

la servidumbre no se ejerce á causs de un hecho contrario á la servidumbre.

312. El no-uso debe durar treinta años. Puesto que es una prescripción extintiva, debe decidirse que se puede suspender por las causas generales que suspenden la prescripción liberatoria, y que puede ser interrumpida por las causas que la interrumpen según el derecho común. El asiento de esta materia se halla en el título de la *Prescripción*. Por el momento nos limitamos á hacer notar que la prescripción de las servidumbres discontinuas exige que no haya ningún acto de uso durante treinta años, de suerte que un solo hecho de pasar durante este lapso de tiempo sería suficiente para interrumpir la prescripción, y este hecho podría probarse por medio de testigos, puesto que se trata de un hecho material. Esto será lo que establezcamos en el título de las *Obligaciones*. Cuando la servidumbre es continua, el propietario tiene treinta años para reclamar contra el acto que comprueba el no-uso de la servidumbre. Y si no hay acto contrario, la prescripción no corre; aun cuando el propietario del predio sirviente hubiese poseído su predio durante treinta años sin que la servidumbre haya sido ejercida de hecho, la compuerta de una conducción de agua, por ejemplo, no habiéndose abierto en ese lapso de tiempo, aquél no podría invocar la prescripción; en efecto, él no ha poseído un predio libre de todo gravamen, puesto que la servidumbre continua se ejerce por sí misma, legalmente hablando.

313. ¿Qué se debe resolver si la servidumbre nunca se ha ejercido? Es claro que al cabo de treinta años se había extinguido por la prescripción. ¿Pero desde qué momento comenzará á correr? Ninguna dificultad existe cuando la servidumbre es discontinua. La servidumbre existe desde el momento en que se constituye, y desde ese instante el propietario del predio sirviente puede pasar, si

no pasa está en los términos del art. 707; así, pues, la prescripción correrá desde el día en que se estableció la servidumbre. En cuanto á las servidumbres continuas que consisten en no hacer, no puede decirse que el no-uso comience desde el día en que se estipula la servidumbre, porque se ejercen por sí mismas por todo el tiempo que el propietario del predio sirviente no hace lo que la servidumbre le prohíbe que haga. Quedan las servidumbres continuas que consisten en un estado de los sitios, tales como la existencia de un techo para una servidumbre de desagüe ó de ventanas practicadas en una pared para una servidumbre de vista. Precisa distinguir si la servidumbre se ha establecido para una casa por construir ó si la casa en cuyo provecho se estipula la servidumbre está ya construida. En el primer caso, la servidumbre todavía no existe, puesto que no hay predio dominante. Así es que no se está en la hipótesis prevista por los arts. 706 y 707; no puede tratarse de usar una servidumbre cuando no hay predio dominante, y es imposible hacer acto contrario á una servidumbre que no existe. ¿Quiere decir esto que el derecho de servidumbre que se ha estipulado no se extinguirá por la prescripción? Todo derecho se extingue por la prescripción extintiva, luego también el derecho de servidumbre. La dificultad consiste en saber desde qué momento comenzará á correr la prescripción. El que ha estipulado la servidumbre permanece treinta años sin edificar; ¿se extinguirá la servidumbre? ó por mejor decir, ¿prescribirá el derecho á la servidumbre? Se ha fallado que hay prescripción, y nosotros creemos que la decisión está de conformidad con los verdaderos principios (1) En efecto, la prescripción de todo derecho comienza á correr desde el momento en que el derecho existe, y el derecho á

1 Sentencia de denegada apelación, de 18 de Noviembre de 1863 (Dalloz 1864, 1, 120). Orleans, 16 de Febrero de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 60).



la servidumbre existe desde el instante en que se estipula, lo que decide la cuestión. Se objeta que en el caso se trata de un derecho condicional, y la prescripción no corre respecto á los derechos que dependen de una condición, hasta que ésta tenga lugar (art. 2257). La corte de casación contesta que el derecho á la servidumbre no es condicional cuando el que lo ha estipulado puede construir inmediatamente y ejercer su derecho. Habría condición si yo estipulara en provecho de tal ó cual predio para el caso en que yo fuera propietario: la existencia de la servidumbre depende entonces de un acontecimiento futuro é incierto, por lo que es condicional. Pero cuando siendo propietario de un terreno estipulo una servidumbre para el edificio que me propongo levantar, nada hay de incierto ni de eventual; yo puedo edificar inmediatamente, luego de mi voluntad depende únicamente que yo use de mi derecho; en este sentido mi derecho es actual, existe, y en consecuencia, puede extinguirse.

¿Sucedería lo mismo si se estipulase una servidumbre de vista en provecho de una casa ya edificada? El propietario permanece treinta años sin abrir ventanas ¿su derecho se extingue? ¿ó no comenzará á correr la prescripción sino cuando él haya ejecutado un acto contrario á la servidumbre? Existe una diferencia entre esta hipótesis y la que acabamos de examinar. En el caso presente hay una servidumbre, supuesto que hay un predio dominante, que es la casa en cuyo provecho se ha estipulado el derecho de vista. Luego estamos en el caso previsto por el art. 706. ¿Quiere decir esto que sea necesario aplicar el art. 707 y exigir un acto contrario para que la prescripción comience á correr? No lo creemos así. Si el art. 707 exige un acto contrario es para que conste que no se ha ejercido la servidumbre; y ¿se necesita un acto para que conste que el propietario no ejerce el derecho de vista, cuando él no

practica ventanas? Este hecho negativo es la prueba mejor de la falta de uso. Por otra parte ¿es concebible que se ejecute un acto contrario á la servidumbre de vista en tanto que sea imposible el uso de esta servidumbre por falta de ventanas? No siendo aplicable el art. 707, se vuelve al derecho común del art. 2262; la prescripción correrá contada desde el establecimiento de la servidumbre.

314. El art. 706 sólo habla de la prescripción trentenaria; ¿quiere decir esto que excluya la prescripción de diez y veinte años? El que ha adquirido á justo título y de buena fe, como libre de toda carga, un predio gravado en realidad con una servidumbre, y lo posee libre durante diez ó veinte años ¿adquiere la franquicia de dicho inmueble? La cuestión es muy controvertida. Nosotros creemos que la usucapación emancipa al inmueble de las cargas reales que lo gravan. Esto puede acontecer en dos casos. Yo compro un inmueble de manos de su propietario; el inmueble está gravado con servidumbres que el vendedor no declara y que, por consiguiente, yo ignoro. Si yo poseo el inmueble, libre de todo gravamen, durante diez ó veinte años, habrá usucapido la libertad del inmueble. En teoría, esta doctrina es conforme á los principios que rigen la prescripción; si yo puedo usucapir la propiedad por diez y veinte años ¿por qué no he de poder usucapirla toda ella, es decir, libre de todo derecho real? Se prescribe lo que se posee, y yo poseo un inmueble exento de toda servidumbre, por lo que adquiero un inmueble en toda propiedad. Sucede lo mismo en la segunda hipótesis: yo adquiero un inmueble de quien no es su propietario con justo título y buena fe; el inmueble está gravado con servidumbres cuya existencia me es desconocida; después de diez ó veinte años, yo habré usucapido la propiedad del inmueble. En este caso, los principios aparecen todavía más evidentes; si yo puedo prescribir el derecho del



propietario ¿por qué no había de poder prescribir el derecho de quien no posee más que un desmembramiento de la propiedad? ¿Permiten los principios que se divida la posesión? Suficiente ésta para repeler la acción de reivindicación, ¿se concibe que sea insuficiente para repeler la acción confesoria?

Pero la cuestión no lo es de teoría. Se necesita un texto para que pueda admitirse una prescripción cualquiera; luego el texto del código es lo que debe decidir la dificultad. Podemos, desde luego, invocar el art: 2265, por cuyos términos "el que adquiere de buena fe y por justo título un inmueble, prescribe su *propiedad* por diez ó veinte años." La propiedad es el derecho absoluto, ilimitado, tal como la define el art. 544, es decir, la propiedad entera; ésta es la que yo poseo, luego la he usucapido. El artículo 2265, por sí solo, no es decisivo, y hay que ver si el legislador le presta la inteligencia que le damos; se necesita un texto que pruebe que se ha usucapido la libertad del predio, del mismo modo que se usucapa la propiedad. Este texto existe: el art. 2180 admite la prescripción extintiva por diez ó veinte años de las hipotecas, cuando el predio está en manos del detentor; luego la ley asimila la prescripción de la hipoteca con la prescripción de la propiedad. He aquí, pues, una aplicación del art. 2265. Luego queda probado por el texto mismo del código que los derechos reales se extinguen por la prescripción de diez ó veinte años. La doctrina acude en apoyo de esta argumentación, porque admite que el usufructo se extingue por usucapición: si el que posee durante diez ó veinte años prescribe las hipotecas y el usufructo, ¿por qué no había de prescribir las servidumbres? Siendo la regla que el artículo 2266 se aplique á los derechos reales, se necesitaría que hubiese una excepción respecto á las servidumbres.

Se pretende que esta excepción resulta de los principios y del texto de la ley.

La usucapición es una prescripción adquisitiva que descansa en la posesión. Es, pues, preciso que el poseedor haya poseído lo que pretende que ha prescrito. ¿Acaso el que posee un inmueble como libre de todo derecho real posee este derecho contra aquél á quien éste pertenece? Sí, si se trata del usufructo, porque el poseedor disfruta como propietario durante diez ó veinte años, lo que excluye el goce del usufructuario; luego puede decirse que él adquiere este goce. Pero se pretende que esto no puede decirse de las servidumbres: yo no ejerzo los derechos que pertenecen al propietario de la heredad dominante, luego nada poseo contra él, y por lo tanto, nada puedo adquirir por la prescripción extintiva; únicamente puedo prevalerme de la prescripción extintiva, y ésta es de treinta años, según el art. 706. Se puede contestar, teóricamente, que él que posee la propiedad, posee por esto mismo los diversos desmembramientos de aquélla; poseyendo libre su predio, posee con esto contra los que pretenden que no es libre, luego puede invocar la prescripción adquisitiva. Hay una respuesta más perentoria en una materia que exige textos, y es que el art. 2180 consagra la extinción de las hipotecas por la prescripción de diez ó veinte años; y ciertamente que no se puede decir que el tercer detentor posee el derecho de acreedor hipotecario; si, no obstante, la ley admite que su posesión extingue el derecho del acreedor hipotecario, es porque en la teoría del código la usucapición hace que se adquiera la propiedad plena é íntegra, es decir, libre de todo derecho real.

Se pretende que hay un texto que rechaza la interpretación que estamos dando al código, y es el art. 2261, por cuyos términos "las reglas de la prescripción sobre otros



efectos que no sean los mencionados en el presente título se explican en los títulos que les son propios." Esta disposición es la que nos ha hecho desechar la prescripción adquisitiva de las servidumbres por usucapión; por la misma razón, dicen, debe desecharse la usucapión como prescripción extintiva, porque en el título de las *Servidumbres*, el legislador determina lo concerniente á la extensión de las servidumbres por prescripción tanto como lo que concierne á su adquisición; ¿y cuál es el sistema del código? Para adquirir las servidumbres, así como para extinguirlas, la ley exige la prescripción trentenaria (arts. 690 y 706). He allí un sistema completo, que según el artículo 2264, separa la aplicación de las reglas generales sobre la prescripción. El argumento es muy serio y el único que á nuestro juicio, hace dudosa la cuestión. Si para la adquisición de las servidumbres hemos admitido la aplicación del art. 2264, es porque el código consagra realmente un sistema especial en esta materia al exigir la posesión de treinta años; hay en esto una derogación del art. 2265. No puede decirse otro tanto de la extinción de las servidumbres; el art. 706, lejos de establecer una excepción del derecho común no hace más que aplicar á las servidumbres el principio general del art. 2262. Aplicando el derecho común en lo concerniente á la prescripción liberatoria de treinta años, él no puede excluir el derecho común en lo concerniente á la usucapión. De cualquiera manera que sea, no se nos puede oponer el art. 2264, porque esta disposición, al remitir á los títulos que les son propios las reglas establecidas sobre otros objetos que los que se mencionan en el título de la *Prescripción*, supone que estos títulos contienen principios particulares.

Hay un argumento que nos parece decisivo en favor de esta interpretación y es la tradición. Los autores del código han seguido la costumbre de París, y ésta continúa

una disposición análoga á la del art. 706 del código civil, que decía: "Se puede readquirir la libertad contra el título de servidumbre por treinta años." Otra disposición de la costumbre (144) consagraba la usucapión en provecho de quien había adquirido heredad ó renta á justo título y de buena fe: éste es nuestro art. 2265. El sistema de la costumbre es, pues, idéntico al del código Napoleón; supuesto que el código no hace más que reproducir la doctrina tradicional, hay que interpretarlo en el sentido de la tradición. Pothier va á darnos el comentario auténtico de la legislación moderna: La prescripción de treinta años dice él, de que se habla en el art. 186 (art. 706 del código civil), es la prescripción á efecto de librarse que resulta únicamente del no-uso de la servidumbre, y que hace que adquieran la liberación aun aquellos que las hubiesen constituido ó á sus herederos; sólo de esta especie de prescripción es de lo que se habla en el art. 186 (706), que *nada tiene de común* con la prescripción del art. 114 (2265), que resulta de la posesión que un adquirente de buena fe ha tenido de una heredad que ha poseído como exenta de los derechos de servidumbre de que estaba gravada" (1). Así es que la prescripción trentenaria del art. 786 *nada tiene de común* con la usucapión del art. 2265; luego la primera no puede excluir á la segunda.

Por último, todavía puede uno prevalerse, á favor de nuestra opinión, del art. 1665, que ya hemos indicado en el título del *Usufructo* (t. VII, núm. 90).

La jurisprudencia casi está unánime en favor de la opinión contraria; sí, á pesar de esto, hemos discutido la cuestión, es porque somos del parecer de la corte de Nancy, que dice, en una sentencia muy bien motivada: "Non exem-

1 Pothier, "De la prescripción," núm. 139.



plis sed legibus judicandum est" (1). Los autores están divididos (2).

*Núm. 2. De la prueba.*

315. La prueba de la extinción de las servidumbres por falta de uso origina nuevas dificultades. Hay un principio aceptado por todos y que no podría ponerse en duda: el código nada dice de la prueba en el título de las *Servidumbres*; por lo mismo se atiende á las reglas generales sobre las pruebas, tales como están establecidas en el título de las *Obligaciones*; pero el sentido de estas reglas y su aplicación son una de las materias más difíciles del derecho. No hay otra que sea más elemental como la que está escrita en el art. 1315; al actor corresponde probar el fundamento de su demanda, y el reo se vuelve actor en cuanto á la excepción que él opone á la demanda contra él formulada. Esta regla tiene su aplicación á los derechos reales. También hay general acuerdo en hacer recaer la prueba en el que pretende tener derecho á una servidumbre; pero cuando se interroga á los autores y á las sentencias sobre los motivos de sus decisiones, se encuentran tantas opiniones como opinantes. De aquí una incertidumbre grande sobre los verdaderos principios; vamos á procurar establecerlos. Debemos distinguir entre las servidumbres continuas y discontinuas.

1 No vamos á citar más que las sentencias de la corte de casación que contienen una exposición de principios. Sentencia de denegada apelación, de 20 de Diciembre de 1836 (Dalloz, *Servidumbre*, número 1238 1°); sentencias de casación, de 31 de Diciembre de 1845 (Dalloz, 1846, 1, 39), y 14 de Noviembre de 1843 (Dalloz, 1853, 1, 328). La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está de acuerdo. Lieja, 10 de Julio de 1842, y 30 de Noviembre de 1843 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 316, y 1844, 2, 99). Compárese Bruselas, 3 de Enero de 1849 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 83). En el sentido de nuestra opinión, Nancy, 14 de Marzo de 1842 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 1238).

2 Véanse los autores citados en Aubry y Rau, t. 3°, p. 106, nota 23 (Demolombe, t. 12, p. 550, núm. 1004, y Dalloz, *Servidumbre*, número 1238).

316. Si se trata de una servidumbre continua de la que pretende eximirse el propietario del predio sirviente por medio del no-uso, entonces no hay la menor duda; en todo caso á él corresponde rendir la prueba de la extinción. Déjase entender que cuando él es actor, entonces se está en la letra del art. 1315. Lo mismo es si el propietario del predio dominante es el actor. A él le incumbe la prueba pero ¿de qué? No se pone en duda que haya existido la servidumbre, sino que el debate gira sobre la extinción; ¿acaso corresponde al actor probar que él ha usado de su derecho? Para que haya lugar á debate, hay que suponer que el título tiene más de treinta años de fecha. Podría decirse que en tal caso no basta producir un título, que también se debe probar que se ha ejecutado el título. En efecto, si el título no ha recibido ninguna ejecución, se extinguirá al cabo de los treinta años. A decir verdad, esta hipótesis no es la del art. 706, sino la del 2262. Yo he estipulado una servidumbre de desagüe para una casa por edificar, y la tal casa nunca se ha edificado, ó una servidumbre de vista, y nunca practiqué ventanas; si yo quiero usar de mi derecho al cabo de treinta años, en vano aduciré un título, porque lo desecharán por la prescripción; en este caso no hay debate posible acerca del no-uso supuesto que la servidumbre jamás ha existido de hecho; no puede haber cuestión de no-uso cuando jamás lo hubo.

Pero si se ha ejecutado el título y si hay un acto contrario á la servidumbre que haya impedido el uso, el propietario del predio dominante que quiere hacer uso de su derecho ¿deberá probar que éste no se ha extinguido? El es actor; luego debe probar el fundamento de su derecho; ¿cuál es este fundamento? El título; pero no se pone en tela de juicio. ¿Deberá probar que él ha usado la servidumbre? Esta prueba resulta de la ejecución del título; en efecto, la servidum-



bre es continua, se ejerce por sí misma, por lo que su uso queda probado por el hecho solo de que el título es aducido y porque es patente que se ejecutó el título. Así es, que el actor ha rendido la prueba que le incumbe; al reo, al propietario del predio sirviente coraespone probar que la servidumbre está extinguida por la falta de uso. Esto supone que se ha ejecutado un acto contrario á la servidumbre; al demandado que opone esta excepción atañe probar que se ha ejecutado un acto contrario á la servidumbre y que subsiste desde hace treinta años. Si el propietario del predio dominante sostuviera que el acto no es contrario á su derecho porque se verificó por tolerancia, tócale á él probar el fundamento de esta nueva excepción (1).

317. Las servidumbres discontinuas exigen el hecho actual del hombre para ejercerse. Resulta de aquí una diferencia en cuanto á la prueba. Distínguese si el que pretende tener un derecho de servidumbre está ó nó en posesión. Si está en posesión, este hecho unido á su título, por antigua que sea la fecha, lo dispensa de toda prueba aun cuando fuese actor; él puede invocar la presunción establecida por el art. 2234: "El poseedor actual que prueba haber poseído anteriormente se presume que ha poseído en el tiempo intermedio, salvo la prueba contraria." Así, pues, su contrario es quien debe rendir la prueba contraria á esta presunción; es decir, que él debe probar que en el tiempo intermedio, el propietario del predio dominante no ha poseído, y que la falta de uso ha durado treinta años. Si por el contrario, el que pretende tener una servidumbre no está en posesión en el momento en que reclama su derecho no es suficiente con que produzca su título, si este título tiene más de treinta años. En este punto la naturaleza de la servidumbre ejerce influencia en la prueba. La

1 Pardessus, t. 2º, ps. 166 y siguientes, núm. 308.

servidumbre discontinua no se ejerce por sí misma; la producción del título no prueba, pues, el uso de la servidumbre; de aquí se deduce que como nada prueba qué actos haya poseído, tócale á él probar que sí ha poseído; su contrario nada tiene que probar.

Esta doctrina está aceptada por los autores y por la jurisprudencia. Sin embargo, se ha combatido ante la corte de casación por el procurador general Delangle (1). Apoyándonos en la autoridad de este excelente jurisconsulto será como expongamos nuestras dudas y objeciones. A nosotros nos parece que en la opinión generalmente adoptada se deroga el principio elemental escrito en el artículo 1315, de dispensar al actor que haga la prueba para hacerla recaer en el demandado, y no se alegan otros motivos para justificar esta derogación que las presunciones que no están escritas en la ley.

Merlín ha sido el primero que invoca la presunción formulada por el art. 2234 (2). A nuestro juicio, él la extiende. Yo tengo un título que tiene más de treinta años de fecha, y tengo la posesión; nada tengo que probar. Nosotros oceptamos la decisión, pero rechazamos la presunción del art. 2234 en la cual se funda. Esta disposición supone que el poseedor actual *pruebe* haber poseído anteriormente. Ahora bien, ¿cómo rinde la prueba en la doctrina de Merlín? Produciendo su título. ¿Y acaso el título prueba la prescripción? El título establece el derecho que se tiene para ejercer la servidumbre, pero no prueba ciertamente que se haya ejercido este derecho. Luego el actor no está dentro de los términos de la presunción, á su favor no tiene más que su título, porque su posesión actual no

1 Véase el análisis y las condiciones de Delangle, en Dalloz, en la palabra "Prueba," p. 886.

2 Merlín, "Cuestiones de derecho," en la palabra "Uso," pfo. 9º, núm. 3 (t. 16, p. 300), seguido por Demolombe, t. 12, p. 569, núm. 1015, y Aubry y Rau, t. 3º, p. 106 y nota 21.