

cho finge que se la restitui, y me la entregó despues (1). Para que por la tradicion se adquiriera el dominio se requiere que sea hecha por el dueño de la cosa, ó su procurador, y que haya título hábil para transferir aquel, como venta, permuta, dote ú otro semejante; aunque advertimos que en la venta no se transfiere el dominio por la tradicion, si no se paga el precio, á menos que el comprador dé fianza, prenda, ó plazo (2). En las cosas incorporeales, como las servidumbres, y otros derechos, no hay una tradicion real, sino solo una cuasi tradicion, que consiste en el uso que hace el uno, y el consentimiento del otro (3). Las monedas y otras cosas que en algunas solemnidades se arrojan al pueblo, se hacen del que las toma por una especie de tradicion fingida (4).

TITULO II.

DE LAS PRESCRIPCIONES Y DE LA POSESION.

Tit. 29, P. 3 y 15, lib. 4 de la R., ó 8, lib. 11 de la N.

- | | |
|---|---|
| 1. Qué es prescripcion. | para la prescripcion. |
| 2. Sus requisitos. | 9. De la posesion continua. |
| 3. Del justo título. | 10. Qué se requiere para adquirir la posesion. |
| 4. De la buena fe. | 11. Quiénes y para quiénes pueden ganar la posesion. |
| 5. Del tiempo prefijado. | 12. Cómo se pierde. |
| 6. Del tiempo que se necesita en las varias prescripciones. | 13. Cuándo se reputa interrumpida para la prescripcion. |
| 7. Del necesario para ganar la posesion. | |
| 8. De la capacidad necesaria | |

1. Entre los modos de adquirir el dominio introdu-

(1) L. 47, tit. 28, P. 3. — (2) L. 46 del mismo. — (3) L. 1, tit. 30, P. 3. — (4) L. 48, tit. 28, P. 3. Alvarez se inclina á que esta adquisi-

cidos por el derecho civil, el mas célebre es el que las leyes romanas, y tambien las patrias (1) llaman *usucapion*, y hoy en dia mas comunmente prescripcion, que es la *adquisicion de dominio por continuacion de posesion por el tiempo definido por la ley*, ó en otros términos: el derecho que nace de la posesion no interrumpida de la cosa por el tiempo que las leyes prefijan (2). Cuando hemos dicho que la prescripcion está introducida por derecho civil, no hemos intentado contradecir la opinion que sostiene que es de derecho natural (3), sino puramente advertir que entre nosotros está determinada por la ley civil que le ha señalado las condiciones y fijado los términos en que debe surtir sus efectos. Tampoco es de nuestro objeto hacer la apologia de una institucion reconocida generalmente por útil, y adoptada como tal para poner coto á los litigios, á pesar de la apariencia de injusticia con que á primera vista se presenta.

2. Las condiciones ó requisitos para la prescripcion son cinco, á saber: I. Justo título. II. Buena fe. III. Tiempo prefijado. IV. Capacidad en el que prescribe, y en la cosa para ser prescripta, y V. Posesion no interrumpida.

3. I. El justo título es una causa tal para poseer la cosa, que sea bastante á transferir su dominio; de manera, que si la cosa se posee con justo título, pero no hábil para transferir el dominio, no produce prescripcion, como sucede en el que tiene una cosa en arrendamiento, que en ningun tiempo la prescribe, porque la locacion no es título traslativo de dominio. Para la completa inteligencia de esta materia es necesario

cion se hace mas bien por ocupacion que por tradicion, que no puede hacerse á persona incierta, § 7 del tit. 1 del lib. 2. — (1) El tit. 15 del lib. 4 de la R. ó 8 del lib. 11 de la N. — (2) Modestin. ff. ley 3 de usu cap. et usurpat. — (3) Vattel. Derecho de gentes, lib. 2, cap. 11.

explicar las diversas maneras de los títulos. Estos pueden ser verdaderos ó no verdaderos. El verdadero excluye la necesidad de la prescripción, pues por sí solo basta. El no verdadero puede ser *putativo*, *colorado* y *presunto*. *Putativo* se dice, cuando se juzga que hay título, no habiéndolo hábil, como en el que cree que posee por donacion, lo que solo tiene en préstamo. *Colorado* es el que tiene apariencia de título, pero no la fuerza de tal, como el que ha comprado la cosa del que no es su dueño, aunque lo cree tal. *Presunto* es el que el derecho presume que intervino, aunque en realidad no haya intervenido. El verdadero no se requiere en ninguna prescripción; para la ordinaria de tres, diez ó veinte años se requiere el colorado (1); para la de mas tiempo basta el presunto, segun el derecho civil (2), y el putativo para solo la servidumbre (3). Es pues necesario que el título exista real y verdaderamente, y no basta que se crea que lo hay, á menos que esta creencia se funde en hecho ageno, que no le es imputable, como por ejemplo, si hubiese dado orden á su agente ó procurador para que comprase alguna cosa, y este la entregase como comprada no siéndolo; en cuyo caso habria lugar á la prescripción (4).

4. II. La buena fe consiste en el juicio que el poseedor forma de ser dueño de la cosa, ó de haberla adquirido del que lo era (5). El derecho de las Partidas (6) imitando al romano, solo exigia la buena fe al tiempo de adquirir, menos en el caso de compra, que se requeria tambien al celebrarse el contrato; mas Gregorio Lopez (7), Covarrubias (8), y generalmente los intérpretes dicen, que en esta parte debe seguirse el derecho ca-

(1) Argum. de la ley 9, tit. 29, P. 3. — (2) LL. 21, 23 y 27, tit. 29, P. 3. — (3) L. 14 del mismo. — (4) LL. 14 y 15 del mismo. — (5) L. 9 del mismo. — (6) L. 12 del mismo. — (7) Gregor. Lop. glos. 1 de la ley 12, tit. 29, P. 3. — (8) Covar., lib. 1 Var., cap. 3, n. 7.

nónico que establece, que la buena fe ha de durar hasta consumarse la prescripción (1), y añade Gregorio Lopez (2), que esta doctrina debe entenderse hasta en la de 30 años, sin embargo de que la ley de Partida no exige buena fe para las prescripciones largas. Vela (3) pretende apoyar esta opinion en una ley (4) posterior á las Partidas, y Covarrubias (5), Castillo (6) y Molina (7) asientan, que la mala fe impide hasta la prescripción inmemorial, aunque Covarrubias limita esta sentencia al caso de que conste ser mala la fe, pues siéndolo solo por presunción se destruye por la posesion de 30 años.

5. III. El tiempo prefijado por las leyes es el tercer requisito para la prescripción, y él solo basta para la de las acciones. Sobre esto conviene advertir, que cuando se dice que se prescriben las acciones, no es porque se adquieran de nuevo por el prescribente, sino mas bien porque se pierden por aquel contra quien se prescriben, adquiriéndose una excepcion perentoria por el otro contra quien se dirige la accion. El tiempo señalado para las cosas y acciones es vario, y conviene anotarlos tanto para las unas como las otras.

6. I. En un año se prescribe la pena en que cae el fiador de otro para presentarlo en juicio. Si incurriere en ella por no haber cumplido lo prometido, y no se le pidiere dentro de un año contado desde que cayó en la pena, no puede ser demandado despues (8). 2º En tres años se adquieren las cosas muebles (9), y se prescriben las acciones de los sirvientes por sus salarios, contándose desde el dia en que fueron despedidos: las

(1) Decretales de Gregorio IX, lib. 2, tit. 26, cap. 20. — (2) Gregor. Lop. glos. 2 de la ley 21, tit. 29, P. 3. — (3) Vela, Disertac. 48, nn. 45 y sig. — (4) L. 3, tit. 15, lib. 4 de la R. ó 2, tit. 8, lib. 11 de la N. — (5) Covar. *in regula Possessor*, part. 2, § 8, n. 5. — (6) Castil. de *tertiis*, cap. 26, n. 13. — (7) Molina de *primogen.*, lib. 2, cap. 6, n. 66. — (8) L. 10, tit. 16, lib. 5 de la R. ó 1, tit. 11, lib. 10 de la N. — (9) LL. 9 y 17, tit. 29, P. 3.

de los boticarios, joyeros y oficiales mecánicos, especieros, confiteros, y tenderos de comestibles (1) y las de los abogados y procuradores, no habiéndose contestado demanda antes de los tres años (2) no pudiendo renunciarse esta disposicion, ni obstando su renuncia si se hiziere. 3º En diez años se ganan los bienes raices entre presentes (3), y se pierde el derecho de ejecutar por obligacion personal (4). 4º En veinte se adquieren los bienes raices entre ausentes (5), entendiéndose por ausente el que está fuera de la provincia, y si solo parte del tiempo estuviere fuera, esta se arreglará como ausente, y la otra como presente (6), y se prescribe la accion personal y ejecutoria dada sobre ella (7). 5º En treinta años se prescribe la cosa, segun el derecho de las Partidas, con mala fe; sobre lo cual, ademas de lo que hemos notado en el núm. 4 sobre la disposicion del derecho canónico, que los intérpretes dicen estar adoptada generalmente, deben advertirse otras del derecho pátrio; tales son la de que si la enagenacion se hace por el que no puede, pero sabiéndolo y callando el dueño de la cosa, no se requieren para su prescripcion treinta años, sino que bastan veinte entre ausentes, y diez entre presentes (8); la otra disposicion digna de notarse es, que si alguno quita la cosa al que la posee de mala fe, este no puede demandar la posesion, si no es que se la robasen, ó se quisiere quedar con ella otro á quien se la hubiese prestado ó empeñado, ó en el caso de que el juez se la mandase quitar por no haber contestado á la citacion; pues entonces, si dentro de un año comparece y responde, se le devolverá pagando las

(1) L. 9, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 10, tit. 11, lib. 10 de la N. —
 (2) L. 32, tit. 16, lib. 2 de la R. ó 9, tit. 11, lib. 10 de la N. —
 (3) L. 18, tit. 29, P. 3. — (4) L. 6, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 3, tit. 8, lib. 11 de la N. — (5) L. 18, tit. 29, P. 3. — (6) L. 20, tit. y P. cit. — (7) L. 6, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 3, tit. 8, lib. 11 de la N. —
 (8) L. 19, tit. 29, P. 3.

costas; mas el que posee de buena fe puede demandar la posesion aun cuando la cosa se le quite por su verdadero dueño, no estando corrido el tiempo necesario para prescribirla (1). En este término de treinta años se pierden las acciones hipotecaria y mixta de real y personal (2), y tambien la puramente real, conforme á la ley de Partida (3) que se reputa en todo su vigor, por no hablarse nada de esta en la de la Recopilacion; aunque Antonio Gomez advierte, que la doctrina de la ley 63 de Toro, que es la misma citada de la Recopilacion, debe entenderse de las acciones mixta y puramente real, cuando al que posee la cosa le faltó algun requisito para poderla adquirir por prescripcion; porque si no le faltó, adquirió su dominio concluido el tiempo necesario y cesa toda accion contra él. 6º En cuarenta años se prescriben los bienes raices de las Iglesias, pues para los muebles bastan tres, como en todos los de su especie; tambien los bienes de ciudad, ó villa, que no son de uso comun, como viñas, navios, y otros, aunque de estos se puede pedir la restitucion *in integrum*, mas los públicos, como plazas ó ejidos son imprescriptibles (4), y por último el derecho de prenda, poseyendo este tiempo la cosa el deudor mismo, ó su heredero, ú otro á quien el mismo la hubiese obligado otra vez (5). La prescripcion de cien años, y la de tiempo inmemorial casi no tienen lugar, pues por la primera se adquieren los bienes raices de la Iglesia de Roma (6), y por la segunda el señorío de los lugares, y la jurisdiccion civil y criminal, lo que ciertamente no tiene lugar entre nosotros.

7. Los términos y plazos de tiempo que acabamos de notar son necesarios para la adquisicion del domi-

(1) L. 21, tit. 29, P. 3. — (2) L. 6, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 3, tit. 8, lib. 11 de la N. — (3) L. 21, tit. y P. cit. — (4) L. 7, tit. 29, P. 3. — (5) L. 27, tit. y P. cit. y ley 6, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 3, tit. 8, lib. 11 de la N. — (6) L. 26, tit. 29, P. 3.

nio de las cosas; mas para ganar la posesion de ellas basta tenerlas un año y un dia con título y buena fe, en paz y faz del que la demanda, y con estos requisitos no está obligado el poseedor á responder sobre la posesion (1).

8. IV. El cuarto requisito para la prescripcion es la capacidad en el que prescribe, y en la cosa para ser prescripta. De la capacidad de la persona hablaremos en el siguiente, que es la posesion, y aqui solo explicaremos qué cosas no pueden ser prescriptas. 1º Las que se llaman de derecho divino, sagradas, santas y religiosas, y el hombre libre (2). 2º Las plazas, calles, ejidos, dehesas y otros bienes de los lugares que son del uso comun de los vecinos (3). 3º Las cosas forzadas, hurtadas, ó poseidas con mala fe no solo por el ladrón (4), sino tambien por el tercer poseedor, segun opinan varios autores (5). 4º Las de los menores de edad, las de los hijos que están en la patria potestad, y las dotales, si no es que siendo pródigo el marido, la muger callase y no le pidiese la restitucion de su dote (6); debiendo entenderse toda esta doctrina de la dote inestimada, pues siendo estimada ya no son dotales las cosas que se dieron, en cuyo lugar se subrogó el precio, como hemos visto en el núm. 2 del título 5 del libro 1º y en orden á las cosas de los menores explicamos en el núm. 2 del título 8 del mismo libro cuales corren y cuales no. 5º El sumo imperio, ni la jurisdiccion civil ó criminal, lo mismo que los pechos, tributos y alcabalas (7), pues aunqne conforme á la ley (8)

(1) L. 3, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 3, tit. 8, lib. 11 de la N. — (2) LL. 6 y 24, tit. 29, P. 3. — (3) L. 7, tit. y P. cit. — (4) LL. 4, tit. y P. cit. y 5, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 2, tit. 8, lib. 11 de la N. — (5) Vela, Disert. 48, n. 45; Covar. in regula Possessor. y Molina de primogen., lib. 2, cap. 6. — (6) L. 8, tit. 29, P. 3. — (7) LL. 6, tit. y P. cit., y 1 y 2, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 4 y 9, tit. 8, lib. 11 de la N. — (8) L. 1, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 4, tit. 8, lib. 11 de la N.

podia prescribirse la posesion inmemorial, el señorío de los lugares, y la jurisdiccion civil y eriminal, con tal que no fuese la suprema (1), esto no cabe en un sistema de gobierno libre en el que los pueblos no son el patrimonio de ninguno. 6º Por último, no se prescribe la accion que tiene un comunero de alguna herencia, ó de cualquiera otra cosa, para que se divida y se le dé la parte que le corresponda por el otro ú otros que la posean indivisa, sea por el tiempo que fuere (2); cuya resolucion parece fundada en que el que posee lo hace á nombre de todos los comuneros, y asi no puede perjudicarles su posesion, que es de todos.

9. V. El último requisito para la prescripcion es la continua posesion. Esta es la *tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo é del entendimiento* (3). Se llama *derecha*, esto es legal, que procede de título que por su naturaleza sea translativo de dominio (4), á fin de distinguirla de la nuda detencion de la cosa que no está apoyada en las leyes, para que ninguno pueda quitarla por su sola voluntad. La posesion legal puede ser natural ó civil; la primera es la que se tiene corporalmente, como la del dueño de una casa cuando la habita, y la segunda es la que se tiene por la voluntad, como la del mismo cuando sale de ella, pero no con ánimo de desampararla (5).

10. Para adquirir la posesion se requiere la voluntad ó intencion de ganarla, y la ocupacion corporal de la cosa hecha por sí mismo ó por otro en su nombre; de manera que faltando una de estas dos circunstancias no se adquiere; mas la ocupacion puede verificarse no solo por tradicion natural, sino tambien por la ficticia ó simbólica, en los términos que explicamos en

(1) L. 1, tit. 7, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 17, lib. 10 de la N. — (2) L. 5, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 2, tit. 8, lib. 11 de la N. — (3) L. 1, tit. 30, P. 3. — (4) L. 11, tit. y P. cit. — (5) L. 2 del mismo.

el núm. 35 del tit. 1º de este libro. Por cuanto no ocupan en su nombre los arrendatarios las cosas que toman arrendadas, sino en el de los arrendadores, no ganan la posesion, ni pueden adquirir el dominio (1); lo mismo que los comodatarios, depositarios y otros semejantes. Los que ocupan la cosa por fuerza ó por robo, aunque la ocupan á su nombre, como su tenencia no es derecha, tampoco ganan posesion (2); mas el feudatario de algun heredamiento, ó el que lo tenga en usufructo ó á censo, si se apoderan de él, dice la ley (3) que ganan su posesion; pero Gregorio Lopez (4) la explica de la posesion natural, porque en la civil están el propietario y el dueño directo. Con respecto á las cosas incorporales, como las servidumbres, aunque no pueden ocuparse rigurosamente, sin embargo el uso y el consentimiento, asi como segun hemos dicho, hacen la cuasi tradicion de ellas, asi tambien son á manera de posesion (5) que Gregorio Lopez llama *cuasi posesion* (6), y equivalen á la ocupacion.

11. Puede ganarse la posesion por todo hombre de sano juicio no solo por su persona, sino por su hijo ó por su apoderado. Si el hijo la gana por sí ó á su nombre, la adquirirá para su padre, por el usufructo que le compete, menos si es cosa perteneciente al peculio castrense, ó cuasi castrense (7). La pueden ganar igualmente los tutores ó curadores para los huérfanos ó menores que tuvieren en su guarda; y tambien el sindico del comun de algun pueblo ó ciudad para el mismo comun, como si todos se hubiesen apoderado de la cosa (8).

12. La posesion se pierde en los bienes raices: 1º si el poseedor es arrojado de ellos por fuerza: 2º si es-

(1) LL. 22, tit. 29 y 5, tit. 30, P. 3. — (2) L. 10, tit. 30, P. 3. — (3) L. 5, tit. y P. cit. — (4) Gregor. Lop. glos. 2 de la l. 5. — (5) L. 1, tit. 30, P. 3. — (6) Gregor. Lop. glos. 4 de ella. — (7) L. 3, tit. 30, P. 3. — (8) L. 4 del mismo.

tando ausente se los usurpa otro, y le impide la entrada, y 3º si sabiendo que se apoderan de sus bienes, no ocurre á impedirlo por el temor de una violencia (1); y aunque la ley dice hablando de la pérdida de la posesion, *non pierde la tenencia de ella, si non por una de estas tres maneras*, esto se entiende de la pérdida causada por la fuerza que se hace ó teme, pues hay otros modos que en general se reducen á este: *siempre que la cosa se reduce á tal estado que no puede tenerse corporalmente, ni con la voluntad*. Asi se pierde la posesion de las tierras, que son inundadas por mar ó rio (2), mientras lo están (3). Se pierde tambien si el arrendatario pone en posesion á otro de la cosa que tenia arrendada con la intencion de que la pierda el dueño, ó si es arrojado de ella por fuerza; mas si él la desampara, aunque sea maliciosamente, para que otro se apodere de ella, no se pierde (4). En los bienes muebles se puede perder, aun sin saberlo, como sucede en los robados, y sabiéndolo, en los que son abandonados por su dueño con ánimo de no poseerlos mas (5), y tambien en los que se caen en el mar ó en algun rio (6), pero de modo que no sea fácil recobrarlos, de la misma manera que sucede en la fuga de los animales feroces que se habian cogido, aunque con la diferencia de que en estos se pierde hasta el dominio, y en los muebles no, pudiéndose demandar de cualquiera que los hallare (7). De los modos de recobrar, retener y adquirir la posesion en juicio trataremos en el libro 3º.

13. Explicada la naturaleza y circunstancias de la posesion, resta solo aplicarla á la prescripcion. Para que la cause, debe ser derecha en los términos que hemos explicado, y ademas continua por todo el tiempo que segun la naturaleza de la cosa de que se trate

(1) L. 17, tit. 30, P. 3. — (2) L. 14 de id. — (3) L. 32, tit. 28, P. 3. — (4) L. 13, tit. 30, P. 3. — (5) L. 12, tit. 30, P. 3. — (6) L. 14 del mismo. — (7) LL. 19, tit. 28 y 14 y 18, tit. 30, P. 3.

hayan fijado las leyes (1); de manera que si llega á interrumpirse, ya sea naturalmente porque la pierda el que la estaba prescribiendo, ó ya civilmente porque se le emplace ó ponga demanda, de nada aprovecha el tiempo corrido, y debe empezarse á contar de nuevo (2). La posesion se interrumpe no solo por demanda judicial, sino tambien por la interpelacion hecha ante los vecinos de la casa con protesta de que solo por impedimento no se demanda en juicio (3), y si el poseedor fuere huérfano, por interpelacion hecha ante su tutor (4). Tambien se interrumpe la de los amos respecto del salario de sus criados por los reclamos que estos les hicieren en el curso de los tres años (5), sobre lo cual disputan los interpretes, si es porque el reclamo extrajudicial interrumpe la posesion, ó porque destruye la buena fe, como se puede ver en Vela, Carleval, Acevedo y Silva. Por leyes posteriores (6) se derogó todo privilegio y fuero, excepto el militar, para que los artesanos, menestrales y sirvientes, puedan ocurrir á los jueces ordinarios por el cobro de cuanto se les deba, y se mandó que desde el dia de la interpelacion judicial corra á favor de los primeros y segundos el interes de 6 por 100, y de 3 respecto de los sirvientes á quienes se hayan detenido los salarios. Mas no se interrumpe la posesion, cuando la cosa pasa de un poseedor á otro, sino que se continúa; de manera que al tiempo en que poseyó el antecesor se une el del sucesor, con tal que haya buena fe (7), y esta doctrina se extiende al caso en que poseyéndose una cosa agena, se empeñe, y dé al acreedor en prenda,

(1) LL. 9, tit. 29, P. 3 y 7, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 6, tit. 8, lib. 11 de la N. — (2) LL. 9, tit. 29, P. 3 y 7, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 6, tit. 8, lib. 11 de la N. — (3) L. 30, tit. 29, P. 3. — (4) La misma y la 29 anterior. — (5) L. 9, tit. 13, lib. 4 de la R. ó 10, tit. 11, lib. 10 de la N. — (6) LL. 12 y 13 del tit. 11, lib. 10 de la N. — (7) L. 16, tit. 29, P. 3.

pues el tiempo que este la retenga corre á favor del que se la empeñó.

TITULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES REALES Y PERSONALES.

Tit 31, P. 3.

- | | |
|--|--|
| 1. Qué es servidumbre y sus especies. | 8. De las servidumbres personales, y primero del usufructo: á qué se extiende. |
| 2. De las servidumbres urbanas. | 9. En qué puede constituirse. |
| 3. De las rústicas. | 10. De qué modos se constituye. |
| 4. Quién puede imponer servidumbre. | 11. De qué modos se extingue, ó acaba. |
| 5. La servidumbre es inherente al predio, é individual. | 12. Del uso. |
| 6. De los modos de constituir la, y tiempo en que se gana. | 13. De la habitacion. |
| 7. Cómo se pierde, ó acaba. | 14. De la obra de los sirvientes. |

1. La segunda especie de derecho en la cosa es la servidumbre, que es el *Derecho y uso que tienen los hombres en los edificios ó heredades ajenas para servirse de ellas en utilidad de las suyas*. Es de dos maneras: *real* que es cuando una cosa agena sirve á la de otro, y siendo entre casas se llama *urbana*, que entre heredades *rústica*; y *personal*, cuando la cosa agena sirve á la persona y no á sus cosas, y de estas son tres las especies, á saber: *usufructo*, *uso* y *habitacion*. En el uso comun por servidumbre se entienden las reales, que suelen llamarse tambien *prediales*, porque se constituye entre dos predios, de los cuales se llama dominante aquel á cuyo favor es la servidumbre, y sirviente el que la sufre.

2. Las servidumbres urbanas son 1º El derecho de

cargar sobre la casa del vecino. 2º El de horadar la pared para introducir viga. 3º El de poner ventana que dé luz á la casa. 4º El de hacer caer á la casa del vecino la agua llovediza que se recoge en el techo de la propia por canal, caño, ó de otra manera. 5º El de impedir al vecino que levante su casa de modo que embarace la vista, ó quite la luz á la propia. 6º El derecho de entrar por la casa ó corral del vecino á la propia (1). Con respecto á la primera y segunda los intérpretes del derecho romano establecieron la diferencia de que en la segunda no tiene obligacion el dueño del predio sirviente de reparar la pared que sostiene la viga, y en la primera si la tiene respecto del pilar ó columna que sostiene el peso, y esta diferencia la adopta Gregorio Lopez (2) ponderando su utilidad. Aun hay otras servidumbres urbanas segun lo expresa la misma ley cuando despues de las referidas dice: *ó alguna otra semejante de éstas que sea á pro de los edificios*; pero son de menos importancia.

3. Las rústicas mas comunes son 1º *Senda*, esto es, derecho de pasar por la heredad de otro á pie ó á caballo, solo ó con otros, pero de modo que vayan uno tras otro. 2º *Carrera*, que es el derecho de llevar carretas ó bestias cargadas, á lo que no se extiende la senda. 3º *Via*, que es el derecho de pasar por la heredad agena llevando carretas y todo lo que fuere necesario. Esta deberá tener la anchura que hubiesen contratado las partes, y si no la señalaron deberá ser de ocho pies en terreno recto, y diez y seis donde tuviere vueltas (3). 4º *Acueducto*, que es el derecho de pasar la agua por la heredad agena para la propia. En esta es obligacion del dueño del predio dominante guardar y conservar el cauce, acequia, ó canal por donde corre el

(1) L. 2, tit. 31, P. 3. — (2) Gregor. Lop. glos. 2 de ella. — (3) L. 3, tit. 31, P. 3.

agua; pero de modo que no puede ensancharlo, alzarlo, ni causar daño al predio sirviente (1); y si el derecho fuere de tomar la agua de fuente que nazca en heredad agena, el dueño de esta no podrá conceder á otro el mismo derecho sin consentimiento del que lo tiene primero, si no es que sea tanta la agua, que abunde para las heredades de ambos (2). 5ª El derecho de sacar agua del pozo ó fuente de otro para sí, sus operarios, y bestias de labor y ganados; y el que goza de este derecho le tiene tambien para entrar y salir de la heredad en que está el agua, siempre que lo hubiere menester. 6ª El derecho de apacentar las bestias de labor en prado ó dehesa agena (3). 7ª El derecho de sacar cal, arena, piedras, ú otro material que se encuentre en heredad agena para labrar en la propia (4).

4. Ninguno puede imponer servidumbre en una heredad ó edificio, sino el dueño (5), reputándose tambien por tal el enfiteuta, que solo tiene el dominio útil (6); y si la heredad fuere de muchos, todos han de otorgarla cuando la ponen. Si unos la otorgaren y otros no, aquellos no pueden resistir el uso de ella; pero estos pueden contradecirla, asi por su parte, como por la de los otros; y si luego consintieren en ella, valdrá como si desde el principio la hubieran otorgado todos (7); debiendo decirse lo mismo en cuanto al predio dominante.

5. La servidumbre es una calidad tan inherente á la cosa en que está constituida, ya se considere pasivamente como carga, ya activamente como derecho, que no se pierde por mudar de dueño el predio sirviente ó el dominante, sino que pasa al nuevo poseedor (8). De aqui es que el dueño de una servidumbre

(1) L. 4, tit. y P. cit. — (2) L. 3, tit. 31, P. 3. — (3) L. 6 del mismo. — (4) L. 7 del mismo. — (5) LL. 9 y 3 del mismo. — (6) L. 11 del mismo. — (7) L. 10, tit. 31, P. 3. — (8) LL. 8 y 12 del mismo.

no puede enagenarla separadamente sin la cosa á que está afecta, pues aquella es de tal naturaleza, que no puede apartarse de esta, á menos que lo consienta el dueño del predio sirviente. Mas aquel á quien se debe servidumbre de llevar agua para regar su heredad, puede conceder á otro el agua que ya tuviere en su campo para que aquel riegue el suyo (1), pues en tal caso no concede la servidumbre, que consiste en el derecho de conducir el agua por la heredad ajena, sino el agua ya conducida, en lo que no se grava ni perjudica al dueño del predio sirviente. Es además propiedad de las servidumbres ser individuales, esto es, que no pueden dividirse, y por consiguiente si fueren muchos los herederos, ya del predio dominante, ya del sirviente, se debe entera á cada uno de aquellos, y por cada uno de estos (2).

6. De tres modos pueden constituirse las servidumbres (3), á saber: 1º por contrato, ó concesion entre vivos; 2º por testamento, ó última voluntad; 3º por prescripción, usando de ellas el tiempo determinado por la ley, que es diferente según la clase de servidumbre, pues hay unas que se llaman *continuas* y otras *discontinuas*. Continuas son aquellas de que usamos cada día, como las cinco primeras que referimos en la clase de urbanas; y discontinuas las que no usamos diariamente sino de tiempo en tiempo, como las tres primeras de las rústicas (4); la de llevar agua para regar suele llamarse á veces continua y á veces discontinua, según que la agua se lleva diariamente ó en determinados tiempos. Las primeras se constituyen ó adquieren por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, y las segundas por tiempo inmemorial (5); á menos que el que prescribe tenga justo

(1) L. 12 citada. — (2) LL. 9 y 18, tit. 31, P. 3. — (3) L. 14, tit. y P. cit. — (4) L. 13 del mismo. — (5) L. 13, tit. 31, P. 3, y Greg. Lop. glos. 3 de ella.

título dimanado de algún tercero, pues entonces bastará el tiempo ordinario de diez ó veinte años (1). El tiempo para prescribir se empieza á contar desde que comienza el uso de la servidumbre, si esta fuere afirmativa, como el derecho de poner viga en pared ajena; y en las negativas desde que el prescribente prohíbe al otro usar de su libertad, como prohibir al vecino que levante mas su casa (2), y así es que para tener esta servidumbre por prescripción es necesario que hayan corrido los diez ó veinte años desde que el dueño del predio sirviente intentó usar de su libertad, y el del dominante se lo impidió. El uso de la servidumbre en el que trata de prescribir ha de ser continuo, con buena fe, sin fuerza ni ruego, y con ciencia del dueño del predio sirviente, la cual sirve de justo título, y de tradición, y posesion el uso del dominante; mas sobre esto advierte Antonio Gomez (3), que el que pretenda aprovecharse de esta adquisición debe ser cauto en alegar y probar la ciencia y paciencia del otro, además de su uso y ejercicio, y el tiempo necesario. El mismo añade, que si el prescribente apoyase su uso en título justo, bastaría su buena fe con el lapso del tiempo legal sin necesidad de la ciencia del dueño, con cuya doctrina está conforme Gregorio Lopez (4); pues ambos autores adoptan en la materia las disposiciones del derecho romano á falta de las del patrio, aunque en consonancia con lo que este establece sobre prescripción de las cosas corporales (5).

7. Se pierden ó extinguen las servidumbres: 1º por la confusión de los dominios, esto es, por hacerse de un mismo dueño la cosa que sirve, porque el hombre

(1) Greg. Lop. glos. 12 y Antonio Gomez 2 variar., cap. 13, n. 27 vers. *Advertendum*. — (2) Antonio Gomez en el lugar citado vers. *Item*. — (3) Gomez 2 var., cap. 13, n. 27 vers. *Servitus*. — (4) Gregor. Lop. glos. 3 de la l. 15, tit. 31, P. 3. — (5) LL. 6, 9 (y 18, tit. 29, P. 3.

no usa de sus cosas por via de servidumbre, ó como suele decirse, á ninguno sirve su cosa (1); y se extingue de tal modo, que aunque despues vuelvan á separarse los dominios, no se debe la servidumbre, si no fuere puesta de nuevo (2); 2º por la remision ó condonacion que hace el dueño del campo á quien se debe la servidumbre (3), bastando que esta remision sea tácita, como si el dueño de la servidumbre permitiese al que la debe, hacer algo que impida su uso (4); 3º por impedirse el uso de la servidumbre urbana á vista del que la tiene en diez años y veinte si estuviere ausente (5), mas con la circunstancia, de que el que la debe impida su uso con algun hecho á buena fe, como cerrar la ventana por donde entraba la luz; mas si fuere rústica se perderá, sin distincion de ser entre ausentes ó presentes, por el no uso inmemorial siendo continua, y por el de veinte años siendo discontinua, trocándose en estas para perderse el tiempo necesario para adquirirlas (6). Mas si la servidumbre se debiese á un predio comun, usando de ella uno de los dueños la conserva para los demas que no la usaron, y en el caso de que partiesen entre sí el predio, solo perderá el derecho á la servidumbre aquel que no usare de ella despues de la division (7).

8. Hemos dicho que las servidumbres personales, que son las que se deben á las personas sin respeto alguno á las cosas, son tres, á saber: usufructo, uso y habitacion, á las que se puede añadir la de obras de los siervos. La principal y mas frecuente es el usufructo, que se define: *derecho de usar de casas, tierras, ganados ú otra cosa aiena que pueda dar renta, aprovechándose de todos sus frutos*. Por tanto pertenecen al fructuario todas las rentas y frutos de la cosa,

(1) L. 13, tit. 31, P. 3. — (2) L. 17 del mismo. — (3) L. 17 citada. — (4) L. 19 del mismo. — (5) L. 16 del mismo. — (6) L. 16, tit. 31, P. 3. — (7) L. 18 del mismo.

de que tiene el usufructo, sin distincion de naturales ó civiles, esto es, ó nacidos de la misma cosa, ó producidos y percibidos por ocasion de ella; mas no le pertenece el parto de la esclava, ni el tesoro hallado en el predio, porque estos son frutos extraordinarios, y el usufructuario solo lo es de los ordinarios. De estos puede disponer libremente; pero no podrá enagenar ni empeñar la cosa, antes bien tiene obligacion de afianzar que no se perderá ni destruirá por culpa suya, y acabado el usufructo la restituirá á su dueño ó á quien se le haya mandado (1). Debe ademas conservarla y cuidarla, de manera, que si fuere casa ha de repararla, y si heredad labrarla y cultivarla bien. Y si el usufructo consistiere en ovejas y algunas se murieren, debe suplir estas faltas con otras tantas crias, y pagar ademas cualquier tributo ó derecho á que esté sujeta la cosa, cuyos frutos percibe (2).

9. El usufructo puede constituirse en bienes raices, en muebles que no se consumen, pero se deterioran ó envejecen con el uso, como trastos de casa, ropa, alhajas de plata, oro etc., ó en las cosas que se consumen con el uso, como aceite, vino, trigo y demas semillas; pues aunque en ellas no se verifica propiamente el usufructo, porque necesaria y cotidianamente han de consumirse, y de otro modo no puede usarlas el usufructuario, se llama impropriamente usufructo este uso, como tambien en los semovientes, como ovejas y otros ganados.

10. El usufructo se constituye de los mismos modos que las servidumbres (3), y que hemos explicado en el núm 6, y ademas en algunos casos por beneficio de la ley, cuando esta manda que alguno tenga el usufructo en tales cosas ajenas, como sucede en el padre respecto de los bienes adventicios del hijo que tiene en su

(1) L. 20, tit. 31, P. 3. — (2) L. 22 del mismo. — (3) LL. 14 y 20, tit. 31, P. 3.

potestad (1), y este usufructo, que se llama legal, concede al usufructuario otras prerogativas que no tienen los demás, siendo la principal que el hijo no puede enagenar estos bienes sin consentimiento del padre, con otras que refieren Gomez (2) y Castillo (3).

11. Los modos de acabarse el usufructo son varios: 1º por la muerte natural del usufructuario (4), pues siendo servidumbre personal acaba con la persona á quien se debe; pero si se le deja á un pueblo ó ciudad, que es persona moral que nunca muere, si no se señaló tiempo, debe durar cien años (5), y pasados estos vuelve la cosa al propietario, como tambien si durante este tiempo se despoblase enteramente, quedando yermo el sitio; mas si sus antiguos moradores ó parte de ellos poblasen despues juntos otro lugar, les quedaria salvo el derecho que tenían á aquel usufructo (6). 2º Cesa tambien por muerte civil, esto es, destierro perpetuo ó servidumbre. 3º Por consolidacion, esto es, cuando el usufructuario llega á ser propietario de la cosa. 4º Extinguida ó destruida la cosa, se extingue el usufructo que se tenia en ella. 5º Por no uso de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes; mas no por el abuso, pues para este caso está asegurado el propietario con la fianza. 6º Por enagenacion hecha por el usufructuario, la cual produce el efecto de que el usufructo vuelva al propietario; pues aunque aquel puede vender, arrendar ó dar á otro la percepcion de los frutos, no puede lo mismo con el derecho de percibirlos (7), lo que explican los intérpretes distinguiendo dos derechos en el fructuario: uno real ó de comodidad, que consiste en que nadie le puede impedir la percepcion de los frutos, y el otro puramente perso-

(1) L. 15, tit. 17, P. 3. — (2) Gomez en la ley 6 de Toro, nn. 41 y 42. — (3) Castillo de usufruc., cap. 3. — (4) L. 24, tit. 31, P. 3. — (5) La misma. — (6) L. 26, tit. y P. cit. — (7) LL. 24, tit. 31, P. 3 y 3, tit. 8, P. 5.

nal; de estos puede enagenar el primero, que depende en su duracion del segundo, y si intenta enagenar este, lo extingue y se une á la propiedad. 7º Por acabarse el tiempo por el cual se concedió el usufructo, si se señaló al celebrarse el pacto. El legal del padre en los bienes adventicios del hijo se acaba por el casamiento de este; mas no el que tiene el padre ó la madre en los bienes que debe reservar para el hijo del primer matrimonio, de que hablaremos en el tit. VIII de este libro.

12. La segunda especie de servidumbre personal es el uso, que es *el derecho de usar de cosa agena fructifera, aprovechándose de solos aquellos frutos que necesita para sí, su familia ó dispensa*. Cuanto hemos dicho del usufructo tiene lugar respecto del uso con las diferencias siguientes. 1ª Que al usuario no pertenecen todos los frutos, como al fructuario, sino solamente los que necesita para su familia; y de ahí es, que nada de ellos puede dar ni tomar para dar, ni vender (1); y de consiguiente, si muriere teniendo algunos percibidos y no consumidos, no serian de su heredero, sino del propietario. 2ª Que el usuario de bestias puede usar de ellas para sus labores, ú otro servicio suyo solamente; mas no las puede alquilar ni prestar á otro (2). 3ª Que el usuario no debe pagar las expensas del reparo de la casa ó cultivo de la heredad, ni los tributos ó pechos impuestos sobre ella, á menos que la cosa sea tan pequeña que él solo la disfrute, y se aproveche de todo su producto, pues en este caso á todo lo estará.

13. La tercera servidumbre personal se llama habitacion, y es *el derecho de habitar en casa agena con la compañía que tuviere*. La habitacion es menos que el usufructo, y mas que el uso de la casa; pues el usu-

(1) L. 21, tit. 31, P. 3. — (2) La misma.

fructuario puede aprovecharse de todas las comodidades dependientes de la casa, como tiendas, baños, jardines, etc., y el habitador solo de las habitaciones; por el contrario el usuario solo tiene las habitaciones que necesite, y el habitador todas, de modo que puede alquilarlas ó darlas graciosamente á otros, con tal que hagan buena vecindad. La habitacion no se acaba sino por la muerte ó remision, y si se dejó para tiempo determinado, por la conclusion de este (1).

14. Es tambien servidumbre personal la de las obras de los siervos, que es *el derecho de percibir toda la utilidad que resulta de las obras de un siervo ageno*. Era de mas utilidad esta, que la de uso de un siervo, porque el usuario no utiliza todas las obras, sino solamente aquellas de que tiene precisa necesidad, y asi no puede localarlas á otro, como puede aquel á quien se ha otorgado la servidumbre de obras; mas esto no tiene ya lugar extinguida la esclavitud.

TITULO IV.

DE LOS TESTAMENTOS.

Tit. 1, P. 6 y tit. 4, lib. 3 de la Recopilacion ó 18 del lib. 10 de la Novisima.

- | | |
|---|---|
| 1. Qué es herencia, y como se adquiere. | 8. No es necesario que los testigos sean rogados. |
| 2. Qué es testamento y sus especies. | 9. Personas inhábiles para ser testigos en ningun testamento. |
| 3. Solemnidades que debe tener. | 10. Personas inhábiles para serlo en algunos. |
| 4. Testigos que se requieren para el abierto. | 11. Papel en que debe extenderse el testamento. |
| 5. Cuantos se requieren para el cerrado. | 12. Del testamento de los militares. |
| 6. Para el del ciego. | 13. Quienes no pueden hacer |
| 7. Para el de los indios. | |

(1) L. 27, tit. 31, P. 3.

- | | |
|---|--|
| testamento, y cuando puede el loco. | y á qué se extiende. |
| 14. Otras personas á quienes se prohíbe hacer testamento. | 19. En qué tiempo debe usarse. |
| 15. Si pueden los extranjeros, y en qué forma? | 20. 21. Qué debe hacer el comisario, y si son muchos. |
| 16. Qué es codicilo y sus especies y solemnidades. | 22. Quiénes pueden pedir que se abra un testamento cerrado, y como debe hacerse. |
| 17. Qué cosas no se pueden hacer en codicilo. | 23. Qué debe hacerse cuando hayan muerto, ó no parezcan los testigos. |
| 18. Del poder para testar, | |

1. Los modos civiles de adquirir, de que hasta aquí hemos tratado, son singulares, esto es, sirven solo para la adquisicion de alguna cosa en particular, hay otro por el que los hombres pueden adquirir por un solo acto una coleccion de bienes, por lo que se llama universal, y este es la *herencia*, que se define *universal patrimonio de alguno con sus cargas*, ó mas bien: *la sucesion en todos los derechos de un difunto*. Para adquirir una herencia es necesario que se defiera, y se admita. Se defiere en general por testamento, y á falta de este, á los que llama la ley por intestado (1).

2. El testamento dice la ley (2) *es una de las cosas del mundo en que mas deben los omes haber cordura, cuando lo facen, por dos razones*. La una por que en ellos muestran cual es su postrimera voluntad. E la otra porque despues que los han fecho si murieren, no pueden tornar otra vez á enderezarlos, y lo define *un testimonio en que se encierra é se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo face, estableciendo en el su heredero, ó departiendo lo suyo en aquella manera que el tiene por bien que finque lo suyo despues de su muerte* (3). Es de dos maneras *solemne* y

(1) L. 3, tit. 13, P. 6. — (2) L. 1, tit. 1, P. 6. — (3) L. 1, tit. 1, P. 6.