

REPUBLICA DE COLOMBIA—UNIVERSIDAD NACIONAL  
— FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS —

---

# Prescripción de servidumbres

Bernabé Riveros

—————  
Para el Doctorado  
—————

BOGOTÁ  
IMPRESA DE SAN BERNARDO  
MCMXIX

REPUBLICA DE COLOMBIA—UNIVERSIDAD NACIONAL  
— FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS —

---



# Prescripción de servidumbres

Bernabé Riveros

Para el Doctorado

BOGOTA  
IMPRENTA DE SAN BERNARDO  
MCMXIX



---

---

*La Facultad no aprueba ni desaprueba las opiniones emitidas en las tesis; tales opiniones deben ser consideradas como propias de sus autores.*

---

---

RECTOR DE LA FACULTAD:  
DOCTOR ANTONIO JOSE URIBE

---

PRESIDENTE DE TESIS:  
EL SEÑOR RECTOR

---

EXAMINADORES:  
DOCTOR MIGUEL ABADIA MENDEZ  
DOCTOR CARLOS BRAVO  
DOCTOR LUIS CARLOS CORRAL

---



# Prescripción de servidumbres

## CAPITULO I

### Noción de servidumbre

Al lado de la propiedad raíz, institución madre en todo régimen jurídico, y para darle estabilidad y certeza como para limitarla y suplirla en sus naturales deficiencias, deficiencias emanadas del objeto material del derecho, han existido y desarrolládose a su sombra, dos básicas instituciones jurídicas que, también como la propiedad a que acompañan, son de derecho natural: la prescripción y las servidumbres.

Ambas a dos ofrecen un doble carácter según se consideren desde el punto de vista de uno o de otro de los dos términos—propietarios o fundos—de la relación jurídica a que sirven. Así las servidumbres contempladas de un lado aumentan el contenido útil del fundo y se llaman, por eso, activas, mientras miradas del otro restan al fundo utilidad y se nominan pasivas.

El acto con que se producen esos dos contrarios efectos es uno, simple e indivisible. Movimiento coexistente del uno al otro término da a los dos cualidades contrarias: de perfección a uno, al otro de carencia relativa. Parece, pues, la acción movimiento transeúnte,

dual, que principia en un término y culmina en otro, llevando en su desarrollo la perfección que arranca a éste para sumarla a aquél.

Benéficas en grado máximo a la propiedad hánla acompañado en su evolución por pueblos y edades y participan de la antigüedad que aquella reviste.

Autores como Schonemann, fijándose en que a la propiedad particular precedió, en el orden del tiempo, la *res nullius* y la *res publica* o *ager publicus*, y en que el trabajo y la ocupación generaron el dominio privado, sostienen que las servidumbres son más antiguas que la propiedad, ya que antes que ésta se delineara sobre el uso y goce del *ager publicus*, el estado de vecindad que el goce implicaba creó limitaciones al mismo en recíproco beneficio de la vecindad; tránsito, acueducto etc., limitaciones que en sustancia son meras servidumbres.

Esta teoría parece hoy olvidada ya que todos los regímenes jurídicos consideran las servidumbres como accidentes de la propiedad y nunca el accidente puede ser anterior a la sustancia del ser a que modifica.

En todo caso, lo que sí está fuera de duda es que esta institución es tan antigua como la propiedad predial. En Grecia ya Demóstenes en su oración contra Calicles menciona la de paso de agua, lo que nos da a entender que las servidumbres no son nacidas en Roma, sino que, trasplantadas, como la hipoteca, a este pueblo con el acervo cultural helénico, florecieron allí en ambiente más que propicio, debido sin duda, a las peculiares condiciones del pueblo romano para la vida del derecho (1).

---

(1) Roma no ha escrito más poema que el poema jurídico, ni ha inventado más filosofía que la razón escrita de sus leyes. Menéndez y Pelayo. *Ensayos de crítica filosófica*, pág. 36.

Son las servidumbres en su esencia jurídica, el beneficio que un predio deriva de otro de dueño diferente a favor de la limitación en éste de la plenitud del ejercicio de los derechos que encarna la propiedad.

Salta a la vista ser la servidumbre un accidente de la propiedad, *abstractum* que según aparezca al radio jurídico, o libre o limitado o gravado, se llamará: propiedad plena, el dominio; propiedad menos plena, modificada por las servidumbres; propiedad imperfecta hecha tal por las cargas y gravámenes que le imponen los otros derechos reales, uso, usufructo, hipoteca, etc.

Esta doble faz del fenómeno jurídico que importa la servidumbre, y que hemos apuntado, hace que se la considere y defina de modo diferente según el aspecto por donde se coja.

La mayor parte de las legislaciones modernas la definen como gravamen o limitación impuesto a un predio en favor de otro, mediando entre los dos la diversidad de dueños. Así nuestro Código Civil en su artículo 879, dice: «Servidumbre predial o simple servidumbre, es un gravamen impuesto a un predio, en utilidad de otro predio de distinto dueño,» artículo igual, en sustancia, al 637 del Código Napoleón, al 530 del español, al 531 del italiano, al 2.267 del portugués, al 1.043 del mejicano, etc.

No otro que el que apuntamos parece fue el concepto sentado por el antiguo Derecho romano.

La vieja legislación de Partidas define las servidumbres como «Derecho o uso que home ha en los edificios o en las heredades ajenas para servirse de ellas a pro de las suyas»; (Ley 1.ª, Título 31, Partida 3.ª) concepción ésta formulada por el Rey sabio, en que prima el elemento activo, y que sepamos sigue, entre los códigos modernos vigentes, el civil argentino, cuan-

do en su artículo 2.970 dice ser la servidumbre «derecho real perpetuo o temporario sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él o ejercer ciertos derechos, o bien impedir que el propietario ejerza algunos de los derechos de propiedad.»

Estas dos legislaciones atienden, como se ve, al fundo que ejerce la servidumbre y en ellas priva el concepto de derecho del dominante, al revés del más generalizado sistema de los códigos vigentes en que resalta y lo domina todo en la institución, como esencial, la noción de gravamen, limitación o carga que afecta al predio sirviente.

Sea de ello lo que fuere, y aparte las razones que movieran a los legisladores citados para prohiar uno u otro sistema, parécenos que en ninguno de los dos, por el predominio exclusivo que en cada cual se da a los conceptos opuestos de derecho y gravamen, abarca en su totalidad jurídica la verdadera noción de servidumbre, institución ésta de doble faz que así encarna al mismo tiempo, como correlativos necesarios, la idea de derecho como la de gravamen.

Debemos advertir que nuestro Código, que al definir olvida ser la servidumbre de derecho y sólo atiende a la idea de gravamen, se había anticipado a corregir la futura omisión, cuando enumera entre los derechos reales, en su artículo 665, las servidumbres, si bien es cierto que al hacerlo se limita a una sola cara del fenómeno, al lado activo.

Institución compleja en suma, es pues, la servidumbre, que lleva en su entraña dos conceptos opuestos, derecho y gravamen, cuya unión implicaría oposición o cotradicción, si, como sucede al tratar del derecho y del deber, correlativos necesarios, no radicara cada cual en sujeto distinto: aquél en el fundo dominante,



éste en el sirviente, elementos también de la esencia de la institución, junto con el de su distinta pertenencia.

## II

### Noción de prescripción

Junto a las servidumbres y al lado de la propiedad, como apuntado queda, desarrolla su biología la prescripción, entidad jurídica a que Casiodoro titulara, por su importancia en el conjunto integral del derecho, «nodriza del género humano.»

Es ella de antigüedad vecina a la de las otras dos. Da certeza y fundamento a la propiedad y a los otros derechos reales. Enemiga de la inacción, conviértela en fuente de derechos, y a todo lo que toca purifica y fija. Descabeza litigios y, basada en la perpetuidad de la propiedad, del a ruina de un derecho hace cuna de otro. Nada deja perder; todo a su contacto se transforma y remoja. El derecho abandonado y olvidado resurge a su impulso con adherenzos nuevos y con distinto titular más acucioso y activo que el primero.

Su papel no se limita, en la economía del derecho, a afectar en su forma y sustancia a la propiedad, sino que la infunde modalidades y accidentes nuevos. En frente de la actividad jurídica que encarna el hombre, único sujeto de derechos, aparte el Creador, sumo sujeto de ellos, y de la actividad jurídica que ofrecen las cosas a que el tecnicismo jurídico apellida bienes, se desenvuelve y obra con el carácter dual que observamos en las servidumbres; recorta acá para agregar allá, según sea mayor o menor la actividad que en la función social de usar de las cosas para la producción de la riqueza, muestre el titular de cada

No aguanta inacción en el ejercicio, siempre fecundo, del derecho, porque ella se traduciría en perjuicio del bien social, restado así de elementos y productos, y al mejor título opone triunfal, el mayor, más dilatado y más fecundo ejercicio.

Al poseedor activo traslada, a virtud del tiempo y de la posesión, el dominio de un titular descuidado. Otro tanto hace respecto no ya de un dueño y un poseedor, sino de dos fundos y en relación a la mayor o ninguna actividad de sus respectivos propietarios, en orden al total aprovechamiento de los elementos que para la producción agrícola o industrial encierran los dos predios.

Para el fundo cuyo dueño ejercita sobre uno ajeno determinada actividad, durante cierto tiempo y con las condiciones que la ley exige, crea y adquiere un derecho real: el de servidumbre. Traslada, pues, parte apreciable del contenido útil del uno para mayorar el beneficio o utilidad del otro. Si éste, a su turno, no actúa por conducto de su señor la servidumbre adquirida y pasa en ese desuso durante cierto tiempo, por esto no más y a virtud del abandono recobra el fundo gravado su íntegro contenido, vuelve al estado primitivo de libertad, no de otro modo, como a virtud de ley física los líquidos buscan su nivel.

Comporta, pues, la prescripción el mismo dual carácter que vimos en las servidumbres. Con un mismo hecho simple, resta de un fundo, prescripción extintiva, para agregar a otro prescripción adquisitiva. A donde el desuso mata ella deriva existencia de nuevos derechos, o, mejor, traslada a otro titular el derecho abandonado. Su movimiento perfectivo en orden a la propiedad predial exige dos términos: dos fundos representados en sus respectivos titulares; principia en uno

y acaba en otro. Quita y agrega perfección o traslada la entidad sustancial a nuevo señor. Modo de adquirir la definen los Códigos.

Por el primer aspecto, el de trashumar de uno a otro fundo calidades perfectivas, se relaciona con las servidumbres que son accidentes reales de la propiedad. Respecto a ellas, como respecto a la propiedad máxima o plena, su obra es doble, ya se dijo: es acción, es pasión.

Vamos a estudiarla, siquiera sea someramente, en su integridad y en su complejidad de aspecto dual, en relación a las servidumbres, con las que comparte ese doble carácter. Si adquisitiva, si extintiva, la prescripción es una. Entre sus operaciones, hijas de un mismo hecho y del concurso de unas mismas circunstancias, no creemos haya distinción real, «que no depende del entendimiento creado,» sino mera distinción virtual, que es «la que forma el entendimiento en el ente considerando en él ya un atributo ya otro.»

Vistos sus caracteres y funciones ensayemos su definición: la prescripción es la institución jurídica que a virtud del transcurso del tiempo y del concurso de determinadas circunstancias, traslada la propiedad y ciertos derechos reales de un propietario a un poseedor que se convierte en propietario, o extingue acciones y derechos personales.

Su título o fundamento filósoffico-jurídico es la ley jurídica racional, que no admite, por parte del titular de un derecho el no uso absoluto de éste en perjuicio de los intereses de la comunidad, a cuyo beneficio están naturalmente destinados todos los bienes cuyos productos serían nulos en el estado de total abandono. La tutela social no puede prestarse a aquello que vaya

en menoscabo del mismo fin de la sociedad civil, que consiste en el mayor bien general de los asociados.

Su modo, hecho que le da existencia en concreto, no puede ser otro que, de una parte la posesión, de otra el no uso y de ambas el transcurso del tiempo, ya que estas circunstancias individualizan la prescripción, la hacen posible en un momento dado.

Prisco, considerándola desde el punto de vista de la función social moderativa del ejercicio del derecho, la define: «Negación de la tutela social para el no uso de un derecho durante un tiempo determinado y con el concurso de determinadas circunstancias.»

Nuestro Código Civil la define, en su artículo 2.512, como «modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y con el concurso de los demás requisitos legales.»

Respecto a las servidumbres será, así mismo, modo de adquirirlas por la posesión o ejercicio durante cierto tiempo, y de extinguirlas por ausencia de ejercicio durante un tiempo continuo y determinado.

### III

#### Nociones históricas

En el primitivo Derecho romano las servidumbres de todas clases podían ser adquiridas mediante la prescripción, siempre que los fundos, términos de la relación jurídica, a que accedieran, fueran *res mancipi* en principio usucapibles. Nacidas las servidumbres con la división del *ager publicus* en predios parciales, vinculados entre sí por las relaciones de vecindad, para asegurar su mejor disfrute y su armónica coexistencia ve-

cial a virtud de una recíproca limitación, nada tan conforme con aquellos fines que, como accesorios de los predios cuyas deficiencias locales suplían, al usucapirse éstos lo fuesen las servidumbres a ellos inherentes, *jura conditiones prediorum*. Con mayor razón pudieron venir a ser adquiridas *causa usucapiendi* una vez que en el evolutivo desarrollo del derecho perfilaron su entidad individual y fueron concebidas, en cierto modo rudimentario, como derechos reales subsistentes por sí.

En este estado de relativa perfección viene la Ley Scribonia (1) a herir de muerte a la nascente forma de adquisición consagrando como regla inflexible que ninguna servidumbre podía, en adelante, ser adquirida por usucapión.

Desaparece así de la escena jurídica la *usucapio servitutem*, sin que nos sea dado someter a análisis las razones que motivaron esa extinción scriboniana, ya que hasta nosotros no han llegado, y aventurado sería ensayar críticas al respecto. Quizá pudieron ser motivo a tal ley, entre los muy poderosos que debieron necesariamente existir, el que siendo demasiado corto el tiempo requerido a la adquisición y estando todavía inclasificadas las servidumbres por lo que hace a la continuidad de su goce, mutiplicáranse éstas en exceso, con grave mengua de la utilidad social de la propiedad trocada, entonces, en mero soporte de gravámenes.

Es a raíz de la institución de la Ley Scribonia, cuando los dos grandes jurisconsultos Paulo y Gayo, conscientes con la presunción de que el legislador no se equivoca, profesan ser las servidumbres cosas incorpóreas y por lo mismo inusucapibles, tratando así

---

(1) Su data no es cierta: los autores la fijan entre los años 603 y 769 de Roma.

de dar visos de razón al pensamiento que informara la famosa ley.

Viene en seguida para las servidumbres miradas con malos ojos por el derecho civil a virtud de la citada ley, el período fecundo del derecho honorario que, para ampararlas del mismo modo que lo hacía con propiedad bonitaria, creó para ellas una cuasi-poseción, de lo cual se generó, como excepción y medio de defensa, la *prescriptio longi temporis*. Este nombre, consagrado por obra del impulso rotundo que a toda institución jurídica infundiera el derecho del pretor, es el que con la institución ha pasado a todas las legislaciones modernas, como signo preciso de la vitalidad del pueblo legislador.

Con Justiniano, cuando ya el imperio torcía hacia el plano inclinado de la decadencia, y el derecho, producto social de su época, reacuñábase por la postrera vez en el imperio, en los moldes filosóficos del juriconsulto emperador y de su consejero Triboniano, al calor de las exigencias sociales del pueblo romano de oriente, vuelve a entrar en el estadio jurídico la prescripción de las servidumbres, adquiribles de allí en adelante por ese modo mediante la posesión *nec vi, nec clam, nec precario*, durante diez años entre presentes, lapso que se duplicaba al tratarse de ausentes. La prescripción abarca entonces a toda clase de servidumbres no habiendo distinción alguna entre ellas.

Caído el Imperio al golpe de las irrupciones bárbaras y salvado sólo del naufragio total la diadema de sus instituciones de derecho, que encerraban en sí la prudencia de los siglos, al renacer los estudios jurídicos con la escuela de los glosadores boloneses sale a la luz, de entre los escombros, el tesoro romano como patrimonio no ya de un pueblo sino de la humanidad.

Inercio, Acurcio, Bártolo desentrañan la vieja institución y, de las clasificaciones dadas por los romanos jurisconsultos, expresan la que separa las servidumbres en continuas y discontinuas, de ahí en adelante basamento firme en que las legislaciones posteriores, agregando la tonalidad de aparentes e inaparentes, existente ya en la medula de la distinción romana, apoyan el peso de la prescripción para crear o no las servidumbres adquiribles por el simple correr del tiempo y la continua posesión. Aquí ya se destaca de las glosas de aquellos pontífices del renacimiento jurídico, más brillante quizá que el otro del arte, el principio, hoy de aplicación universal en el campo de derecho, de que sólo las servidumbres continuas y aparentes pueden ser adquiridas por prescripción.

En la antigua legislación española las Leyes de Partidas reconocían para las servidumbres discontinuas e inaparentes una adquisición mediante la prescripción inmemorial. La Ley 15, Título 31, Partida 3.ª, decía al respecto: «ha menester que hayan usado de ellas ellos o aquellos de quien las hobieron tanto tiempo que no se puedan acordar los homes quanto ha que començaron a usar.» Esta doctrina, asaz peligrosa, fue relegada al olvido por el actual Código Civil español que, siguiendo las huellas del Código Napoleón, sentó el sistema de distinción que dejamos apuntado.

Por lo que hace a la prescripción extintiva de las servidumbres, en el derecho romano anterior a Justiniano ella no podía surtir efecto alguno sino con relación a las rurales tenidas en concepto de los jurisconsultos del período clásico como de uso no continuo. La máxima *certo tempore non utendo pereunt*, era en cuanto a ellas de rigurosa aplicación. En cuanto a las demás, tal máxima nada significaba.



El derecho civil justiniano equiparó todas las servidumbres y en adelante a todas, sin excepción, se aplicó como modo de extinción la prescripción basada en el no uso durante cierto tiempo continuo: diez entre presentes y veinte años entre ausentes. El principio *certo tempore non utendo pereunt* recibió universal consagración.

La evolución de esa faz extintiva de la prescripción en relación a las servidumbres entregadas al desuso fue más rápida que la de la adquisitiva, acaso, pensamos, porque tendía a fines más acordes con la naturaleza de las cosas: la liberación de los predios. Más rápidos deben ser los medios que vuelvan a los seres a su pristina naturaleza, desfigurada al choque diario con las circunstancias, que los que persiguen agregarles accidentes restados a otros. Si es principio de derecho que las cosas claman por sus dueños, eslo también el de que pugnan por encarnar con irresistible tendencia, su naturaleza primitiva. Porque se presume la libertad de los fundos entre sí es acaso por lo que el desarrollo de la institución fue breve y general su aplicación a toda clase de servidumbres.

El antíguisimo principio, tántas veces citado, lo consagran, sin distinción, todas las modernas legislaciones. En todas ellas la prescripción no para mientes en la calidad de cada servidumbre; a todas destruye a virtud del no uso prolongado durante tiempo fijo.

Vamos en seguida, a estudiar, de modo breve, a la luz de nuestros preceptos legales y a la de la filosofía, la prescripción de las servidumbres por sus dos caras: la adquisitiva, la extintiva.



## CAPITULO II

### Prescripción adquisitiva de las servidumbres

1.ª TESIS: *La prescripción adquisitiva de las servidumbres continuas y aparentes es especial, como especial es la posesión en que se funda.*

Hemos apuntado ya la noción general de servidumbre. Veamos ahora, para mayor claridad y método, el alcance de los conceptos adjetivos encerrados en el aserto. Así sabremos qué se intenta probar.

Servidumbres voluntarias son las constituidas por un hecho del hombre, a diferencia de las naturales provenientes de la natural ubicación de los lugares y de las legales impuestas por la ley en el beneficio público o en el privado. Esta triple división mira al modo como se constituyen las servidumbres. Las dos últimas hallan su título o en la naturaleza o en la ley. Las primeras en la voluntad de los dueños de cada predio, expresa las más veces, y entonces hay una base contractual, presenta otras en que sólo se revela por signos externos a que en todo tiempo y bajo todo régimen jurídico se ha reconocido valor como expresión de una voluntad imperfecta, que no ha alcanzado a manifestarse en toda su plenitud.

Continuas son las servidumbres que se ejercen o ejercerse pueden continuamente sin que para ello sea menester de un hecho actual del hombre, como la de acueducto, cuando el agua corre por un canal artificial perteneciente al fundo dominante. Su contraria, la discontinua, es la que supone necesariamente un hecho actual del hombre para ejercitarse, lo cual tiene lugar a intervalos más o menos largos, como la de tránsito.

Aparente llámase a la que está continuamente a la vista, como la de tránsito por senda o puerta de destina-

ción especial al paso; inaparente la que no se revela por signos exteriores, como la de acueducto por canal subterráneo,

La prescripción, se dijo, es modo de adquirir las servidumbres. Modo de un derecho es el acto o el hecho que le da existencia concreta, es decir, la manera especial como se actúa, se realiza. Título la razón que justifica su posibilidad objetiva.

Nuestro Código Civil parece no sentar bien la diferencia esencial que existe entre el título y el modo, ambos a dos elementos integrales, coexistentes necesarios del derecho. Así en el artículo 673 enumera como modos la ocupación, la accesión, la prescripción, y en el 765 los cuenta entre los títulos. Pueden ser, según la doctrina del Código, ya títulos ya modos.

En el capítulo 3.º del título 11 del Código civil se reglamenta la materia cuyo estudio ensayamos.

El capítulo contiene cinco artículos de los cuales los dos primeros establecen los modos ordinarios de adquirir las servidumbres voluntarias. Tales son: ante todo el contrato por el mutuo acuerdo de voluntades sobre la misma prestación predial; la sentencia de juez en los casos previstos por las leyes; y, la destinación anterior del padre de familia.

A estos tres modos parece como si el Código encerrara dentro de la denominación genérica de título a afecto de contraponerles la prescripción, la cual sólo halla materia de actividad jurídica en el campo de determinada clase de servidumbres voluntarias.

Mientras todas pueden ser adquiridas por los modos enumerados en los artículos 937, y 938, el siguiente que en el articulado actual del Código lo es el 9.º de la Ley 95 de 1890, fija la oposición anotada al declarar cómo ciertas servidumbres, las discontinuas y las con-

tinuas inaparentes, no pueden adquirirse sino por medio de un título, en tanto que otras, las continuas y aparentes, gozan del privilegio legal de ser adquiribles por título y por prescripción.

Hay, pues, enumeración total de los modos de adquirir servidumbres en las palabras título y prescripción, y es claro que en esta oposición de los dos términos de una enumeración, la palabra título contiene en sí a los modos enunciados en los artículos 937 y 938, y queda la prescripción como término genérico independiente de los comprendidos en los artículos mencionados. En suma, hay dos medios de adquirir servidumbres: el título y la prescripción. El primero es general a todas; el segundo es especial a una clase determinada.

Se ganan por prescripción, dice el artículo 2518 del Código Civil, de la misma manera que el dominio, los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados.

La excepción a que alude este artículo la establece el 2533 el cual después de el anterior precepto, agrega: «y están sujetos a las mismas reglas, salvas las excepciones siguientes:

1.º—El derecho de herencia se adquiere por la prescripción extraordinaria de treinta años;

2.º—El derecho de servidumbre se adquiere según el artículo 939» (hoy el 9.º de la Ley de 1890).

Artículo 9.º Ley 95 de 1890. Las servidumbres discontinuas de todas clases y las continuas inaparentes sólo pueden adquirirse por medio de un título; ni aún el goce inmemorial bastará para constituir las.»

«Las servidumbres continuas y aparentes pueden constituirse por título o prescripción de diez años, contados como para la adquisición del dominio de fundos.»

Tal artículo es igual al 690 y 691 del Código Civil francés, al 537 y 539 del español, al 629 y 630 del italiano.

En qué razones tanto nuestro código como los extraños citados y demás que siguen esta doctrina, se fundan para dividir en dos grupos las servidumbres a efectos de la prescripción, y preferir a las que a la vez son continuas y aparentes únicas a que dan la calidad de adquiribles por este modo? Qué clase de prescripción es la que tiene cabida en la adquisición de servidumbres?

Veámoslo: El estado natural de la propiedad predial es el de la completa libertad. El régimen de servidumbre que sustituye a éste de libertad se tolera en atención al mejor aprovechamiento social de todas las fuerzas productoras, para derivar un mayor beneficio en favor de la riqueza pública, que compense así el daño que sufre la propiedad al ser limitada en su ejercicio y por ello depreciada. La situación jurídica emanada del régimen servil de los fundos, como excepción al de libertad, que dicho está es el natural y ordinario, ha de ser cierta y socialmente demostrable en un dado momento. Esta certidumbre la da la continuidad del goce, y la calidad de aparentes hace que a virtud de los signos marcados para el uso o por él se pueda acreditar su existencia real de manera palpable, que ella sea pública, de todos conocida.

Estas condiciones de publicidad y certidumbre no las exhiben las discontinuas, aparentes e inaparentes, ni las continuas de esta última clase. En las primeras el ejercicio del derecho se descompone en actos diversos que han menester, cada vez que se actúan, del hecho del hombre, sin el cual no se realizan. Estos hechos de hombre, equívocos por naturaleza, cuando más harán

presumir una tolerancia de parte del dueño del predio sobre el cual recaen, que los soporta en gracia de los deberes de vecindad o, quizá, en compensación de prestaciones equivalentes.

La continuidad atiende más al hecho actual del hombre, necesario a la servidumbre y coexistente con ella, que al que se pueda concebir como de ejercicio continuo. Este hecho acompaña a la servidumbre, no ocasional sino condicionalmente, desde que el ejercicio comienza, hasta el fin. De la ausencia del hecho del hombre surgen las intermitencias en la servidumbre. Se puede, pues, en las discontinuas, concebir el predio sirviente como si gozara de constante libertad, suspendida no más que accidentalmente al momento de ejercerse la servidumbre. Lo que está a la vista es la libertad del fundo, empañada, de cuando en vez, por la sumisión pasajera al ejercitarse el hecho del hombre, que si deja huella en las que son al tiempo discontinuas y aparentes, no alcanza, con todo, a imponerse en la conciencia jurídica como capaz a establecer por sí sola certeza generadora de derecho, que sí publicidad. Falta, como se nota, la solución de continuidad entre acto y acto que imprima unidad al fenómeno.

Las continuas pero inaparentes, ocultas al ojo vigilante y celoso del dueño del predio sirviente, podrían no ser advertidas por éste, y tal es lo natural, a pesar de la disminución que impusieran a su propiedad, de donde, si fueran prescriptibles de modo adquisitivo, vendrían a desmoronar los atributos de la propiedad, trabajando a la sombra, seguras de pasar inadvertidas por el interesado en no permitir las. La sanción que con ello se establecía por la tolerancia de lo que no se pudo preveer ni conocer, vendría a ser injusta, y la institución se desnaturalizaría, trocando la vecindad en



pozo de inquietudes, desconfianzas y mutuos recelos, con grave detrimento de la utilidad social y de la riqueza, cuyo aumento debe estimular el poder público. No hay en éstas signos materiales marcados a plena luz, reveladores de que ha existido en el señor del predio sirviente una voluntad presunta de soportar la servidumbre. Se carece así de base para edificar una presunción favorable a su constitución. La presunción que se impone es la contraria: si el dueño advirtiera el uso que el vecino hace en su predio pondría todos los medios necesarios a impedirlo.

Estas razones, vinculadas a la paz social y al orden público, inclinaron al legislador a negar a tales servidumbres la calidad de prescriptibles.

Al contrario las servidumbres continuas y aparentes obran sobre el predio sirviente de modo visible y constante una vez que su ejercicio comienza. La publicidad es en ellas de cuerpo y la certeza que genera su ejercicio obligan al legislador a garantizarlas mejor y a declarar que en su naturaleza llevan la calidad de prescriptibles. La presunción a establecer no es aquí dudosa: quien de modo público y constante deja que sobre su predio se actúe una limitación favorable a otro y pudiendo poner fina a esa situación de hecho no lo hace, es porque por una u otra razón consiente en que el predio favorecido se beneficie a costa del mayor o menor gravamen que sufre el suyo. La voluntad presunta que genera el derecho del dominante y la carga del sirviente se impone a la conciencia jurídica de modo inequívoco. Las partes pudieron reglar esta situación por convenios y recíprocas concesiones y no lo han hecho. Si ella se estableció sin mutuo acuerdo, como a los ojos hiere de modo palmario y revelador, es natural presumir que el dueño del predio que la

soporta asiente tácitamente a que tal situación, para él onerosa, se consolide y convierta en derecho de aquel predio en cuyo beneneficio se prolongó durante cierto tiempo. La conclusión es, desde luego, fundamentada y racional. Nadie que ve que su predio disminuye en sus calidades por razón de que otro tiene en él un servicio continuo en su exclusivo beneficio, deja de prestar su asentimiento tácito, ya que no impide pudiendo. Además, los actos constitutivos de las servidumbres continuas y aparentes no son de mera tolerancia, sino que entrañan una situación tendiente a perpetuarse.

En vista de estas y semejantes razones y habida consideración de que la mayor parte de las servidumbres que ostentan este doble carácter de continuas y aparentes son las que dicen mayor relación a los progresos de la agricultura y la industria, el legislador cuya función social amparadora del derecho consiste en propender por la mejor utilización de los bienes de la naturaleza y en que nada demore inactivo pudiendo producir, función ésta que se acentúa al tomar cuerpo el concepto económico del derecho que, hoy por hoy, parece imponerse, no sin razón, en la conciencia colectiva, hubo de decidir que la simple posesión ejercida durante el lapso fijado, daba ser a las servidumbres continuas y aparentes.

La posesión es el elemento, punto de partida de la adquisición de servidumbres. Sin ella no sería posible prescripción alguna. Pero si respecto de los bienes corporales es ella la tenencia con ánimo de señor y dueño, con relación a las servidumbres, que son incorporales, no puede haber tenencia y, así, no habría posible posesión ni de consiguiente base efectiva para la prescripción adquisitiva.

A tal absurdo llegaríamos si nos encastilláramos en las palabras dogmáticas de la ley y no acomodáramos los conceptos a la naturaleza de las cosas. Estas son antes que el concepto y a ellas debe el último subordinarse, por ley ontológica, ya que apenas es su representación o expresión.

Para la prescripción de que tratamos, y para toda, se requiere posesión. Tal lo expresan los artículos 941, 2512, 2518, 2528, 2533, etc., del C. C. y el 9.º de la Ley 95 de 1890. No habiendo posible tenencia de una servidumbre es preciso concluir, o que la posesión se refiere al fundo que ha de ser dominante, al cual adhiere como accidente suyo, y es poseída entonces por el dueño del tal predio, o que se trata de una posesión especial conforme con la naturaleza del derecho que se intenta poseer.

En el caso primero, como la servidumbre no es de la naturaleza del predio ni inmanente de ella, su posesión no sería cierta y la situación creada sería equívoca. Quien posee el predio no siempre posee la servidumbre.

Débase entonces adoptar la segunda disyuntiva y concluir que se trata de una clase especial de posesión que no ha menester tenencia material sino que consiste en un hecho que se resuelve en el ejercicio del derecho. La posesión que en este caso genera la servidumbre o da basamento a ella, es el hecho que al contacto transformador del tiempo deviene derecho real. Las categorías de lugar y tiempo, obrando en el campo jurídico, realizan una transformación accidental en los fundos. El movimiento que desarrolla la modificación se apellida prescripción.

El artículo 776 del Código Civil dice que la posesión de las cosas incorporales es suceptible de las



mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal. Este artículo refuerza nuestra tesis, ya que según su letra las dos posesiones son distintas, que si no lo fueran se habría abstenido el legislador de advertir que la de las cosas incorporales estaba sujeta a las mismas calidades y vicios que la de las cosas corporales. De más estaría tal advertencia si la posesión en ambos casos fuera la misma. Es evidente que el motivo de dicha disposición no es otro que la distinción de una y otra posesión.

La posesión de una servidumbre no cabe en la definición que de la regular da el artículo 764 del Código Civil que dice ser tal, "la de que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe." La de que venimos tratando excluye el título, puesto que si éste existiera sería el generador de la servidumbre y no la prescripción, innocua entonces por carencia de materia. El título resulta en oposición con la prescripción, conforme ya se dijo.

La buena fe requerida para que la posesión sea regular consiste en la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraude y de todo otro vicio. La buena fe, en rigor jurídico, es un simple error de hecho. Se presume siempre a menos que la ley de modo expreso consagre la presunción contraria. En la posesión de las servidumbres esa buena fe existe, ya que la prescripción es un medio legítimo de adquirirlas, medio que reuniendo los requisitos legales estará limpio de fraude y de otro cualquier vicio. Como el legislador no ha dicho que en este caso la mala fe se presume, es claro que impera la regla general de la presunción de buena fe. Basta con que sepa quien ejerce el uso en que ha de consistir la servidumbre que el predio que lo

soporta es de otro dueño. Con esto tiene ya formada conciencia de que la ventaja que a su predio traslada el uso por el tiempo requerido viene de quien podía disponer de ella.

Tal es en lo que hace consistir la buena fe en los títulos traslativos el artículo 768 del Código Civil, y para nosotros, sobre todo en tratándose de servidumbres, la prescripción es traslativo. Traslada de uno a otro fundo una ventaja, un derecho apreciable: *quum quis jus deminuit alterius auxit*. Es cierto que el artículo 765 del Código Civil lo califica como constitutivo, pero esto se refiere sólo a efectos de la tradición, ya que al legislador pareció demasiado duro después de haber dicho que el título traslativo requería tradición, salir con que la prescripción, en donde la tradición no cabe, era traslativo. Se advierte, como se ve, cierta confusión en el sistema seguido por el Código en cuanto a la apreciación de la prescripción; ya anotamos que unas veces lo llama título y otras modo.

En la posesión servil que requiere la prescripción puede haber y hay buena fe, pero no hay, en manera alguna, justo título. Si lo hubiera, el cimiento del derecho sería éste no la prescripción. De donde la posesión requerida para usucapir una servidumbre no es la que el Código llama regular, ya que le falta uno de sus elementos constitutivos: el título. Es, juzgamos, no posesión irregular, sino posesión especial.

Lo dicho nos conduce a examinar qué clase de prescripción es la que obra respecto a la adquisición de servidumbres.

El artículo 2.527 del C. C. divide la adquisitiva, que es de la que vamos tratando, en ordinaria y extraordinaria. Aquélla requiere posesión regular no interrumpida durante el tiempo fijado por las leyes: diez

años entre presentes, entre ausentes cada dos días vale por uno. Vimos que la posesión regular consta de justo título y buena fe y que en la posesión de servidumbres falta, al menos, necesariamente el primero. Esto es, que es una posesión especial, un ejercicio, no tenencia, con ánimo de señor.

La extraordinaria no exige título; tampoco ha menester buena fe, aun cuando en ella se presume, menos cuando de parte del prescribiente existe un título de mera tenencia, es decir, cuando su condición es precaria. No se suspende en favor de nadie, aunque si se interrumpe, lo cual da por resultado el aniquilamiento del tiempo corrido. Pasado el tiempo que generó la interrupción se empieza a contar de nuevo. La prescripción que venía desarrollándose perece; sobre sus ruinas se edifica una nueva que ha de contar treinta años de posesión pacífica no interrumpida, para madurar y producir la plenitud de sus efectos.

Hay, con todo, un caso de interrupción de la especie que el Código llama natural, que apenas alcanza a surtir los efectos jurídicos de la suspensión. Esta última, como dicho está, parece privativa de la prescripción ordinaria, según la doctrina del artículo 2.530 del C. C. y no extingue la prescripción iniciada, ni invalida el tiempo corrido, sino que sólo descuenta el coexistente con el estado que origina la suspensión; cesando este estado de interrupción para que el tiempo corta accediendo al anterior en que se inició la prescripción, ésta reanuda su curso saltando por encima de la porción infecunda de tiempo.

No otra cosa es lo que sucede con la especie de interrupción a que hemos aludido y que regla el artículo 2522 del C. C. en su numeral 1.º, así:

«La interrupción es natural:

1.º—Cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada.

Esta clase de interrupción, continúa el mismo artículo, no produce otro efecto que el de descontarse su duración.»

Jurídicamente ésta no sería interrupción sino suspensión, ya que hay accesión de tiempo por sobre el intervalo descontado. Observamos, sí, que en el caso de inundación de una heredad los actos de posesión no se hacen imposibles, sino que se truecan en otros, también posesorios: si se poseía como fundo labrantío o como tierras de pasto, no será ya posible el ejercicio de actos posesorios correspondientes a tales labores; en cambio el dueño del espacio inundado podrá cambiar la anterior destinación por otra correspondiente al estado lacustre del fundo, como la piscicultura, toma de aguas para regadíos de otros fundos, empresas hidráulicas etc. En todo caso su posesión puede mostrarse de manera no menos ostensible que en la situación anterior.

La prescripción adquisitiva de servidumbres tampoco cabe dentro de la extraordinaria por que difieren en aspectos sustanciales: aquella admite la suspensión de los incapaces a que se refiere el artículo 2530 del C. C.; en ésta no hay suspensión a favor de persona o entidad ninguna; exige sí, como toda, de parte del objeto capacidad prescriptiva. El tiempo exigido por las dos también es vario: allí diez años, duplicados al tratarse de ausentes, aquí treinta sin distinción alguna. La interrupción sí obra sobre una y otra pero tal fenómeno es genérico a la prescripción y como tal alcanza a la ordinaria.

Con la ordinaria tiene también la de servidumbres sus lados de semejanza: anotamos ya la igualdad en el período de tiempo; la suspensión con sus características de no novar sino reanudar la prescripción, en ambas destaca sus efectos. El tiempo se cuenta en las dos de una misma manera: así lo expresa la parte final de artículo 9.º de la Ley 95 de 1890: «contados como para la adquisición del dominio de fundos.»

Todo esto nos indica que la prescripción de servidumbres, que es de excepción de acuerdo con el artículo 2533 del C. C., es prescripción especial que participa de algunas de las calidades de la ordinaria y de la extraordinaria. Pero como de modo estricto no cabe dentro del rígido molde de aquella y ésta, sino que porta calidades especiales, forma organismo distinto en el radio de la función jurídica que la prescripción adquisitiva cumple.

Sus características consisten en no exigir sino posesión, especial también, ininterrumpida durante diez años que entre ausentes se convierten en veinte. El modo de contar el tiempo se sujeta a las reglas generales que rigen la ordinaria; de las disposiciones legales de ésta solamente las que indican el modo de contar el tiempo se aplican de manera necesaria a la servil; de ahí la distinción entre ausentes y presentes, que por referencia al modo de contar el tiempo se aplica a ella. No ha menester buena fe, con todo, se presume conforme a la regla general; si así no fuera, la ley lo dijera expresamente.

En resumen, la prescripción servil no requiere sino posesión no interrumpida de diez años, duplicados cuando se trata de ausentes. El tiempo es en ella no sólo el signo exterior, sino con la especial posesión el fundamento de la adquirencia.

El tiempo preciso para adquirir la servidumbre comienza a contarse desde el instante mismo en que ella está constituida. Como sólo las continuas y aparentes son adquiribles por prescripción, no hay dificultad alguna, y el punto de partida de los diez o veinte años será siempre el mismo: la terminación de las obras materiales necesarias a su ejercicio. Una vez terminadas estas obras, ventanas, canales, tuberías, etc., la servidumbre puede ejercitarse sin que haya menester del hecho actual del hombre. Las obras señalan el comienzo del tiempo favorable a la prescripción; son el signo material que marca el instante en que la accidental modificación de los dos fundos comienza su evolución; de ahí en adelante, siempre que no sobrevenga interrupción o suspensión, el tiempo es bueno para prescribir.

Estas obras pueden construirse en el fundo dominante o en el sirviente, según sea la naturaleza del servicio; el lugar está subordinado a aquella naturaleza; así en la de vista la ventana debe estar en el fundo que deviene dominante, en la de acueducto en el que se tornará sirviente. Las obras deben ser hechas, eso sí, por el dueño del predio dominante o por quien actúe su derecho, arrendatario, mero tenedor, etc.

Se pregunta si la existencia de un título escrito en que quien ejerce el uso en que ha de consistir la servidumbre, declara gozar de tal utilidad por mera concesión graciosa del titular del fundo que presta el servicio, quien se reserva el derecho de cortar tal servicio cuando mejor le plazca, si eso impide la prescripción de las continuas y aparentes.

Tal escrito equivaldría a una renuncia anticipada de la prescripción futura y como contraria al artículo 2514 del C. C. no tendrá valor alguno. Esto a simple vista.

Empero se observa que esta decisión de rigurosa aplicación de la ley, secaría la fuente de los beneficios consiguientes a la buena vecindad, ya que temerosos los propietarios de hallarse el día menos pensado con sus predios gravados en fuerza de servicios que consintieron sólo en gracia de bondad y buena vecindad, negarían a los convecinos toda prestación cuyo ejercicio fuera continuo y aparente, como la conducción de aguas tan benéfica a la agricultura y a la industria.

Ahora, como la prescripción tiene por objeto completar una voluntad presunta, imperfecta, y en este caso existe un acuerdo expreso de voluntades que satisface las necesidades de los fundos en orden al mejor aprovechamiento productivo, debe estarse a los términos de tal convenio en la regulación de las mutuas prestaciones y no habiendo nada que suplir, la prescripción, frente a la voluntad manifiesta no cabe. Solamente una vez cambiados los titulares del predio beneficiado, y siendo los últimos sucesores a título singular podrían comenzar, por su cuenta, independientemente de la posesión de su autor, una prescripción a partir del día en que adquirieron tal fundo y la relación servil se prolongó. Siempre que a virtud del tiempo el escrito pierda su fuerza, comienza a contarse el tiempo favorable a la prescripción.

### CAPITULO III

#### Prescripción extintiva de las servidumbres

2.<sup>a</sup>—TESIS: *La prescripción extintiva obra sobre toda clase de servidumbres sin otro requisito que el no uso durante veinte años continuos.*

Es principio jurídico de general aplicación que el modo como un derecho nace sirve también para extin-

sequio a la libertad de los fundos. Las servidumbres están basadas en la necesidad del fundo dominante a los elementos que en tal virtud deriva del sirviente. Esta necesidad dejaría de ser el día en que no se pusieran en acción los medios conducentes a satisfacerla, si por otra parte estaba abierto el camino a su ejercicio.

De otro lado no sería jurídico mantener oculta una situación de dependencia entre los predios que, un día u otro, al amaño del titular del dominante, se evidenciara restando al otro elementos a que quizá éste, en vista de su notoria inactividad, ha dado destinación distinta en utilidad de la producción agrícola e industrial que sufrirían así perjuicio si un titular descuidado pudiera cualquier día reclamar el derecho no ejercitado; con el abandono ha hecho patente que no ha menester de tal servicio, que la utilidad que de él derivaba no le interesa.

El orden social reclama esta solución, pues no sería posible determinar con certeza la totalidad de derechos que un fundo encierra, si pudieran conservarse en desuso sin miedo a perecer, limitaciones o gravámenes que afectarían dicho fundo. Tal situación de distancia enorme entre lo que aparenta un predio y su contenido real, sería fuente inexhausta de engaños y de perjuicios y en alto grado reñida con la paz y la armonía social.

Por esto, entre los medios de extinguir las servidumbres fija el artículo 942 del C. C. el haberse dejado de gozar durante veinte años,

Para contar este tiempo no hay distinción entre presentes y ausentes. El no uso puede considerarse como una ausencia, al menos es ausencia de ejercicio; el titular está ausente en lo que mira al goce de la servidumbre.



No habrá desuso si la servidumbre se ejercita aun cuando sea por detentadores precarios de buena o de mala fe. Basta que se haya ejercitado, sea por quien fuere. Es derecho real, y a la vez carga, y mira a los predios a que dice relación más bien que a los titulares de esos predios. Si la relación no ha sido interrumpida materialmente, se conservará. El no uso es, por consiguiente, noción absoluta que para nada se preocupa de quién sea el que lo impide. Basta que sea impedido, que la servidumbre se actúe en beneficio del predio dominante, para que el vínculo servil subsista.

El sujeto activo del derecho es el predio, no la persona; ésta puede cambiar, y en realidad cambia, permaneciendo el derecho intacto a condición de ser ejercitado. Se requiere un desuso pleno para que la servidumbre se extinga. Ella es accidente de un predio al cual adhiere; si en él no se ejercita no puede subsistir separado, perece. Si el predio en que la servidumbre radica como capacidad jurídica, no la ejercita, de acción que era vuelve a potencia. El no funcionamiento de un órgano le acarrea la parálisis, la muerte; la servidumbre no es más que un órgano del predio a que beneficia.

El modo como el tiempo se cuenta es susceptible de accidentes semejantes a los que soporta en la función adquisitiva. Hicimos ya referencia a cómo ese tiempo se inicia. Si la servidumbre ha de comenzar en día cierto y determinado, el desuso no puede contarse sino a partir de ese día en que el ejercicio servil debió comenzar.

Otro tanto sucede si el tiempo fijado a la constitución de una futura servidumbre es indeterminado, por ejemplo: el derecho de llevar a tu fundo agua del mío la cual habré de derivar de una quebrada vecina. El desuso se contaría entonces desde el día en que, habiendo

llegado el agua a mi predio, quedaras en capacidad de ejercitar tu derecho conduciendo al tuyo tales aguas de mi fundo.

Si cualquier extraño que se haya servido de la servidumbre puede conservarla para el predio haciendo imposible el no uso, tanto más lo podrá quien es copropietario en un predio poseído en común. Su goce recae entonces sobre la servidumbre individual y la ejercita a favor de la propiedad indivisa, como dueño que es en todo grano de tierra de una fracción proporcional al número de comuneros. Aun cuando los demás condueños dejen inactivo el derecho, por todo el tiempo que dure la comunidad, no habrá no uso, ya que un titular, señor no de una porción determinada sino de toda la heredad en una cuota indeterminada, lo ejercita en provecho suyo y de la comunidad, cuya división real sería imposible si de parte de cada condueño no hubiera una renuncia tácita a la fracción ideal que en cada átomo del fundo le corresponde, a trueque de la totalidad real de los que integran el lote asignado; hay en la partición tantas permutas parciales como comuneros y porciones.

Si la servidumbre pertenece a un fundo cuyo dominio esta indiviso, y entre los comuneros hay incapaces, la prescripción no puede correr contra ellos, lo cual impide que corra contra los copropietarios capaces; la incapacidad de unos beneficia a todos.

Tal doctrina se basa en el principio de indivisibilidad de la servidumbre; a ella responde el artículo 943 del C. C., que dice: «Si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción respecto de todos; y si contra uno de ellos no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno.»



A la letra del artículo sólo observamos que el término *varios* estaría mejor que la voz *muchos* ya que la comunidad puede existir entre dos, que no son muchos, y sin embargo si uno de ellos goza la servidumbre la conservará para ambos. La extensión del vocablo *varios* como expresión de pluralidad sí abarca de dos hasta el infinito.

La segunda parte del artículo contempla el caso en que habiendo desuso de la servidumbre por parte de todos los comuneros, hay entre ellos uno contra quien no puede correr el tiempo necesario a la prescripción. En este caso, dice el artículo, no correrá la prescripción contra ninguno.

En el tratado especial de la prescripción está el artículo 2525 cuyo espíritu es el mismo que el del 943, y que dice: «Si la propiedad pertenece en común a varias personas todo lo que interrumpe la prescripción respecto de una de ellas, la interrumpe también respecto de las otras.»

El incapaz no puede hacer su condición peor, por cuya razón no puede perjudicarle el no uso coexistente con su incapacidad. Ahora, siendo la servidumbre indivisible, esa indivisibilidad impedirá su destrucción, ya que la parte sobre que recae el derecho del incapaz se confunde con la de los condueños capaces; se equipara así la incapacidad al uso.

La disposición del citado artículo 943 parece, a simple vista, contradecir al artículo 1401 que se refiere a la comunidad universal que constituye la herencia individida, y dice: «Cada asignatario se reputará haber sucedido inmediatamente y exclusivamente al difunto, en todos los efectos que le hubieren cabido y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión.»

Por consiguiente, si alguno de los coasignatarios ha enajenado alguna cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena.»

De esta aparente oposición se ha querido derivar la consecuencia de que si entre el desuso y la partición ha corrido tiempo suficiente a extinguir la servidumbre, y el fundo dominante se asigna luego a un copropietario capaz, la servidumbre queda extinguida, la cual sólo se conserva cuando aquel fundo se asigna al incapaz, porque el artículo 943 está establecido en beneficio exclusivo de éste.

Nosotros responderíamos que la ficción del artículo 1401 se refiere únicamente al caso de enajenación o gravamen de los derechos de uno o más comuneros, no como cuota sino como cuerpo cierto, y luego se asignase dicho cuerpo a copropietario distinto; no sería justo que esa enajenación en que el definitivo titular fue extraño viniera a herir su derecho; la enajenación es nula por recaer sobre cosa ajena. Este artículo tiene su especialidad determinada y la ficción no puede aplicarse a caso distinto del contemplado por el legislador al formular la regla. Así lo confirma el segundo inciso del prenombrado artículo que, es como la consecuencia de las premisas sentadas en el primero.

Otro tanto acontece con el artículo 769 que tuvo en mira el mismo objetivo especial junto con el de la accesión voluntaria de la posesión. Tales artículos, que reglan casos excepcionales, no pueden ir contra el 943 que regla materia distinta. Su aplicación está circunscrita a la especialidad a que se refieren; en esa especialidad y sólo en ella privan sobre la disposición absoluta que respecto a la extinción de servidumbres

consagra el artículo 943 y a la más absoluta que respecto a toda prescripción fija el 2525.

De otro modo se daría la inconsecuencia de que el incapaz, al impedir correr la prescripción, no haría otra cosa que salvar su expectativa a la servidumbre para el caso en que se le adjudicara el fundo dominante, más, en modo alguno, impedir la prescripción de la misma la cual sólo subsistiría en el caso previsto, pereciendo cuando la adjudicación fuera otra. El artículo 943 y su semejante el 2525 carecerían de objeto; la forma imperativa que revisten «no puede correr contra ninguno,» «la interrumpe también respecto de todos,» sería nada más que ruido de palabras y el legislador habría hablado para decir nada, lo cual es inaceptable. Al incapaz para conservar su derecho le basta con su incapacidad sin que le sirvan de nada los dos artículos citados; al cesar la comunidad se cometería grave injusticia ya que al comunero capaz se le adjudicaría un valor inherente al fundo, la servidumbre, que perecería apenas entrara en su patrimonio.

Las citadas disposiciones están establecidas en favor de todos los comuneros, sobre todo de los capaces, ya que a los incapaces su misma condición los escuda. Debe, pues, prevalecer la doctrina de los artículos 2525 y 943 en frente de la del artículo 1401, en el caso de un posible conflicto, conservando éste, por lo demás, toda su eficacia en lo que mira a la especialidad que rige.

Además, aun cuando es cierta la presunción de que el asignatario a que se adjudique el predio en la partición no ha tenido sino éste como porción en la comunidad, no menos evidente es que el ejercicio de ese su derecho, individualizado en el fundo, perteneció a todos los coasignatarios por igual, y ese común ejercicio hace que las calidades de unos participen a los otros, tanto

más cuanto que la incapacidad la asimila la ley a uso del derecho y el uso de uno basta a conservar la servidumbre.

Autores hay que piensan que en las servidumbres continuas los veinte años de no uso necesarios a su extinción, no empiezan a contarse sino desde que el acto contrario a la servidumbre se realice de parte del propietario del fundo sirviente. Habría así casos en que la extinción se haría imposible, como cuando el acto contrario se tornara tal por haber ya el del dominante destruído las obras materiales, el estado de cosas realizadas con ocasión del establecimiento de la servidumbre. En una servidumbre de acueducto si el dueño del predio dominante ha quitado las tuberías y suprimido el curso del agua, el del sirviente no podría ejecutar acto contrario a la servidumbre, ni ésta extinguirse, a pesar del notorio no uso, lo cual es inadmisibile.

El artículo 942 solamente dice que la prescripción comienza a correr desde que se ha ejecutado un acto contrario a la servidumbre. No dice que es el propietario del fundo sirviente quien debe realizar tal acto; de forma que la distinción no cabe. Sea quien fuere quien ejercite el acto contrario, la prescripción se inicia y el tiempo liberador corre, siempre que la situación de no uso, creada por dicho acto, se prolongue por los veinte años requeridos.

Se nos antoja que si el acto emana del propietario del fundo dominante tiene mayor significación en cuanto a la extinción de la servidumbre, toda vez que ese acto equivaldría a una expresa renuncia, a un abandono. Voluntariamente el titular se ha desprendido de un derecho, y éste, abandonado, torna a reintegrarse al fundo sirviente.

La extinción requiere, únicamente, no uso durante

veinte años continuos. Ese desuso existirá, sea quien fuere el autor del acto contrario que lo genera. Si el acto inicial viene del dueño del fundo sirviente habrá una protesta, un estado de rebeldía; si procede del del fundo dominante equivaldría, queda dicho, a un voluntario abandono, y en ambos el resultado será idéntico: el no uso comienza.

Igual acontece respecto al lugar en donde el acto contrario se realiza; si en el predio sirviente, si en el dominante. La localización poco importa; lo que interesa es que el acto sea tal, que de manera cierta impida el ejercicio de la servidumbre; que interrumpida ésta tal situación de no uso se prolongue veinte años continuos.

Hay otras servidumbres cuyo ejercicio periódico tiene lugar a intervalos más o menos largos. Tal sería la de tránsito ejercida únicamente en una época determinada del año, el invierno, por ejemplo, en que la vía ordinaria se tornara impasable, ya a virtud de lo deleznable del piso, ya debido a una corriente de agua que, vadeable en tiempo seco, se hace infranqueable en la estación lluviosa por el acrecentamiento de sus muchas aguas. En ese caso, el tiempo se contará no desde el último invierno en que la servidumbre se actuó, sino desde el invierno siguiente en que debiendo realizarse el tránsito, no lo fue.

En cuanto a la carga de la prueba en litigio, se observan los principios generales: el actor debe dar la prueba. Así, si el dueño del predio dominante que no ha ejercitado la servidumbre durante veinte años pretende reivindicarla, debe probar que en un lapso de tiempo comprendido en la veintena ha poseído el derecho. Al contrario, si es el propietario del predio sirviente quien alega contra quien después de veinte años de abandono ha entrado de nuevo y contra la voluntad

de aquél, al goce de la servidumbre, es a éste a quien obliga acreditar el no uso durante veinte años continuos.

En uno como en otro caso será admisible la prueba testimonial, como que se trata de acreditar la existencia o no existencia de actos posesorios.

## CAPITULO IV

### Prescripción del modo en las servidumbres

3.ª—TESIS: *La prescripción del modo en las servidumbres está sujeta a las mismas reglas a que se someten las servidumbres mismas.*

El tiempo, unido a la posesión, obra en sentido transformador no sólo respecto a la sustantividad íntegra de la servidumbre, sino, y con razón mayor, en cuanto al modo particular de ejercerse cada servidumbre.

Así, a virtud del ejercicio de una especial modalidad, durante el tiempo exigido para la prescripción, puede tal modalidad acrecentar el contenido de la servidumbre, o por el contrario disminuirlo.

Tal fenómeno, desconocido en el Derecho romano, está subordinado a la naturaleza de cada servidumbre y a su capacidad jurídica para ser o no ser adquirida por prescripción. Y ello es racional toda vez que si no es posible valerse del tiempo para constituir una servidumbre, tampoco se podría alegar ese tiempo a favor de una prescripción modal que convertiría el servicio establecido en una servidumbre mas amplia, mas extensa.

Al contrario, tratándose de servidumbres adquiribles por prescripción, las continuas y aparentes, claro es que se puede aumentar su contenido a virtud de la prescripción de un especial modo de ejercicio, ya que, a más de ser ese modo, como la servidumbre a



que accede, continuo y aparente, halla aquí rigurosa aplicación el principio de que, quien puede más puede menos.

En cuanto a la disminución por el ejercicio de un modo menos amplio, ella toca a toda clase de servidumbres ya que todas se extinguen por el simple no uso, y así, si el tiempo en tales condiciones destruye la totalidad del gravamen, tanto más podrá destruir una parte sola del mismo; dicho está que quien puede mas por fuerza puede menos.

Además, la servidumbre se mide por la necesidad del predio a que beneficia; disminuyendo esa necesidad, disminuye también la extensión de la servidumbre; la capacidad receptora del fundo dominante viene a menos y en proporción igual disminuirá el gravamen que esa necesidad impone al sirviente; aquél no será ya capaz de contener la antigua cantidad de elementos y sólo recibirá la que resta de la cantidad disminuída.

Ahora, quien teniendo derecho a una porción mayor toma una menor, es por que ésta le basta a la satisfacción plena de su necesidad, y así la otra fracción, que no toma, parece a falta de uso, pues hay de parte del fundo dominante una renuncia tácita a esa mayor extensión.

A tales principios responde el artículo 945 del C. C., que establece para la prescripción adquisitiva o extintiva del modo servil, las reglas mismas que respecto a las servidumbres respectivas.

Artículo 945. Se puede adquirir y perder por la prescripción un modo particular de ejercer la servidumbre, de la misma manera que podría adquirirse o perderse la servidumbre misma.

El artículo transcrito se refiere al modo de ejercer la servidumbre, y nada más que al modo. Se llama

modo de una servidumbre la manera como ésta se actúa o puede actuarse. Así, en la de tránsito será modo el hecho de ejercerse, si a pie, si a caballo, si de noche, si de día; en la de acueducto será modo la dimensión mayor o menor del diámetro de la cañería etc. Es preciso no confundir el medio con el modo; en la misma de acueducto el medio será la tubería o sanja, y en el tránsito la vía o atajo.

En la servidumbre de sacar agua el medio será la servidumbre de paso necesaria para poder ir hasta la fuente a recoger el agua; su modo la cantidad de agua que se saque en determinado tiempo, o el tiempo en que se toma, ya de noche, ya de día, en verano o en invierno. Así, si durante veinte años continuos he recorrido el sendero hasta la fuente pero no he sacado agua, la servidumbre quedará extinguida sin que pueda alegar la conservación de la de tránsito que sólo era un accesorio; un medio de ejercer la otra. Pereciendo la principal, perece la accesoria; nada resta de la anterior servidumbre.

«De la misma manera que podría adquirirse o perderse la servidumbre misma,» termina el artículo citado, es decir por la posesión ininterrumpida durante diez o veinte años en las continuas y aparentes, y en las demás de ninguna manera en cuanto a la adquisición; en cuanto a la extinción por el no uso durante veinte años en todas.

Dicha prescripción estará sujeta a las suspensiones e interrupciones a que estaría sujeta la de las respectivas servidumbres. No corre contra incapaces, y si el fundo sirviente es una copropiedad se observa la regla que si contra un condueño no se puede prescribir los demás se benefician de este obstáculo. Lo propio acontece en cuanto a la pérdida de un modo si el fundo

dominante pertenece a varios y entre ellos hay alguno que impide la prescripción.

El modo como comienza a contarse el tiempo obedece a las condiciones especiales de cada servidumbre. Para la extinción, en las continuas, desde el acto contrario al ejercicio; en las discontinuas desde que se hayan dejado de gozar. Para la adquisición, en las continuas y aparentes de modo igual a como se cuenta cuando se trata de la totalidad de la servidumbre.

Respecto a las servidumbres discontinuas que comprenden varios modos, como la de tránsito que lleve en sí la totalidad que los romanos denominaban *iter*, *actus*, *via*, se puede presentar la dificultad de si el ejercicio de uno de estos modos es capaz de conservar los otros o si, por el contrario, los modos dejados en desuso perecen.

Como estas servidumbres no pueden crearse sino por medio de un título, menester será atenernos a la voluntad de las partes, contenida en dicho título: si lo otorgado es una opción de ningún modo perecerá, si no, se extinguirá el no usado en ese tiempo.

La misma solución cabe en cuanto al sitio por donde el paso se réaliza. Si se ha limitado el paso a una determinada faja de terreno, señalada de modo claro, como elemento esencial, y durante veinte años se ha ambulado por otra faja distinta, aun cuando en el mismo predio sirviente, la servidumbre establecida por medio de título se ha extinguido, sin que se haya creado la actuada por el otro lugar, ya que no es continua y aparente. Si la servidumbre pesa sobre todo el predio, no limitada a una porción del mismo, y el señalamiento del sendero ha obedecido a una reglamentación acordada entre los propietarios de los dos fundos, en ese caso no perece la servidumbre por el cambio de sendero,

pues éste no es esencial a aquélla, como si lo es en el primer caso, y es solamente accesorio y secundario.

En suma: respecto a la prescripción del modo de una servidumbre, rigen las reglas relativas a cada especie de servidumbre y comporta las mismas limitaciones que ella: lo accesorio participa de la naturaleza de lo principal.

---

Puede imprimirse.

El Presidente de tesis,

ANTONIO JOSE URIBE

## BIBLIOGRAFIA

- Accarias.—*Droit Romain*, tomos I y II, dos volúmenes, 4.<sup>a</sup> edición. París, 1886.
- Arno Carlos.—*Las servidumbres rústicas y urbanas*, un volumen. Traducción de Adolfo Posada. Madrid.
- Aubry et Rau.—*Cours de Droit Civil Français*, tomo III, 4.<sup>a</sup> edición. París, 1869.
- Carpentier et Frerejouan du Saint.—*Repertoire Général Alphabétique du Droit Français*, tomo XXXIV. París 1904.
- Comas Augusto.—*La revisión del Código Civil español*. Parte General. Madrid 1901.
- Demolombe G.—*Traité des Servitudes ou Services Fonciers*, tomos I y II, dos volúmenes. París, 1882.
- Ihering (von).—*L'esprit du Droit romain*, 3.<sup>a</sup> edición. París, 1888.
- Manresa y Navarro José María.—*Comentarios al Código Civil español*. Madrid. 1905.
- Marcadé.—*Explication du Code Civil*, tomo IV y XII, dos volúmenes, 7.<sup>a</sup> edición. París, 1874.
- Planiol.—*Traité élémentaire de droit civil*, tres volúmenes. París, 1910-1912.
- Prisco José.—*Filosofía del Derecho*, traducción de J. B. de Hinojosa, un volumen, 3.<sup>a</sup> edición. Madrid, 1891.
- Ricci Francisco.—*Derecho Civil*, tomo VI, volumen II, de las servidumbres. Madrid.
- Uribe Antonio José.—*Estudio sobre las Servidumbres. según los Códigos Civil y de minas de Colombia y la legislación comparada*. Tesis para el doctorado, un volumen. Bogotá, 1894.
- Códigos: Civil colombiano, Civil Francés, Civil español, Civil italiano, Civil portugués, Civil argentino, Civil mexicano.

# INDICE

## CAPITULO I

Pág.

- I.—*Noción de servidumbres.*—Doble carácter de la servidumbre. Antigüedad de la institución. Su origen en Grecia y en Roma. Su delineación sobre el *ager publicus*. La servidumbre como accidente de la propiedad. Es derecho real y es gravamen. Su noción en el Código colombiano; en el Código Napoleón, en el español, italiano, portugués y mexicano. Como derecho real en las leyes de Partidas y en el C. C. argentino. En su verdadero concepto coexisten el derecho y el gravamen ..... 5 a 9
- II.—*Noción de prescripción.*—Sus efectos. Su doble carácter. Es modo de adquirir. Distinción entre la adquisitiva y la extintiva; es virtual no real. Ensayo de definición. Su título o fundamento filosófico-jurídico. Su modo. Definición que de ella da Prisco en relación a la tutela social. Definición que da el C. C. colombiano. Su noción respecto a la servidumbre..... 9 a 12
- III.—*Nociones históricas—Prescripción adquisitiva.*—Su evolución a través del Derecho romano. Primera faz hasta la Ley Scribonia. Su supresión por dicha ley. Las razones que la motivaron. Opiniones de Paulo y Gayo. Bajo el derecho honorario. En la época del Emperador Justiniano; carácter amplísimo que entonces tomó. En el renacimiento jurídico de los glossadores de Bolonia. Nace entonces la distinción entre continuas y discontinuas. En las Leyes de Partidas. Prescripción inmemorial. Prescripción extintiva de las servidumbres antes de Justiniano. Justeza de la máxima *certo tem-*

<i>...pore non utendo p̄reunt</i> en cuanto a las rurales. Su extensión a todas en el derecho civil justinianeo. Consagración en las legislaciones modernas de tal principio .....	12 a 16
--	---------

CAPITULO II

- 1.<sup>a</sup> Tesis : *La prescripción adquisitiva de las servidumbres es especial como especial es la posesión en que se funda.* Se refiere sólo a las servidumbres voluntarias. Nociones legales de algunas servidumbres. Artículos 937 y 938 del C. C. Oposición entre título y prescripción. Artículo 9.º, Ley 95 de 1890. Artículos 2.518 y 2.533 del C. C. Motivos de exclusión de las discontinuas y de las continuas inaparentes. El régimen de servidumbre es de excepción al de libertad de los fundos que es el natural. Publicidad y continuidad en el goce que consagran la ley y los principios. La posesión en las servidumbres. No puede ser tenencia sino ejercicio. No cabe dentro de la posesión regular según el artículo 764 del C. C. Presunción de buena fe. Tampoco es posesión irregular. Participa de algunos caracteres de una y otra. Interrupción y suspensión. Prescripción ordinaria y extraordinaria. La prescripción servil no cabe en ninguna de las dos. Es excepcional de acuerdo con el artículo 2.533 del C. C. Sus características. No requiere sino posesión. Reglas relativas al modo de contar el tiempo. Casos en que existe un título escrito calificando de simple tolerancia la servidumbre. Utilidades de la vecindad para la agricultura y la industria. La prescripción supl̄e una voluntad imperfecta. Obras materiales. Dónde se construyen..... 17 a 31

CAPÍTULO III

*Prescripción extintiva.—2.<sup>a</sup> Tesis: La prescripción extintiva obra sobre toda clase de servidumbres sin otro requisito que el no uso durante veinte años continuos. Cómo se inicia ese no uso. Diferencia cuando se trata de servidumbres constituídas o de servidumbres que debiendo comenzar en día cierto no comenzaron. Artículo 942 del C. C. El desuso debe ser absoluto. Cómo se cuenta el tiempo. Casos en que se trata de una comunidad. Artículo 943 y 2525 del C. C. Su aparente oposición con el 1401 de la misma obra. Manera de resolver el conflicto con éste y con el 769. Por parte de quién debe realizarse el acto contrario en las servidumbres continuas y lugar donde se realiza. Es indiferente que sea por el dueño del predio dominante o por el del sirviente y que se localice en cualquiera de los dos predios. Servidumbres de uso periódico. Cómo empieza a contarse en ellas el tiempo del no uso.....* 31 a 41

CAPÍTULO IV

*3.<sup>a</sup> Tesis:—La prescripción del modo en las servidumbres está sujeta a las mismas reglas a que se someten las servidumbres mismas. En el derecho romano la prescripción no podía ser aumentada ni disminuída por el modo. Adquisición de un modo. Extinción modal. Artículo 945 del C. C. Distinción entre modo y medio. Suspensiones e interrupciones. Cómo empieza a contarse el tiempo. Casos en que se trata de un derecho de opción. Cambio de lugar en la servidumbre de tránsito. La misma cuando sirve a la de sacar agua. El señalamiento del lugar puede ser esencial o de simple reglamentación.....* 41 a 45

Bibliografía..... 46