, en este caso, que la presunción de la renuncia en que descansa la prescripción.

305. Decimos que todo derecho real se extingue por la prescripción trentenaria. Este principio no se aplica sino

á los derechos que son un desmembramiento de la propiedad; no se aplica á la propiedad misma, ésta se pierde también por la prescripción, pero para que la haya, no basta que el propietario no haya usado su derecho, se necesita que un tercero haya poseído la cosa durante el tiempo requerido para la prescripción, y se necesita que la posesión presente los caracteres determinados por la ley. Insistiremos sobre este punto en el título de la *Prescripción*. Hay, además, otra diferencia entre la prescripción de la propiedad y la de las servidumbres. El propietario pierde su derecho cuando un tercero posee su predio durante diez ó veinte años con título y buena fe; mientras que en la opinión consagrada por la jurisprudencia, como más adelante lo expresaremos, la usucapción no extingue las servidumbres.

Es, pues, muy importante distinguir si un derecho constituye una propiedad, ó si no es más que uno de esos desmembramientos de la propiedad que se llaman servidumbres. En otro lugar de esta obra (t. VII, núm. 160) hemos dicho que con frecuencia es muy difícil la distinción. ¿El derecho á las segundas yerbas es una servidumbre ó una co-propiedad? Unas veces es una cosa, y otras veces es la otra. Se ha fallado que es un derecho de pasto lo que el art. 688 coloca entre las servidumbres; pero la sentencia se apoya en circunstancias particulares. Este derecho, dice la corte de Caen, tiene origen en una concesión otorgada á las comunas, mediante renta, por los antiguos señores, y ciertamente que contra toda verosimilitud que ellos hayan estado en la inteligencia de que enagenaban una parte del dominio en provecho de los concesionarios. Luego ésta es una simple carga que grava un prado, para uso y utilidad de una comuna, es decir, de una circunscripción territorial, cuyo cultivo se hace con esto más fá-



cil y la explotación más ventajosa (1). A nosotros nos parece que los términos de la sentencia son demasiado absolutos; no puede decirse que todo derecho á las segundas yerbas sea una concesión de los antiguos señores. Por esto es que la corte de casación no ha confirmado la sentencia sino con una reserva; á la vez que aprobando la interpretación que, en el presente caso, habían dado al convenio los jueces de hecho, la corte agrega que el derecho á las segundas yerbas puede recibir una extensión que lo asimile al derecho de propiedad. ¿Qué debe decirse si no hay convenio? En este caso, dice la corte, el derecho á las segundas yerbas no constituye más que una servidumbre de pasto; de ello infiere que el derecho puede extinguirse por el no-uso durante treinta años, pero que no extingue por la prescripción adquisitiva que se llama usucapión (2).

El interés que tienen las partes en prevalerse de los principios que rigen la extinción del derecho de propiedad por la prescripción, es motivo para que traten de representar como un derecho de propiedad lo que en realidad no es más que un derecho de servidumbre. Un propietario al vender una parte de su predio estipuló que tendría derecho para establecer vistas de aspecto, y al mismo tiempo prohibió al adquirente que edificase más acá de cierta distancia. El no usó su derecho durante treinta años, y pretendió entonces que el contrato implicaba la reserva de una parte de su derecho de propiedad. Esto era, evidente, salirse de los términos del contrato; había una simple servidumbre de prospecto, es decir, un derecho susceptible de extinguirse por falta de uso (3).

Se ha fallado lo contrario en un caso en que el derecho

1 Caen, 29 de Julio de 1851 (Daloz, 1853, 2, 157).

2 Sentencia de denegada apelación, de 14 de Noviembre de 1853, (Daloz, 1853, 1, 329).

3 Orleans, 13 de Febrero de 1865 Daloz, 1865, 1, 60).

litigioso parecía ser un derecho al uso del agua de una fuente, es decir, una servidumbre; pero resultaba de los hechos de la causa que era un derecho de co-propiedad. Un manantial brota en un predio; las venas alimenticias se hallan en el predio superior. ¿A quién pertenece el manantial? Al dueño del predio en donde están las venas, esto es claro. El propietario del predio en donde había brotado el manantial estipula un derecho sobre las venas alimenticias, derecho en cuya virtud el propietario superior se veda á sí mismo toda clase de trabajos capaces de disminuir el agua, es más, es dar un derecho sobre las venas mismas, y por lo tanto, un derecho de propiedad en lo de debajo. En realidad, la propiedad estaba compartida; luego había que aplicar los principios que rigen la extinción de la propiedad. Se falló que el derecho no se extinguió sino por el no-uso (1).

306. Todas las servidumbres se extinguen por la prescripción, siendo que sólo las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por la posesión trentenaria. La razón de esta diferencia es muy sencilla: los requisitos para la prescripción adquisitiva, no existen sino para ciertas servidumbres, aquellas cuyo uso es público y cuyo ejercicio no tiene la mancha de lo precario; síguese de aquí que las servidumbres no aparentes ó discontinuas no pueden adquirirse por prescripción. Mientras que para la extinción de las servidumbres una sola consideración es suficiente, y es la falta de uso; ahora bien, pueden no usarse toda clase de servidumbres; luego todos son susceptibles de extinguirse por la prescripción.

307. Hay, no obstante, una diferencia entre las servidumbres continuas y discontinuas en lo concerniente al comienzo de la prescripción. Cuando se trata de una ser-

1 Sentencia de denegada apelación, de 13 de Junio de 1865 (Daloz, 1865, 1, 447).



vidumbres discontinua dice el art. 707, los treinta años comienzan á contarse desde el día en que se ha cesado de disfrutarla. Estas servidumbres necesitan del hecho actual del hombre para ejercerse; desde el momento en que el hombre no interviene para usarlas, hay no-uso, y por consiguiente debe empezar á correr la prescripción por el no-uso. La aplicación del principio suscita una ligera dificultad. Hay servidumbres cuyo uso es intermitente; si no se usan durante un cierto tiempo, es porque no hay lugar á usarlas. Yo tengo el derecho de paso por tu predio para hacer el corte de mi madera; la madera se corta cada diez años; en el intervalo de uno á otro corte, yo no paso, porque ningún interés tengo para ello; hay que decir más, ni siquiera tengo el derecho. Se pregunta si el plazo de treinta años comenzará á contarse desde el día en que yo pasé por la última vez para hacer el corte. Esto sería lo que se llama una interpretación jurídica del texto; fijarse en la letra de la ley para violar su espíritu. Nó; el plazo de treinta años no correrá sino desde el nuevo corte que yo debo hacer, si entonces yo no paso por tu predio. En vano se diría que yo he "cesado de disfrutar" desde el último corte; es verdad que yo he cesado de pasar durante diez años; ¿quiere decir esto que durante esos diez años yo he cesado de disfrutar? Yo no podía gozar, y ni derecho á ello tenía; y mi derecho de disfrutar no se ejercerá sin al hacer el nuevo corte; si entonces yo no uso la servidumbre, podrá decirse que *cesa de disfrutar*. Si el texto dejara alguna duda, el espíritu de la ley la disiparía. La falta de uso implica una renuncia; y ¿puede decirse que yo renuncio á mi derecho al no ejercitarlo, cuando no tengo derecho para ello? (1).

308. Cuando se trata de servidumbres continuas, los

1 Demolombe, t. 12, p. 565, núm. 1013. Aubry y Rau, t. 3º, p. 104 y nota 14; t. 2º, p. 90, nota 3.

treinta años comienzan á correr, según el art. 707, desde el día en que se ha hecho un acto contrario á la servidumbre. Estas servidumbres se ejercen sin el hecho actual del hombre, art. 688, por sí mismas, por todo el tiempo que los sitios permanecen en el estado de donde resulta la servidumbre. Así es que los derechos de derrame, de vista se ejercen por el hecho solo de que el techo de la casa avanza hacia el predio vecino, por el hecho solo de que existe una ventana; lo mismo pasa con las demás servidumbres afirmativas. Si la servidumbre consiste en no hacer, por ejemplo en no edificar, ella se ejerce también por sí misma por el hecho solo de que el propietario del predio sirviente no edifica, ó no hace lo que la servidumbre le prohíbe que haga (1).

Hay alguna dificultad para las conducciones de agua que se ejercen mediante una compuerta que el propietario del predio sirviente debe abrir para que corra el agua. ¿No debe decirse, en este caso, que la existencia de la compuerta es insuficiente para el ejercicio de la servidumbre? ¿Si la compuerta permanece cerrada treinta años, puede decirse que el propietario del predio dominante usa la servidumbre? Y si realmente no la usa ¿no debe concluirse que los treinta años comienzan á correr desde el día en que la compuerta ha dejado de abrirse? La objeción la ha hecho un jurisconsulto eminente (2), prueba que hasta los mejores entendimientos se engañan alguna vez, y el error proviene las más de las veces de que se descuida el texto. Basta leer el art. 688 para convencerse de que el derecho de conducción de agua es una servidumbre continua; por lo mismo debe aplicarse el artículo 707 y decidir que el derecho se conserva por todo el

1 Metz, 6 de Junio de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 150).

2 Duprest, profesor en la universidad de Lieja. "De la modificación de las servidumbres por la prescripción." ("Revista de derecho francés y extranjero," 1846, t. 3º, ps. 828 y siguientes).



tiempo que no se ha hecho acto contrario á la servidumbre; ahora bien, el hecho de no abrir la compuerta no es ciertamente un acto contrario á la servidumbre, sino una intervención accidental del hombre en el ejercicio de la servidumbre, lo que no impide que ésta se ejerza por sí misma, puesto que es continua. En definitiva, la objeción tendería á hacer del derecho de conducción de agua una servidumbre discontinua (1).

Para que la prescripción comience á correr, se necesita un *acto* contrario á la servidumbre, es decir, un hecho que impida su ejercicio. Síguese de aquí que una notificación que hiciese el propietario del predio sirviente al del dominante no haría que corriese el plazo de treinta años; en efecto, la notificación no es un *acto* que impida el ejercicio de la servidumbre, es una manifestación de voluntad, una protesta contra el derecho del vecino, á pesar de esta protesta el derecho puede ejercerse, y por todo el tiempo que, legalmente hablando, el propietario del predio dominante use de su derecho, no puede ser cuestión de extinción de su derecho por el no-uso. El predio dominante tiene un derecho de vista; la ventana por la cual se ejerce la servidumbre está tapiada, desde ese momento deja de ejercerse la servidumbre, luego comienza el no-uso. Si la servidumbre consiste en no edificar, hay acto contrario cuando el propietario del predio sirviente edifica. Si se trata de una conducción de agua, habrá acto contrario si la compuerta se ha cerrado de modo que ya no pueda abrirse, ó cuando se ha obstruido el canal, ó se han quitado los tubos (2).

309. Tales son los principios establecidos por la ley. La aplicación se hace sin dificultad alguna á las servidum-

1 Pardessus, t. 2º, p. 163, núm. 308. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 253, núm. 367.

2 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 252, núm. 367. Demolombe, t. 12, p. 562, núm. 1010. Aubry y Rau, t. 3º, p. 105, nota 16.

bres discontinuas. En tanto que la servidumbre se ejerza por quien quiera que sea, la prescripción no comienza á correr. No hay, pues, que confundir el uso de la servidumbre que está constituida, con los hechos de posesión que hacen adquirir ciertas servidumbres. El hecho material del uso del derecho es suficiente para que se conserve la servidumbre; no es necesario que sea ejercida por el propietario del predio dominante, ó por los que tienen calidad para representarlo en su goce. Si pasare un jornalero por el predio sirviente, ó un amigo y hasta un extraño para una simple visita, habría ejercicio del derecho de paso lo que es suficiente para que la servidumbre no se extinga por la falta de uso.

Pardessus hace notar que bastaría el ejercicio material, que no se podría argüir el uso ó la posesión de lo precario ó de familiaridad. Hay una sentencia que parece decidir lo contrario. De hecho se había suprimido un sendero de paso, porque éste se había hecho inútil á causa de cambios ocurridos en el estado de los sitios, tales como reunión de terrenos, construcción de cosas, apertura de nuevas vías de comunicación. Sin embargo, había habido actos de paso, aunque escasos. Los jueces del hecho los descartaron calificándolos de actos de pura tolerancia insuficientes para la conservación del derecho de paso. Esta decisión fué confirmada por la corte de casación, por motivo de ser una apreciación soberana que escapaba á su censura (1). La sentencia, por lo menos, está mal redactada. Desde luego la cuestión de saber cuál debe ser el carácter de los actos de uso alegados para probar la conservación de la servidumbre no es una cuestión de hecho, sino de derecho, como muy bien lo expresa Pardessus. ¿La posesión para conservar debe tener los mismos caracteres que la posesión

1 Sentencia de denegada apelación, de 23 de Julio de 1860 (Dalloz, 1861, 1, 111). Pardessus, t. 2º, p. 144, núm. 302.



para adquirir? Tal era la dificultad; ésta consiste en derecho y no en hecho. Se podía sostener, en el caso de que se trata, que estaba extinguida la servidumbre por haberse hecho completamente inútil, y porque algunos actos de tolerancia no probaban que todavía existiese. La objeción se refiere al art. 703. Cuando se invoca el no-uso durante treinta años, se supone que la servidumbre existe todavía de derecho; por lo mismo, el uso que de ella se ha hecho es el ejercicio de un derecho, y ¿cómo el ejercicio de un derecho había de ser un acto de pura tolerancia? Esto es contradictorio en sus términos.

Del principio de que un acto material es suficiente para conservar la servidumbre se sigue que el hecho simple de la falta de uso es también suficiente para que aquella se extinga, por más que la negligencia no provenga del propietario del predio dominante. Es un usufructuario ó un arrendatario el que se descuida de ejercer la servidumbre de paso; si él no pasa durante treinta años, la servidumbre se extinguirá. Podría objetarse que falta la presunción de renuncia en que se funda la extinción por el no-uso; que el propietario perderá su derecho, no porque pretenda renunciarlo, sino por la negligencia y la culpa de los que ocupan el predio. Una sola cosa hay que contestar á la objeción, pero la respuesta es perentoria, y es el texto; éste no exige más que el hecho material del no-uso, y no subordina la extinción á la voluntad de renunciar; la doctrina es la que ha dado esta explicación, pero una explicación doctrinal no es una condición. Esto es decisivo (1).

310. Pothier dice que el acto contrario á la servidumbre continua, en el cual se funda la servidumbre extintiva debe reunir las condiciones generales de toda posesión: preciso es, dice él, que se haya ejecutado *nec vic, nec clam*, 1 Parzessus, t. 2º, p. 160, núm. 307. Durantou, t. 5º, p. 674, número 684. Demolombe, t. 12, p. 534, núm. 995.

*nec precario*. Por ejemplo, un predio está gravado con la servidumbre de prospecto, que me veda hacer construcciones y plantaciones. Yo planto unos árboles que hacen daño á la belleza de la perspectiva; pero doy por escrito una promesa de no conservarlos sino en tanto que el propietario del predio dominante quiera permitirlo; la servidumbre no se extinguirá, aunque las plantaciones hayan subsistido durante treinta años. Mi billete, dice Pothier, hace precario aquel hecho respecto al predio dominante (1). A primera vista podría creerse que hay contradicción entre la doctrina de Pothier, concerniente á las servidumbres continuas, y la opinión general que acabamos de enunciar en lo que atañe á la conservación de las servidumbres discontinuas. Con tal de que haya un acto cualquiera de posesión, hemos dicho, hay uso de la servidumbre y la prescripción no corre. Mientras que para las servidumbres continuas, exigimos con Pothier que el acto contrario á la servidumbre sea un acto público, que no esté manchado con la nota de precario ni de violento. Hay una razón para esta diferencia. El que usa una servidumbre de paso ejercita un derecho, lo que excluye todo pensamiento de violencia y de precaridad. Pero el que planta en un predio, reconociendo que lo hace por tolerancia, no ejecuta un acto contrario al derecho del propietario de la heredad dominante; lejos de eso, su billete es una nueva confesión de la servidumbre; el reconocimiento de la servidumbre quita á la plantación el caracter que tendría sin la confesión; puesta en relación con dicha confesión la plantación no es un acto contrario á la servidumbre, luego no podría haber prescripción.

311. ¿Es preciso que el acto contrario á la servidumbre

1 Pothier, "Introducción al tít. XIII de la costumbre de Orleans," núm. 20. Demolombe, t. 12, p. 558, núm. 1007.



haya sido llevado á cabo por el propietario del predio gravado? La ley no lo exige, y esto decide la cuestión. El art. 707 dice: "si se ha ejecutado un acto contrario á la servidumbre." Basta, pues, que el acto sea contrario, importando muy poco de quien emane. Pardessus objeta que siendo el *hecho contrario* una contradicción al derecho del propietario del predio dominante, implica una denegación de sufrir el ejercicio de la servidumbre; que resulta, pues, de la naturaleza misma de dicho acto, que debe emanar del propietario del predio sometido. Esta interpretación se sale de los límites de la ley, porque no es exacto decir que el *acto contrario* sea negarse á sufrir el ejercicio de la servidumbre. El *acto contrario* es para las servidumbres continuas lo que el hecho de *cesar de gozar* es para las discontinuas; se exige únicamente á fin de comprobar el *no-uso* de la servidumbre. Ahora bien, la falta de uso no supone contradicción ninguna por parte del propietario del predio sirviente, basta que no se haya ejercido la servidumbre. Por la misma razón, no es necesario que el acto contrario sea ejecutado por el propietario del predio dominante; únicamente que el hecho tendrá una fuerza mayor aún si emana de aquél á quien se debe la servidumbre, puesto que entonces implica una abdicación de la servidumbre, lo que la ley supone; en efecto, cuando hay extinción por la falta de uso. Pero repitamos que la ley no lo exige. Aun cuando el acto fuese de un tercero que obrara sin derecho alguno, habría, no obstante, un *acto contrario*, en el sentido de que habría comprobado que la servidumbre no es ejercida, lo que es suficiente para que corra la prescripción. Esto no está siquiera en oposición con la presunción de renuncia que la doctrina acepta en caso de falta de uso; porque al dejar subsistir el acto contrario á su derecho, el propietario del predio dominante se lo apropia, como si él mismo fuese el autor; en efecto,

sólo de él depende destruir dicho acto, y si lo mantiene es porque no quiere usar la servidumbre. En este sentido hay renuncia (1).

Se ha fallado que el acto contrario que sirve de punto de partida á la prescripción de las servidumbres continuas puede ser un acontecimiento de fuerza mayor. Erase el caso de una servidumbre de conducción de agua; la corriente se había desviado naturalmente, sin hecho alguno del propietario de la heredad sirviente; éste púsose en posesión del cause desecado. ¿En los hechos caracterizados de esa manera había un *acto contrario* á la servidumbre? La corte de casación decidió que la ley no exigía, por parte del propietario del predio sirviente, un hecho personal y físico para oponerse al ejercicio de la servidumbre (2). A primera vista, creíase que la corte ha confundido el caso de la extinción por falta de uso, previsto por los arts. 706 y 707, con el caso de imposibilidad de usar la servidumbre, previsto por el art. 703. En el fondo, poco importa, al menos en la opinión que hemos enseñado nosotros, puesto que la imposibilidad de usar, cuando sólo es temporal, está regida por los mismos principios que el no-uso (núms. 294 y siguientes). Como en el caso de que tratamos, la desviación del curso del agua era obra de la naturaleza, podía decirse que había imposibilidad de usar más bien que no-uso. En realidad, dependía del propietario del predio dominante restablecer el curso primitivo del agua, luego podía usar y no usaba, lo que es el caso previsto por el art. 706. Bajo el punto de vista de los principios, la corte ha fallado muy bien. El art. 707 es aplicable desde el momento en que se comprueba que

1 Duranton, t. 5º, p. 675, núm. 685. Demolombe, t. 12, p. 559, número 1009. Aubry y Rau, t. 3º, p. 105 y nota 17. Compárese Pardessus, t. 2º, p. 164, núm. 308.

2 Sentencia de casación, de 20 de Diciembre de 1847 (Daloz, 1848, 1, 13).