

15. Consolidándose el usufructo con la propiedad se dice adquirirse por título lucrativo, sin embargo de que el original título de ésta fuese oneroso; bien es verdad que si el marido al tiempo de contraer matrimonio tenía la nuda propiedad de alguna cosa, y despues durante éste se consolida con el usufructo, no podrá la muger en virtud de que por leyes reales le pertenece la mitad de los lucros adquiridos durante el matrimonio, pedir la mitad del usufructo ó de su estimacion, porque se juzga adquirido por el título que se adquirió la propiedad (núm. 19).¹

16. La promesa de la servidumbre y la accion personal que compete para compeler al promitente á su entrega, es muy diversa de la servidumbre realmente constituida y entregada, que es la que con propiedad se llama servidumbre, por no transferirse hasta entonces su derecho real, en aten-

otras semejantes (núm. 19, vers. *Nostrum Gomez. Acerca de si por la máxima ó media disminucion capital del usufructuario se estingue ó no el usufructo, ocurriendo el caso puede verse á nuestro Autor en el núm. 18 de este cap. vers. Secundó y en el 14, cap. 11. tom. 2; al Aillon en die. vers. y á los que éste cita, y la ley 24, tít. 31, part. 3*).

¹ Sin embargo de que muchos graves AA. citados por el Aillon (núm. 20), opinan tambien que consolidándose el usufructo con la propiedad adquirida antes por título oneroso, se conceptúa haberse adquirido aquel por título lucrativo, calificó con su venia de infundada esta sentencia. Consiste la principal razon (omitiendo otras por no dilatarme) en que si alguno compra la propiedad, atendiendo á que ésta por sí sola es inútil, ha de conceptuarse que compra asimismo el usufructo para el tiempo en que deba consolidarse segun derecho ó segun la convencion que haya habido anteriormente, y por consecuencia que se adquiere el usufructo en este caso por el mismo título que se adquirió la propiedad. Además las razones y autoridades con que prueba nuestro Gomez no pertenecerle á la muger en la especie que propone, la mitad del usufructo ó su estimacion, favorecen mi sentir.

cion á que del mismo modo que en las cosas corporales no se adquiere dominio sin tradicion, en las servidumbres y derechos incorporales sin ella ningun derecho real se consigue: bajo cuyo supuesto el acreedor á la servidumbre prometida antes que se le constituya realmente, no podrá intentar la accion confesoria ni algun interdicto ó remedio posesorio, si otro lo turba ó molesta: y si por ventura enagena el fundo en cuyo favor se hizo la promesa, carece de facultades el sucesor particular para obligar al que debe la servidumbre á que se la entregue, á no ser que el acreedor al tiempo que enagena el fundo ceda la accion que le compete por la servidumbre, pues el particular sucesor de la cosa, en virtud de la cesion, puede solicitar que se le constituya: bastando la cesion general que ponen los escribanos en los instrumentos, es á saber, que cede todo el derecho real ó personal que le compete en la cosa. Y por el contrario, si el deudor de la servidumbre enagena el fundo sobre que se impuso, no puede ser compelido el que lo adquirió á constituir la realmente, porque las acciones y obligaciones personales no pasan, ni *activé* ni *passivé* al particular sucesor de la cosa; aunque se hayan causado con respecto á ella, como si alguno promete á otro ciento de tal fundo ó cosa (núm. 20, núm. 21, vers. *Et si quæras hasta el vers. Et ex illo*, y núm. 22, vers. *Secundus principalis*).

17. La tradicion en las servidumbres mediante la cual se adquiere el derecho real de ellas y su posesion, se hace con la introduccion del acreedor en el fundo sirviente interviniendo la voluntad del señor constituyente, sin que ésto pueda extrañarse en nuestro derecho, cuando vemos muchas veces que por la aprehension y tradicion de una cosa, se obtiene el derecho y posesion de otra muy diversa. Así pues se juzga hecha la tradicion de la cosa aunque esté ausente, con la entrega del instrumento, como asimismo con la tradicion de las

llaves se consigue el dominio y posesion de las cosas que se hallan bajo su custodia. Tambien se obtiene el derecho real y la posesion de la servidumbre por la cuasi tradicion de su uso y ejercicio con título, ciencia y paciencia del señor del prédio serviente, y si no interviene título del dueño, usándose solo de la servidumbre con su ciencia y paciencia, se podrá prescribir en el tiempo legítimo ordinario, mediante á que tratándose en tal prescripcion de un corto perjuicio, no se requiere título alguno. El fundamento de requerirse en ambos casos la ciencia del dueño consiste, en el primero, porque cuando el acreedor tiene título y usa de la servidumbre sin noticia del señor, no se puede conceptuar que éste la entrega por hallarse ignorante: y en el segundo, porque poseyendo el dueño plenamente la cosa, no se puede calificar de negligente, si ignorándolo él se usa de cierta servidumbre, y por tanto se exige su ciencia (*núm. 23*).

18. Si la cosa ó fundo no se posee por el verdadero dueño sino por un tercero, y el que trata de prescribir la servidumbre tiene título de éste, es suficiente la cuasi posesion que se tenga del tercero por la introduccion en el fundo ó por el uso con su ciencia y paciencia: debiéndose inferir de lo espuesto que en las servidumbres y derechos incorporales se dá cuasi posesion civil y cuasi posesion natural. La primera es *la que se retiene en el ánimo sin algun acto ó ejercicio*; y la segunda *la que se tiene mientras se ejerce algun acto de la servidumbre*: y no es de omitir que lo antedicho tiene lugar en la servidumbre que se debe por contrato, pues de la que se deja por última voluntad adquiere inmediatamente el legatario el derecho real sin cuasi tradicion alguna. Tampoco es de omitir que la posesion adquirida en las cosas incorporales no es verdadera y propia como la que se tiene en las corporales; y así se dice posesion impropia ó cuasi posesion, á causa de

que aquellas no pueden aprehenderse naturalmente (*dic. núm. vers. Ex quibus infero*).

19. La servidumbre mista como el usufructo se prescribe por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, teniendo buena fé y título del que no es dueño, y faltando la circunstancia del título se prescribe por treinta años, segun sucede en las cosas inmuebles. No obsta que el usufructuario tan solo tiene una posesion natural en la cosa ó fundo, y carece de la posesion civil indispensable en toda prescripcion, porque ademas de aquella que no causa la prescripcion, tiene en el mismo derecho real del usufructo una cuasi posesion natural y civil, mediante la cual se prescribe no solamente el usufructo sino tambien todos los derechos incorporales, y las servidumbres continuas, sin embargo de que por éstas y aquellos no se obtiene ni aun posesion natural en los fundos. Tambien en virtud de la dicha cuasi posesion civil que se retiene con el ánimo, se prescribirá la jurisdiccion en ageno territorio por el mismo tiempo que el usufructo, interviniendo los requisitos que espresamos al principio de este número (*núm. 25*).

20. Asimismo se prescribe por diez y veinte años la servidumbre mere real continua ó cuasi continua, como la de acueducto, la de estilicidio, y la de agujerear la pared del vecino para abrir ventana ó meter viga, habiendo buena fé; y aunque no se requiere título por tratarse de poco perjuicio, sí se exige la ciencia y paciencia del contrario contra quien se prescribe, pues por ésta se causa la cuasi posesion en las cosas incorporales de la que resulta la prescripcion; á no ser que intervenga título del que no es señor, en cuyo caso para prescribir la servidumbre continua, cuasi continua y discontinua, bastan los diez y veinte años con buena fé, segun acontece en las cosas corporales inmuebles (*núm. 26 y núm. 27, vers. Advertendum tamen, ley 16, tit. 31, part. 3*); mas faltando título,

la servidumbre real mere discontinua, como la de senda, guía ó camino, no se prescribe por el tiempo ordinario sino por el inmemorial, aunque no tuviese ciencia el contrario, mediante á que la posesion de aquella no puede ser continua y se interrumpe frecuentemente; bien es verdad que la prescripcion inmemorial no se dice propiamente prescripcion, por presumirse título ó concesion del contrario en virtud de haber corrido tanto tiempo (*núm. 27, ley 16 ya citada*).

21. En las servidumbres reales continuas ó cuasi continuas afirmativas, que son *aquellas por las cuales el acreedor intenta hacer alguna cosa en lo ageno por derecho de servidumbre*, como las mencionadas de acueducto &c., principia á correr la prescripcion desde el tiempo que se empieza á usar de ellas; pero en las negativas, v. gr., en la servidumbre de no edificar, no principia á correr sino desde el tiempo que intervino prohibicion con buena fé de parte del que prescribe contra el vecino que queria edificar: en cuya atencion si no se edifica en alguna casa por el dilatado tiempo de diez años, y posteriormente el señor intenta edificar, podrá con licitud hacerlo, si no que intervino la dicha prohibicion, habiendo corrido despues de ella diez años entre presentes y veinte entre ausentes; pues de otra suerte no se juzga haber intervenido algun acto por el que se adquiriera la posesion y la prescripcion se verifique (*dic. n. vers. Item adde quod.*).

22. El considerable intervalo que media entre unos y otros actos en las servidumbres discontinuas, y el poco ejercicio de ellas, suministran el fundamento para que solo se prescriban por tiempo inmemorial (*dic. n. vers. Concludens solutio.*).

23. Para conclusion de este capítulo, y complemento de la presente materia, es de notar, que aunque para adquirir dominio en alguna cosa, servidumbre ú otro derecho incorporal, sea indispensable la tradicion, el uso ó ejercicio segun queda

referido, no se requiere la adquisicion de posesion de la misma cosa, y basta su simple aprehension. Esto se verifica cuando alguno enagena á otro un fundo propio cuya posesion se halla en un tercero, ó le constituye servidumbre en él, y lo introduce presente, ó ausente el tercero en el mismo fundo; pues entonces adquiere su dominio ó el derecho de servidumbre, no obstante que la posesion no se adquiriera por tenerla ocupada el tercero. Fúndase acaso lo espuesto en que antiguamente por derecho natural se adquiria el dominio tan solo en virtud de la aprehension y nuda detentacion, no conociéndose alguna posesion jurídica; y aunque hoy para adquirir el dominio de las cosas no vacantes se exija título y tradicion, debe ésta entenderse nuda, ó una detentacion de hecho como antiguamente, por no encontrarse en este particular derogacion alguna: de cuyo fundamento y sentencia se colige, y que si mediante título se entrega alguna cosa asimismo se dá su posesion, se conseguirá el dominio por el título y simple entrega, y no por la misma posesion (*núm. 28*).

