

La defensa posesoria de las servidumbres conforme a nuestra Ley Procesal Civil y a su proyectada reforma

1.—*Delimitación del problema.*—En un ensayo jurídico dado a la publicidad hace poco tiempo (1) enjuiciaba la labor cumplida acerca del amparo posesorio de las servidumbres por la Comisión Reformadora del Código de Procedimientos Civiles, circunscribiendo el comentario a las servidumbres no aparentes, fueren éstas discontinuas o continuas, y a las servidumbres discontinuas, sean las mismas aparentes o no aparentes.

Concretamente, hacía referencia al art. 993 del cód. de proc. civ. y a la modificación introducida por la mencionada Comisión Reformadora (2). Una revisión posterior hubo de suprimir esa modificación (3) y de convertirse en ley el proyecto aprobado por dicha Comisión, los jueces no habrán de tener a su alcance fórmula alguna aplicable a los casos en que se pretenda mantener o recobrar el ejercicio de estos derechos reales sobre la cosa ajena.

2.—*La prescripción y los interdictos.*—Conviene advertir que también hubo de suprimirse el art. 992 del vigente cód. procesal civil, que había sido reproducido en el art. 866 del anteproyecto (4), por las razones que expuso, en un fino y enjundioso memorándum el Profesor LINO CORNEJO (5).

(1) Véase Rev. de Jurisprudencia Peruana, año V, stbre-dubre. 1947, Nos. 44-47, p. 503 ss.

(2) Consúltase Actas de la Com. Reform. del Cód. de Proc. Civiles, fascículo 4º, p. 7.

(3) Cf. Actas de la Com. Reform. del Cód. de Proc. Civ., fascículo 9º, p. 103 ss.

(4) El art. 992 del cód. de proc. civ. fué aprobado sin modificaciones por la Comisión, en la sesión de 24 de mayo de 1944; así aparece en las Actas, 4º fascículo, p. 6. Dicho precepto se transformó en el art. 886 del anteproyecto, como es de verse en Actas, fascículo 9º, p. 99.

(5) Actas cit., fasc. 9º p. 99 s.

Dicho precepto declara:

"No se admitirán los interdictos respecto de las cosas que no pueden ganarse por prescripción".

Comprueba el ilustre jurista que la posesión no obstante no conducir a la prescripción, deberá ser protegida. Se trata de dos órdenes de ideas completamente diferentes (6).

3.—*Pareceres que se sostienen.*—En la glosa anterior se sostenía, en lo esencial y medular, los principios siguientes:

A) Si sólo podían adquirirse por prescripción las servidumbres aparentes y continuas, el agregado que se hizo al reformar el art. 993 del cód. de proc. civ. que nos rige carecía de sentido, porque resultaba que cualesquiera servidumbre, malgrado su discontinuidad o no apariencia, podía ganarse por prescripción si concurría para su constitución título emanado de quien se le tenía por propietario del predio que sufría el gravamen; y

B) Que los interdictos sólo podían admitirse respecto a las servidumbres que reunían el doble requisito de ser aparentes y continuas.

Este segundo principio, si bien es verdad que resulta teóricamente inconveniente, porque existen hipótesis en las que se debe amparar al titular de una servidumbre no aparente o discontinua (7), es conforme con los textos legales vigentes, como habrá de comprobarse más adelante (8). La acentuación de su deficiencia no entraña, en modo alguno, que se adopte la solución contraria, o sea la de que todos los derechos reales de servidumbre deben merecer la protección posesoria, a pesar de tratarse de cargas reales discontinuas o no aparentes. Esta es, sin embargo, la tesis mantenida por los doctos miembros de la comisión, encargada de la reforma de nuestra ley de procedimientos.

4.—*La fórmula del código de procedimientos civiles y el precepto sustitutorio.*—Previene el art. 993 del cód. de proc. civ.:

"Proceden los interdictos respecto de las servidumbres convencionales para cuya prescripción es indispensable el título; pe-

(6) No debe confundirse la protección posesoria con la posibilidad de prescribir; son dos órdenes diversos. Así, LAFAILLE, D. Civ. III. Trat. de los D. Reales, vol. I, ed. 1943, No. 174, p. 158. Además, BIBILONI, Anteproyecto, Reforma del Código Civil, t. III, ed. 1940, G. Kraft Ltda., p. 16 ss. en nota.

(7) "Descontinua" es el término empleado por el cód. civ. de 1852 en su art. 1126.

(8) Infra 12.

ro si se ejercitan contra el propietario del predio sirviente deberá presentarse con la demanda el título correspondiente”.

Esta disposición, como ya se dijo, fué modificada por la que sigue, la que—a su vez—resultó suprimida:

“Proceden los interdictos respecto de las servidumbres aparentes y continuas. Si el interdicto se refiere a servidumbre convencional para cuya prescripción es indispensable el título, deberá éste presentarse con la demanda si se ejerce contra el propietario del predio sirviente” (9).

Para la construcción de este dispositivo concurren varias opiniones que es necesario consignar: Manifestó el Profesor CORNEJO (10) que el art. 993 del cód. procesal en vigencia debía coordinarse con el art. 966 del cód. civ. nuevo, por el cual sólo las servidumbres aparentes y continuas pueden adquirirse por prescripción. Y el señor GALLAGHER (11) opinó por que debía mantenerse la parte del art. 993 referente a las servidumbres convencionales para cuya prescripción es indispensable el título. Este agregado hizo evidentemente imposible todo el trabajo de coordinación y aparecía obscuro, desde que toda servidumbre convencional, por lo mismo que deriva de un contrato debe constar en un título. Es obvio que existen servidumbres convencionales que se prescriben decenalmente si se apoyan en un título, siempre que dichos gravámenes sean aparentes y continuos; pero si no lo fueran y se constituyeron *a non domino* es incuestionable que la posesión inmemorial no los haría nacer, porque a ello se opone la declaración del nuevo cód. civ. en su art. 966.

5.—*Fundamento de la regla que no admite los interdictos respecto de las cosas que no pueden ganarse por prescripción.*—La declaración que hace el art. 992 del cód. de proc. civ., en el sentido de que los interdictos son inadmisibles respecto de los bienes que no pueden usucapirse, se funda en el equivocado concepto de que la posesión sólo se le defiende en razón de que crea una presunción de propiedad, considerándose que al defender la posesión se defiende la propiedad.

Esta es la doctrina de IHERING (12); se protege al poseedor

(9) Actas cit., 4º. fasc., p. 7.

(10) Actas cit. 4º. fasc., p. 6.

(11) Actas cit., 4º. fasc., p. 6.

(12) Revisese IHERING, Teoría de la posesión.—El fundamento de la protección posesoria, trad. castellana, Madrid 1892, Cap. VI, p. 57 ss. Advertencia

porque en realidad se está amparando al propietario, en la inmensa mayoría de los casos. Se acuerda al poseedor la protección interdictal por virtud de esa presunción que nuestro cód. civ. ha instalado en su art. 827, la que no existirá tratándose de cosas imprescriptibles. No es este el lugar más adecuado para combatir tan equivocada doctrina. Bástenos saber sin embargo, que al poseedor no sólo se le protege porque se le supone propietario.

La eliminación del art. 992 de la ley de procedimientos es plausible. Ya nosotros habíamos hecho notar lo erróneo del principio que suscribía en la nota (1) del ensayo a que aludíamos al comenzar esta glosa (13).

6.—*Bienes que no admiten posesión.*—Se advierte que existen bienes que no siendo prescriptibles pueden ser objeto de posesión. Esta es la tesis sostenida por CORNEJO y es exacta. Empero, también se encuentran bienes al mismo tiempo imprescriptibles e imposable. No son muchos; pero los hay.

Se trata de bienes que no admiten ni siquiera la posesión, por cuanto su inalienabilidad es absoluta. V. g., las calles de una ciudad, las plazas, los puentes. Efectuar actos posesorios sobre estos bienes, o parte de ellos, por cualquier tiempo que fuere, no impide que los organismos estatales puedan desposeer violentamente a los ocupantes (14).

que no debe olvidarse es la de que este autor explicó la defensa posesoria dentro del ámbito del derecho romano, sin preocuparse de lo actual. No sólo se protege la posesión porque es la exterioridad de la propiedad, porque es su prueba, sino porque con la defensa posesoria se asegura el orden, se mantiene la paz social, prohibiéndose las vías de hecho o que los individuos se hagan justicia por su propia mano.

(13) En Rev. de Jurisprudencia Peruana, año V, Nos. 44-47, p. 507.

(14) Para AUBRY-RAU, Cours de Droit Civil Français, t. II, ed. 1869, p. 122 s., § 185, no son objeto de acciones posesorias las riberas del mar, las fortalezas públicas, los caminos vecinales, las calles, las plazas públicas. GARSONNET E., Traité Théorique et Pratique de Procédure, t. I, 2a. ed., 1898, No. 359, p. 807 ss., después de expresar que todo derecho susceptible de posesión puede ser objeto de una acción posesoria, agrega que ello ocurrirá siempre que el inmueble sea extraño al dominio público; admite las acciones posesorias respecto a los bienes del dominio privado del Estado, de los departamentos, de las municipalidades y de los establecimientos públicos. Véase, asimismo, SPOTA A. G., que ha escrito "Los bienes públicos y privados del Estado y la defensa posesoria del particular" en "Jurisprudencia Argentina", año 1943, t. I, p. 726. En este ensayo sutil y difícil el docto autor argentino se inclina a sostener la defensa interdictal contra el Estado si se trata de bienes pertenecientes a su dominio privado. Del mismo SPOTA estúdiese "¿Pueden los titulares de concesiones y ocupaciones temporarias de bienes del dominio público deducir acciones posesorias? ¿Proceden éstas contra el Poder concedente?", publicado en "La Ley", t. 2, p. 402. Y también DAMINATO Elsa A., autora de "El derecho de propiedad y

Notable agudeza y extremado rigor analítico revela el precitado memorándum de CORNEJO (15). Examina el supuesto de la imprescriptibilidad de los bienes de comunidades de indígenas, que la Const. en su art. 209 previene y hace notar que si están poseídos por un particular la comunidad estará impedida de recuperarlos por la fuerza, porque aceptarlo equivaldría a dar carta legal a la violencia; si la comunidad lo hiciere, el poseedor podrá utilizar con éxito o el interdicto de recobrar o el de retener.

En este punto, conviene decir que los bienes de comunidades de indígenas, personas jurídicas que la Const. y el nuevo cód. reconocen y legislan imperfectamente, ostentan una inalienabilidad relativa; no absoluta. Esta última la encontramos en las calles y plazas públicas, por ejemplo, por lo que cualesquiera que fuere el tiempo de ocupación de estos bienes por los particulares no los autoriza para reclamar el amparo posesorio. La relatividad a que hacemos referencia en los bienes de comunidades se advierte en que pueden ser objeto de expropiación de conformidad con el ya citado art. 209 constitucional (16).

7.—*Análisis del artículo 993 del código de procedimientos civiles.*—Ya se ha reproducido la disposición cuya exégesis se intenta. Su texto guarda en ciertos extremos armonía con la doctrina civil, desde que es obvio que existen servidumbres que se prescriben con título y entonces opera para las mismas la prescripción decenal si concurre la buena fe y, además, la doble calidad de la apariencia y de la continuidad. Para estas servidumbres proceden

los interdictos posesorios contra la Administración Pública", en "Anuario del Inst. de D. Público", Rosario, julio 1945, p. 149.

(15) Actas cit., fasc. 9º, p. 99 s. Hace saber también CORNEJO (Actas cit., p. 102) que las disposiciones de los arts. 992 y 993 del cód. de proc. civ. no se encuentran en ninguna de las leyes procesales que ha consultado.

(16) Podría argüirse que también muestran una inalienabilidad relativa los bienes de uso público como las calles y plazas de una ciudad, desde que pueden ser desafectados y entonces enajenados a los particulares. A pesar de lo expresado, se percibe fácilmente la diversa calidad de los bienes de comunidades de indígenas y aquellos bienes afectados a un servicio de utilidad pública. Así, no todos los bienes de las comunidades de indios son utilizados indistintamente por todos los miembros de esa persona jurídica. Existen períodos de tiempo en que ciertos bienes (tierras de cultivo) son utilizados por alguno o algunos individuos de la comunidad con exclusión de los demás. Por lo menos, hay algunas de estas personas jurídicas en que la explotación de la tierra asume esta forma peculiar.

SALVAT (Trat. de D. Civ. Arg. D. reales, t. I, ed. 1927, No. 442, p. 244), sostiene la teoría ya superada de que las acciones posesorias y los interdictos sólo proceden respecto de los inmuebles que están en el comercio de los hombres.

los interdictos posesorios; pero no sólo para éstas, sino también para aquellas otras que se prescriben sin título alguno, como son las simplemente aparentes y continuas. Tanto éstas como aquéllas pueden defenderse interdictalmente. Esta es la falla del dispositivo procesal, ya que los interdictos proceden no sólo para las servidumbres que requieren título para adquirirse por prescripción, sino, igualmente, para las servidumbres que se ganan por prescripción sin título.

La frase con que concluye el art. 993 del cód. de proc. civ. es más inexacta todavía. Dice. . . . *"pero si se ejercitan contra el propietario del predio sirviente, deberá presentarse con la demanda el título correspondiente"*. Nada menos cierto si se trata de gravámenes aparentes y continuos; la posesión anual de los mismos permite al dueño del predio dominante hacer uso de los interdictos contra el dueño del predio sirviente sin que se le pueda exigir la presentación del título constitutivo.

Todas estas reflexiones se hacen sin tener en cuenta si bajo el imperio del cód. civ. del 52 resultaba lógico lo dispuesto en el art. 993 del cód. procesal. Nos interesa el problema dentro de la nueva legislación sustantiva. El art. 966 del cód. civ. que nos rige sólo admite la adquisición por prescripción de las servidumbres aparentes y continuas, sin distinguir si se apoyan o no en título. Basta la apariencia y la continuidad para que se adquiera el gravamen en plazo que puede ser decenal o treintañal, porque el dispositivo señala, en forma general, el tiempo y las condiciones fijadas para adquirir inmuebles por prescripción; y ese tiempo no es único conforme a lo previsto en el art. 871 del cód. civ.

Con justo título y buena fe, si se ha poseído la servidumbre como propietario, se adquirirá ésta por prescripción corta u ordinaria. Por el contrario, la usucapión treintenaria de estos gravámenes que son a la vez aparentes y continuos, se produce cuando no existen ni justo título ni buena fe, o sólo uno de estos dos elementos.

Por lo que se ha dejado expresado, es razonable enunciar que un derecho real de servidumbre que al mismo tiempo es aparente y continuo y que ha sido constituido por quien no es dueño del predio sirviente, puede ganarse por prescripción abreviada (de 10 años), si concurren justo título y buena fe. Pero si ese derecho real es aparente y discontinuo o continuo y no aparente,

ningún plazo, ni siquiera el treintañal y aún el que doble a éste, podrá hacerlo adquirir (17).

Conviene expresar que los interdictos posesorios son los de retener, de recobrar o de despojo y de obra nueva. Los otros dos, no lo son. Agregaremos que los mismos tienen por objeto proteger la posesión; y si, de otro lado, las únicas servidumbres que se adquieren por prescripción son las aparentes y continuas, es obvio que para que la prescripción funcione es indispensable la posesión, porque sólo se prescribe lo que se posee. Por lo mismo, es

(17) PLANIOL y RIPERT, en *Trat. Elemental de D. Civ.*, Los Bienes, trad. mexicana de la 12.ª ed. francesa, No. 2948, p. 518 ss., haciendo el comentario del art. 708 del cod. francés, cuyo texto reza: "El modo de la servidumbre puede prescribirse, como la servidumbre misma y de la misma manera", expresan:

Que en dicho precepto no sólo se contempla la extinción del gravamen, sino también su disminución. Agregan que "Los actos realizados más allá de los límites permitidos, pueden hacer adquirir un modo de ejercicio más ventajoso que el que debiera haberse seguido, si se tratase de una servidumbre continua y aparente, pero no si se trata de una discontinua o no aparente.....".

Dichos autores ponen el ejemplo de quien tenía el derecho de abrir una ventana y abre dos, por lo que adquirirá por prescripción el derecho de conservar la segunda; empero, quien tiene el derecho de atravesar el predio sólo a pie, no puede adquirir por prescripción el derecho de pasar en coches o con rebaños, porque la servidumbre de paso es discontinua.

Criticán ambos civilistas la doble condición de la continuidad y de la apariencia (op. cit., No. 2949, p. 518 ss.) que la ley exige; y examinan las hipótesis legales; así, se tienen por no aparentes las servidumbres de sacar agua de un pozo y la de pastar, no obstante que los actos de posesión de tales servidumbres son perfectamente visibles. No se supone, en modo alguno, que el que tuviera esas servidumbres se levante de noche para sacar agua o para hacer pastar sus animales. Si quisiera ganar la propiedad del terreno, su posesión — que se manifiesta por los hechos de sacar agua y de introducir ganados para pastar — tendría que reputarse pública.

Menos justificado encuentran en las servidumbres el requisito de la continuidad. Las servidumbres discontinuas se dice que se ejercitan por actos aislados. En realidad, las servidumbres discontinuas son susceptibles de una posesión continua, en el sentido que esta palabra tiene dentro de la teoría de la usucapión. La posesión continua sólo requiere actos de ejercicio lo suficientemente próximos, a fin de que los intervalos no se consideren como lagunas. V. g., una servidumbre de paso ejercida tan frecuentemente como lo exigen las necesidades del titular, es incontestable que en la misma existirá posesión continua, aunque la servidumbre se tenga por discontinua.

CHIRONI (*Istituzione de Diritto Civile Italiano*, vol. I, ed. 1888, § 180, p. 275 s.) estudia la adquisición de las servidumbres por prescripción, refiriéndose sólo a las aparentes y continuas. Consúltese, asimismo, AUBRY et RAU (*Cours de Droit Civil Français*, t. III, 4.ª ed., 1869, § 251, p. 77), en que se analiza el principio de que no existe otra prescripción para las servidumbres que la de 30 años. En la p. siguiente expresa que la declaración legal de que las únicas servidumbres prescriptibles son las aparentes y continuas, es absoluta.

PLANIOL-RIPERT et Picard, op. cit., t. III, No. 956-957, p. 887, niegan la apariencia en las servidumbres de sacar agua de un pozo o en una de pasto.

indiferente que exista título, como reclama el art. 993 del cód. de proc. civ., para la procedencia de los interdictos. Estos gravámenes, desde que se admite que puedan ganarse por usucapión pueden poseerse con o sin título.

Es evidente que el propósito del legislador de 1912 fué otro y no llegó, infortunadamente, a objetivarse. Por ello, la regla contenida en el art. 993 de la ley de procedimientos le resultó contrahecha y casi ininteligible. En verdad, no había para qué incluir dentro de la misma el instituto de la prescripción. Sólo debería haberse expresado que tratándose de las servidumbres no aparentes o de las discontinuas, la procedencia de los interdictos habría de declararse si existía título constitutivo de las mismas.

No debe olvidarse tampoco, que el cód. de 1852 no contenía la clasificación de las servidumbres en aparentes y no aparentes; sólo las clasificaba en continuas y *descontinuas* en su art. 1126; y admitía que pudieren ganarse por prescripción las servidumbres discontinuas y negativas, siempre que existiera título (art. 1168).

Una objeción que no carece de fuerza acerca del amparo posesorio de las servidumbres no aparentes o de las discontinuas es la de que si bien este derecho real no se prescribe, por ningún tiempo, por lo menos se posee. Agréguese a esto que es inmueble, desde que es susceptible de inscribirse en el registro de la propiedad inmueble (inc. 8.º del art. 812 del cód. civ.), por lo que en armonía con el art. 831 del mismo cód., atendida su calidad de poseedor inmobiliario puede utilizar los interdictos. Y esta utilización la establece la fórmula citada sin exigir que la posesión sea anual; es suficiente que se demuestre la posesión por el tiempo que fuere para que se le defienda interdictalmente. Lo que dejamos expuesto aparece con más nitidez si se termina de leer el art. 831 del cód. civ., ya que se concluye expresando que el poseedor puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él si su posesión es de más de un año. Se arguye, sin embargo, que la posesión de las servidumbres no aparentes o discontinuas no presenta los caracteres de continuidad y publicidad exigibles en toda verdadera posesión.

8.—*Opinión de la reforma.*—Sin hacer discriminación alguna, los ilustrados juristas encargados de la reforma procesal opinaron en el sentido de que los titulares de servidumbres discontinuas o no aparentes podían reclamar judicialmente la defensa posesoria. No sólo abolieron, como ya se ha visto, el precepto susti-

tutorio del art. 993 del cód. de proc. civ., sino que se pronunciaron unánimemente por la defensa posesoria de las servidumbres no aparentes o de las discontinuas en todos los supuestos; bastando tan sólo la prueba de su existencia.

Estas expresiones, si se tiene en cuenta la autoridad de que justificadamente gozan quienes las emitieron y si el proyecto que han elaborado se transforma en nueva ley de procedimientos civiles, pueden ser seguidas por los jueces e invocadas por los litigantes en la defensa de los derechos controvertidos. No habiendo regla procesal aplicable, porque fué suprimida, lógicamente debe acudir al pensamiento del legislador; y, como veremos en seguida, no es adecuado y conveniente afiliarse al mismo.

Así, el señor GALLAGHER (18) expresó "... que no le parecía justo que el que se halla en el goce de una servidumbre discontinua, como la de paso, por ejemplo, pueda ser violentamente privado de ella sin que la ley le preste el amparo que merece todo poseedor de buena fe" (19).

Agregaba el mismo señor GALLAGHER (20) que "... la privación intempestiva del paso, del abrevadero, son susceptibles de ocasionar los más graves daños al poseedor de esas servidumbres, lo que no debe ser autorizado..." (21).

También se pronunció el Prof. CORNEJO (22) por que el poseedor de una servidumbre discontinua debería ser protegido en su posesión, exponiendo que un bien que no es susceptible de adquirirse por prescripción puede ser objeto de posesión; y que nadie puede hacerse justicia por su mano "clausurando, v. g., el camino que consintió usar".

(18) Actas cit., 9o. fasc., p. 101.

(19) No se requiere ser de buena fe para reclamar judicialmente el amparo de la posesión. El poseedor de mala fe, el invasor, el usurpador, goza del amparo posesorio; la ley no distingue cuando en el art. 831 del cód. civ. preceptúa: "Todo poseedor de inmuebles.....".

(20) Actas, 9o. fasc. loc. cit.

(21) Si por razones de solidaridad o de tolerancia el propietario vecino permite que el ganado de los extraños a su fundo se introduzca dentro de él para que sea abrevado en el pozo, cisterna o aljibe, y posteriormente se niega a admitirlo, los dueños de esas "puntas" de ganado no podrán hacer prosperar interdicto alguno alegando la existencia de un derecho de servidumbre. Empero, si ese ganado perece por falta de agua, que sólo se encuentra en los receptáculos que antes su propietario permitía usarlos como abrevaderos, es justo que los dueños del ganado irruman violentamente y hasta destruyan dentro de los límites de lo necesario el fundo ajeno. La ley no considera este hecho como ilícito, desde que se justifica por el llamado "estado de necesidad" (art. 1137 inc. 3o. cód. civ.)

(22) Actas, 9o. fasc., p. 102.

BARRETO (23), que fuera un magistrado extraordinario de la Suprema Corte, no obstante su experiencia y su saber, adujo que las servidumbres son derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro de la propiedad y son, por tanto, inmuebles conforme al inc. 8.º del art. 812 del cód. civ.; de allí debería seguirse que su posesión era defendible interdictalmente.

No hubo ningún legislador que distinguiera entre las limitaciones del derecho de propiedad discontinuas o no aparentes que se apoyan en un título y las que provienen de la tolerancia del colindante o, simplemente, convecino.

Las opiniones transcritas indujeron a la Comisión a suprimir el art. 993 del cód. de proc. civ. y el que lo sustituyera.

Es innegable que conceptos tan amplios y generales no son verdaderos. El pensamiento del legislador no deberá ser admitido por nuestros tribunales sin distinciones, en caso de que su proyecto se convierta en ley. Resulta de una claridad meridiana que las servidumbres que reúnan el doble requisito de la apariencia y de la continuidad pueden defenderse mediante los interdictos posesorios, sin limitación de ningún género. En cuanto a las servidumbres no aparentes y a las discontinuas sólo cuando concurre título emanado del propietario del predio sirviente o del que pasa por tal (24). A estos gravámenes les está negada en ciertas hipótesis la defensa posesoria, porque la posesión de los mismos no tiene los caracteres de publicidad y de continuidad exigibles para inferir que se trata de actos realizados por una persona como titular del derecho de servidumbre y no que constituyen actos de tolerancia del propietario del supuesto predio sirviente.

Por lo expuesto, es inaceptable la doctrina del legislador. Si nos atenemos a ella, aún los actos de uso de un predio permitidos al dueño de otro predio por motivos de solidaridad y de vecindad, en el supuesto de hacerlos cesar, darían lugar a que el propietario que ha venido practicando esos actos de uso demandara el auxilio judicial, pretendiendo que se restableciera la que en su concepto era una servidumbre.

9.—*Indagación de esta cuestión en la doctrina extranjera.*—

Es útil el examen de la doctrina francesa, por lo mismo que el art. 690 del cód. de Napoleón contiene casi las mismas ideas que el art.

(23) Actas, 9.º fasc., p. 102.

(24) SALVAT, *Trat. de D. Civ. Argentino, Derechos reales*, t. II, ed. 1932, No. 1893, § 2.º p. 207.

966 del nuevo cód. civ. Las diferencias no son de importancia, salvo en cuanto al plazo prescriptivo que la fórmula francesa señala en treinta años y la del cód. peruano admite dos plazos, de diez y de treinta años.

Los más esclarecidos expositores del derecho civil francés se inclinan por la solución de que no todas las servidumbres no aparentes y/o discontinuas pueden defenderse por medio de las acciones posesorias. Se ha tenido en cuenta que aquellas limitaciones que no derivan de título alguno y que no reúnen, al mismo tiempo, los caracteres de apariencia y continuidad, no puede considerarse que constituyen auténticas servidumbres; y que sólo traducen actos de mera tolerancia, que emergen de las relaciones de vecindad o de la solidaridad que debe existir entre los vecinos o colindantes.

BAUDRY-LACANTINERIE et Chauveau (25) reclama para el ejercicio de las acciones posesorias en las servidumbres discontinuas o no aparentes que éstas se apoyen en un título emanado del propietario del fundo o heredad sirviente.

Expresa el civilista contemporáneo JOSSEERAND (26) que en principio el titular de una servidumbre no aparente o discontinua no debe gozar de la protección posesoria, si bien agrega (27) que no se justifica racionalmente que sólo las servidumbres aparentes y continuas se adquieran por prescripción.

Para PLANIOL y RIPERT et Picard (28), al examinar este punto informan que la jurisprudencia francesa admite la acción posesoria cuando la servidumbre discontinua o no aparente se basa

(25) En *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, 3a. ed., 1905, No. 1146, § 2.º, p. 879, tex. y n. 2.

(26) *Cours de droit civil positif, français*, t. I, ed. 1938, No. 2008, 2º, b), p. 1110.

Una obra muy difundida de derecho civil, la del egregio LAFAILLE (véase No. 149 de la p. 528 No. 1513, *D. Civ.*, t. IV, *Trat. de los Derechos Reales*, vol. II, ed. 1944), proclama que PLANIOL-RIPERT et Picard, No. 956 y 957 de su *Traité Pratique*; PLANIOL-RIPERT en su *Trat. Elemental*, t. I, No. 2949; y JOSSEERAND, en su *Cours de Droit Civil Positif*, Nos. 1992-1993, sostienen que todas las servidumbres pueden adquirirse por prescripción y son susceptibles de amparo posesorio. Esta información no es completamente exacta. Ni PLANIOL-RIPERT, ni JOSSEERAND creen que cualesquiera derecho de servidumbre, a pesar de su discontinuidad o de su carencia de apariencia y de la falta de título pueda defenderse interdictalmente. En lo que se refiere a la prescripción de todo género de servidumbres la cita es exacta, pero debe entenderse como crítica y como algo que conviene adoptarse (véase nuestra n. 17).

(27) *Op. cit.*, No. 1992, p. 1100.

(28) *Traité Pratique de Droit Civil Français*, t. III, ed. 1926, No. 987. text. y n., p. 919 s.

en un título, porque dicho título hace desaparecer la presunción de precariedad o de tolerancia (29). Estos autores mantienen las mismas ideas en su Tratado Elemental (30). Tenemos entonces que no obstante no ser usucapibles esta clase de servidumbres puede ser defendida mediante los interdictos si emanaran de título, desde que la existencia de dicho título es suficiente para destruir la presunción de precariedad de que están revestidos los actos destinados al ejercicio de tales servidumbres.

Las mismas ideas que los civilistas antes mencionados mantienen AUBRY y RAU (31), quienes no sólo exigen título sino que se hayan ejercitado por un año ante la pasividad del dueño del fundo sirviente. Sin embargo, existiendo título parece lo cierto que la defensa interdictal es admisible cualesquiera que fuere el tiempo de posesión.

En TROPLONG (32) nos encontramos con una doctrina semejante: las servidumbres no aparentes y las discontinuas no pueden fundar una verdadera posesión ni pueden defenderse con acciones posesorias. Lo mismo DURANTON (33) y ZACHARIAE (34).

Entre los procesalistas franceses GARSONNET (35) considera que proceden las acciones posesorias en las servidumbres no aparentes y/o discontinuas que se apoyan en título. En cuanto a RAVIART (36) sostiene la misma opinión; no habiendo título la posesión de estas servidumbres es clandestina y precaria (37).

(29) Op. cit., No. 987, § 3.º, p. 920.

(30) Tratado Elemental cit., No. 2974, p. 538 s.

(31) Op. cit., t. II, § 185, p. 130, tex. y n. 40. Véase, asimismo, n. 31 de la p. 128, en el mismo § 185, en la que se dice que el título emanado a non domino no descarta toda idea de tolerancia ni autoriza la acción posesoria.

(32) Droit civil expliqué, De la prescription, t. I, 4a. ed., 1857, No. 395, p. 564.

(33) Cours de Droit Civil Français suivant le code civil, t. V. ed. 1844, No. 635, p. 627 s.; asimismo, No. 638, p. 630.

(34) Le Droit Civil Français, t. II, ed. 1855, § 340, p. 208, tex. y n. 1, Cf., además, TOULLIER, Le Droit Civil Français suivant l'ordre du code, No. 716, p. 334 s.

(35) Op. cit., No. 356, p. 601, 1).

(36) Traité Théorique et Pratique des Actions Possessoires et du Bornage, Paris, 1914, No. 222 s., p. 233.

(37) RAVIART, op. cit., No. 224, p. 234. La existencia del título excluye toda idea de tolerancia; asimismo, el título destruye la suposición de clandestinidad. Véase en especial 226 bis, p. 239, en que establece diferencias cuando el título procede del propietario auténtico de la heredad sirviente o del que se le tiene por tal. Precisa hacer esta advertencia: si el predio sirviente estuviere inscrito y el gravamen se pacta con quien aparece como su propietario del mismo registro, y ese pacto es a título oneroso y se registra, no existiendo — además — ninguna causal de nulidad que aparezca del mismo registro, es in-

Por lo que se refiere a la imprescriptibilidad de las servidumbres no aparentes o discontinuas, si bien es cierto que los tribunales franceses han aceptado esa solución, en muchos casos han declarado que si se puede adquirir por prescripción las áreas de tierra por donde las mismas han funcionado. V. g., una servidumbre de paso no puede nacer por usucapión porque es discontinua y, en ciertos supuestos, no aparente, pero según los jueces de Francia se adquiere por prescripción el sendero por donde ella se objetivaba. En cuanto a la servidumbre de pasto, que también es discontinua, no la consideran los franceses como tal, sino como un derecho de uso susceptible de usucapirse (38).

Otros derechos extranjeros que muestran puntos de semejanza con el nuestro son el derecho italiano y el derecho argentino. Para el primero, el art. 250 del cód. civ. declara que la servidumbre no aparente no puede adquirirse por usucapión. Por lo que hace al derecho argentino, el art. 3017 de su cód. civ. previene que "las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por título, o por la posesión de treinta años. Las servidumbres continuas no aparentes, y las servidumbres discontinuas aparentes o no aparentes, no pueden establecerse sino por títulos. La posesión aunque sea inmemorial no basta para establecerlas". Es utilizable entonces la doctrina de los autores de derecho civil argentinos e italianos (39).

cuestionable que el gravamen ha nacido aunque se impusiera por quien no fuera el verdadero dueño del inmueble sirviente, desde que el titular auténtico no tiene su derecho inscrito (aplicación del art. 1052 del cód. civ. peruano).

(38) PLANIOL-RIPERT et Picard, op. cit., No. 957, p. 889 s.

(39) Entre los italianos y sólo con respecto a la defensa posesoria de las servidumbres es digno de consultar MATTIROLO L., Tratado de Derecho Judicial Civil, t. I, trad., Madrid, 1930, No. 275 ss., p. 230 ss.

Para el derecho argentino, existen dos obras monumentales: La de SALVAT ya citada, o sea el famoso Tratado de Derecho Civil Argentino, D. reales, t. II, ed. 1932, No. 1893, p. 206 s.; y la obra maciza de LAFAILLE, D. Civ., t. III, Trat. de los Derechos Reales, vol. I, No. 361, ap. d), p. 297. Este último autor se muestra partidario del amparo posesorio de todas las servidumbres aparentes o discontinuas, en razón del art. 3034 del cód. civ. de Argentina, que dice abraza todas las categorías, a pesar de convenir en el carácter equívoco de la posesión en estas servidumbres. También véase de esta obra de LAFAILLE el vol. II, No. 1510, p. 526, en que insiste que cualesquiera clase de servidumbres puede dar lugar a promover los interdictos; y, además, el cap. VI, No. 191, con sus notas, p. 172, vol. I.

Hay también otro autor argentino que se distingue por la finura y sutileza de su exposición, que ha escrito una monografía muy clara sobre "La Posesión". Llámase OVEJERO Daniel y en el § 67, p. 146 s. examina las teorías sobre la admisibilidad de la defensa posesoria en las servidumbres discontinuas o en las no aparentes.

10.—*Los actos de simple tolerancia.*—Se afirma por quienes no admiten la defensa posesoria de las servidumbres no aparentes o de las discontinuas que no derivan de título, que estas limitaciones del dominio no son verdaderas servidumbres, sino que emanan de actos de simple tolerancia.

Se dice también que la ley declara imprescriptibles las servidumbres de esta clase porque teme que actos que sólo son tolerados puedan convertirse en derechos susceptibles de perjudicar al propietario que los consintió. De lo contrario, es decir, si estos actos con el correr del tiempo pudieran transformarse en servidumbres, ante tal peligro el propietario no los consentiría, dejando de ser un buen vecino y concretándose a vigilar celosamente su inmueble. La misma actitud habría de observarse por el propietario del supuesto predio sirviente si estos actos al pretender hacerlos cesar, dan lugar a la interposición de interdictos. La complacencia del dueño no debe en ningún caso convertirse en su perjuicio.

El sentido exacto y neto de estos actos lo da el cód. civ. del Brasil en su art. 497:

“Não induzem posse os actos de méra permissão ou tolerancia, assim como não autorizam a sua acquisicao os actos violentos ou clandestinos, senão depois de cessar a violencia ou a clandestinidade”.

BEVILAQUA (40), al comentar este dispositivo enseña que los llamados actos de tolerancia son los que soporta el titular del derecho. Pone como ejemplo que alguien consienta que saquen agua de su fuente o que se sirvan periódicamente de su campo para reunir el ganado de extraños, pero que no les cede la posesión de la fuente ni del campo, sino que les hace sentir siempre su derecho.

Es uniforme en los tratadistas comprobar que en los campos se suele permitir el paso, o sacar agua, o pastar ganado, sin que por ello los beneficiados, procediendo de mala fe, se crean con derecho a reclamar la existencia de servidumbres (41). Si así ocurriera ello conspiraría contra la solidaridad y la buena vecin-

(40) Cód. Civ. dos Estados Unidos do Brasil, vol. III, 5a. ed., p. 24.

(41) LAFAILLE, D. Civ., t. IV, Trat. de los D. Reales, vol. II, ed. 1944, No. 1516, p. 529 s.

dad que deben reinar en la esfera rural; ya nadie, como repetimos, permitiría la ejecución de hechos o servicios que fundados en la buena vecindad pudieran ser invocados en el futuro como limitaciones.

Así, por ejemplo, es frecuente que el campesino o el dueño del gran inmueble rústico consientan que en sus campos, en que existen gramadales, o también los llamados "rastros", pasten los ganados de los propietarios vecinos. Se trata, generalmente, de grandes extensiones no cercadas; y si después de algunos años el propietario de las mismas procede a cercarlas, los dueños del ganado no pueden pretextar que gozan de una servidumbre de pasto. Asimismo, es frecuente el hecho de que un propietario deje que el colindante y los asalariados a su servicio transiten por su fundo, lo que les evita dar un largo rodeo por su propio sendero; aún cuando transcurrieran 30 años, el colindante no podrá jamás creer que se ha creado a su favor, por prescripción, una servidumbre de paso, y menos oponerse cuando el dueño le impida el paso con cercos, vallas o construcciones (42).

También ocurre en la campaña que un propietario consienta que el vecino arree sus animales hasta el abrevadero situado en su inmueble rústico; o que otro mande recoger leña del bosque del colindante. Es incuestionable que se trata de actos tolerados en beneficio de la armonía que debe reinar entre los vecinos y que fluyen de las relaciones de vecindad. Por lo mismo, no pueden servir de base a la prescripción ni dar lugar al ejercicio de las acciones posesorias (43).

En resumen: las únicas servidumbres discontinuas o no aparentes son las que derivan de título. Los actos de simple tolerancia no pueden constituir servidumbres ni dar lugar a ser negados al amparo posesorio. De seguir el criterio de los reformadores de la ley procesal, se romperían los vínculos de solidaridad existentes en el agro; ningún dueño se guardaría la menor consideración ni permitiría cualquier acto que violara en lo mínimo su derecho de propiedad, que significara una intromisión, desde que si bien no podría ser tenido en cuenta para la usucapión, daría lugar a los

(42) Véase TROPLONG, op. cit., No. 380 ss., p. 552 ss.; y también LA-FAILLE, D. Civ., t. III, *Trat. de los D. Reales*, vol. I, ed. 1943, No. 192, p. 173.

(43) SALVAT, *Trat. de D. Civ. Arg., D. reales*, t. I, ed. 1927, No. 929, p. 477.

interdictos al pretender el dueño hacerlo cesar. Evidentemente, se crearía un estado de cosas dañoso, que rompería con la armonía que es tradicional en el campo.

II.—*La solución de nuestra jurisprudencia.*— Satisface al espíritu comprobar que nuestros tribunales han observado la buena doctrina, reclamando para el amparo posesorio de las servidumbres discontinuas o no aparentes la existencia de título. Este es el pensamiento subyacente, el criterio rector; no debiéndose tomar en cuenta otras apreciaciones que se hace en los fallos o en las vistas fiscales (44).

Glosaremos los fallos más recientes, en los que se ha continuado la antigua doctrina.

La sentencia de 12 de abril de 1932 (45) contempla la desposesión de una servidumbre de senda, que es discontinua, por lo que la actora debió acompañar con su demanda el título que sustentara su derecho.

Declara sin lugar el interdicto de recobrar una servidumbre de tránsito la resolución de 26 de octubre de 1932 (46), por estimar que se trataba también de una servidumbre discontinua que reclamaba la existencia de título suficiente.

En la resolución de 21 de noviembre de 1936 (47) se tuvo en cuenta que el demandado había constituido por título, a favor del demandante, un derecho real de servidumbre de paso, por lo que no obstante su discontinuidad y en algunas hipótesis su no apariencia, se resolvió que era procedente el interdicto de recobrar.

Corrige acertadamente lo resuelto en un interdicto la Ejecutoria de 4 de agosto de 1937 (48). Se trataba de una contradic-

(44) C. Supr. 13 setiembre 1927, A. J., 1927, p. 218; "La Prensa" 30 setiembre 1927, C. Supr. 11 octubre 1927.

(45) R. de los T., 1932, p. 37. La sumilla con que se ha recopilado ha tomado en cuenta uno de los extremos menos importantes, ya que reza "La imposición o restablecimiento de servidumbres prediales, afectan a la propiedad de los inmuebles respectivos".

(46) R. de los T., 1932, p. 381.

(47) R. de los T., 1936, p. 469.

(48) R. de los T., 1937, p. 365.

Entre los errores más notables en que han incurrido nuestros tribunales dentro de este campo de las servidumbres debemos mencionar el del fallo pronunciado el 13 de enero de 1944, y que fué publicado por la R. de los T., 1944, p. 96; se trataba de una servidumbre de luces y vistas que pedía nacer por prescripción desde que era aparente y continua. Pero es que no había ni hubo jamás tal servidumbre porque no existía predio sirviente. La apertura de una ventana o claraboya en pared propia, no medianera, no significaba más que el

ción de sentencia recaída en interdicto de recobrar una servidumbre de paso o senda; dicho interdicto se había declarado fundado, como aparece del fallo del Superior del 20 de noviembre de 1936, que también se ha reproducido, a pesar de la inexistencia de título. Se decidió que tratándose de una servidumbre discontinua, no bastaba el simple uso, por cualquier tiempo que fuera, para adquirirla por prescripción.

ejercicio del derecho de propiedad; esa pared limitaba el inmueble con el cauce de un río, que después fuera deseado y transformado en terreno susceptible de ser vendido por el Municipio. El propietario del inmueble interpuso acción para que se declarara la existencia de la servidumbre en virtud de la prescripción y que se inscribiera el gravamen en el Registro de la Propiedad Inmueble, a fin de que pudiera ser opuesto a terceros. A ambos extremos de la demanda accedió el fallo. Nótese que nosotros no negamos que se puede imponer servidumbre sobre la cosa propia, desde que el propietario de dos predios puede gravar con servidumbres el uno en favor del otro (art. 977 cód. civ.), no siendo ya exacto dentro de nuestra legislación el aforismo *Nemini res sua servit*. Empero, es imprescindible la coexistencia de dos predios: uno dominante, que goza del gravamen; y otro sirviente, que sufre el gravamen. En este caso, sólo existía un predio y un río, que al ser drenado se transformó sólo en cauce y posteriormente, el Municipio, porque su curso atravesaba la población, fué autorizado para enajenar. El caso puede volver a repetirse y ser citada la sentencia como precedente que los jueces deben observar; v. g.; existen en Lima numerosos edificios de varios pisos que confinan con inmuebles de menor altura (uno o dos pisos, a lo sumo); esta circunstancia les ha permitido abrir ventanas o claraboyas en las paredes o muros laterales lindantes con estos inmuebles menos elevados. Transcurridos treinta años podrían pretender los dueños de estas grandes edificaciones que han nacido por usucapión verdaderas servidumbres de luces y vistas de las que no pueden ser privados cuando los inmuebles colindantes sean construidos a la misma o a mayor altura. Es claramente comprensible que esta alegación no puede ser admitida, porque se trata de ventanas en pared propia. Los colindantes tienen dos caminos a seguir: o construir muros o paredes lado a lado de los otros, o hacer uso de la facultad que les concede el art. 915 del cód. civ., o sea adquirir la medianería de la pared del gran edificio y exigir la supresión de esas ventanas o claraboyas que conspiran contra el derecho que les da la medianería.

Nuestra jurisprudencia ha decidido que las ventanas abiertas en pared propia no son servidumbres; así lo declaran las resoluciones de 20 de diciembre de 1941, inserta en A. J., 1941, p. 194; esta sentencia fué comentada por mí en una revista jurídica ya extinguida, Revista Peruana de Derecho, año 1943, No. 6, p. 199 ss.; y la de 30 de marzo de 1944, reproducida en Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 11, octubre de 1944, p. 36.

Las ideas que sostengo pueden investigarse con mayor detenimiento en PLANIOL-RIPERT et Picard, op. cit., t. III, No. 962, p. 895; y en BAUDRY-LACANTINERIE et Tissier, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, t. XXV, 3a. ed., 1905, No. 277, p. 215.

Parece que influyó en el resultado de esta controversia la mala defensa del Concejo Municipal; su posición era realmente débil: expresaba que se trataba de una servidumbre que se decía había nacido por prescripción y que no cabía prescripción adquisitiva contra los bienes de uso público.

Otra sentencia que hasta hoy es objeto de discusión es la pronunciada en un juicio seguido entre la testamentaria Irigoyen y el Yacht Club de Ancón, cuya fecha es el 7 de noviembre de 1944, y que aparece copiada en la p. 6 de

Finalmente, la sentencia de 20 de setiembre de 1940 (49) exige, asimismo, que para declarar la procedencia de un interdicto de recobrar servidumbre discontinua se debe acompañar con la demanda el título de constitución.

12.—*Solución legislativa actual.*—De conformidad con lo preceptuado en los textos legales y procesales que nos rigen la solución con respecto a la cuestión que se examina sería la que sigue:

1) Sólo los derechos reales de servidumbre que reúnen la doble calidad de la apariencia y la continuidad son los únicos cuya creación cabe admitirla por medio de la usucapión ordinaria o extraordinaria (art. 966 cód. civ.).

2) Estos mismos derechos son susceptibles de amparo posesorio. Por el contrario, si tales gravámenes son únicamente aparentes o sólo continuos, no cabría defensa interdictal de ningún género porque a ello se opone la regla procesal contenida en el art. 992 cód. de proc. civ., que previene "*No se admitirán los interdictos respecto de las cosas que no pueden ganarse por prescripción*" (50).

Podríamos agregar que esta puede no ser la doctrina más conveniente, pero es la doctrina que se extrae después de hacer

la Rev. de Jurisprudencia Peruana, No. 12, noviembre de 1944. Todo el problema reside en determinar si la escritura pública de adjudicación en remate al señor Irigoyen contenía la constitución de la servidumbre de vistas. Ni de la vista fiscal, ni del fallo mismo aparece esclarecida esta cuestión. Si hubo constitución de tal gravamen es obvio que el fallo estuvo arreglado a ley. Pero si, por el contrario, dicho instrumento no contiene constitución de servidumbre el equívoco es patente, porque la servidumbre de vistas no es susceptible de nacer por prescripción dada su falta de apariencia. Problema diverso es el determinar si la Municipalidad podía gravar con servidumbre la zona anexa al océano; al respecto, es presumible que en la época en que se adjudicó el lote no había sido promulgada la ley No. 4940, de 13 de febrero de 1924, que es la que declaró de propiedad del Estado esa zona. Por lo mismo, era lícito constituir la servidumbre. Con este derecho real ocurre lo mismo que con las construcciones que han hecho los particulares dentro de esa zona con anterioridad a la promulgación de la ley No. 4940; es incuestionable que la declaración legal posterior no puede invalidar el derecho de propiedad que ha nacido sea por ocupación, sea por prescripción, dentro de esa faja de terreno que el art. 3º de la precitada ley declara inalienable, y que es de 50 metros de ancho desde la línea de alta marea. El desconocimiento del dominio en tales casos importaría la abolición de la teoría de los derechos adquiridos.

(49) R. de los T., 1940, p. 393.

(50) Las servidumbres no son "cosas", pero están comprendidas dentro del concepto más amplio de "bienes"; son, además, bienes inmuebles porque son susceptibles de inscribirse en el registro de la propiedad inmueble (inc. 8º del art. 812 cód. civ.).

conjugar los dispositivos de nuestra masa legislativa y que a la misma estaríamos obligados a atenernos. No podemos, sin embargo, sostener esta solución por que ella conduciría a absurdos tales como el de que una servidumbre apoyada en título bastante no podría ser amparada posesoriamente porque es discontinua o no aparente. Por tanto, tienen los jueces que abandonarla, a pesar de la existencia de un dispositivo como el del art. XXI del T. P. del cód. civ.: "Los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes". La aplicación fría y mecánica de la ley estaría, en este caso, reñida con los más elementales principios de justicia.

13.—*Criterio que conviene adoptar*.—No es prudente ni aconsejable la actitud asumida en este punto por los legisladores encargados de reformar la ley procesal civil, o sea la de ignorar el problema y dejar librada su solución al criterio del juzgador.

Convendría adoptar una fórmula que señalara pautas seguras y claras a nuestra jurisprudencia, atendida la importancia que estas limitaciones tienen en el derecho inmobiliario y, sobre todo, en la explotación de los fundos y heredades destinados a la agricultura y ganadería.

A este respecto, encontramos adecuado el dispositivo que se ha instalado en el cód. civ. del Brasil bajo el número 509:

"O disposto nos artigos antecedentes não se applica ás servidões continuas não apparentes, nem ás descontinuas, salvo quando os respectivos títulos provierem de possuidor de predio serviente, ou dequelle de quem este o houve" (51).

La referencia a los artículos precedentes que hace la norma es a los que se ocupan de la defensa posesoria.

14.—*Conclusiones*.—De lo que se deja expuesto se extraen los resultados siguientes:

Sólo los titulares de los predios dominantes en las servidumbres discontinuas o no aparentes que se funden en títulos pueden reclamar el amparo en la posesión de estos gravámenes.

El título constitutivo de estos derechos reales debe provenir de los dueños auténticos de los predios sirvientes. Parece sumamente peligroso extender la protección a aquellos títulos emanados de quienes no son propietarios de los predios que sufren los gravámenes.

Aún bajo el imperio del cód. de proc. civ. el criterio que pre-

(51) BEVILAQUA, op. cit., vol. III, p. 39 s.

conizamos deberá ser observado por nuestros jueces, a fin de evitar soluciones judiciales que repugnen al simple buen sentido (52).

Tratándose de servidumbres inscritas en el Registro de la Propiedad Inmueble las soluciones se conformarán a la teoría de esta Institución. Nuestro objeto no es examinar este campo. Baste saber que para extenderse la inscripción de una servidumbre es menester que el título conste en instrumento público, según lo establece el art. 1041 del cód. civ. (53), por lo que habría siempre de estimarse la existencia de título.

Es obvio que el juzgador no puede desestimar la acción interdictal destinada a proteger la posesión de una servidumbre discontinua o no aparente, porque se trata de gravamen no prescriptible y es de aplicación el art. 992 del cód. de proc. civ. Ello equivaldría a obligar al propietario del predio dominante a acudir a la vía ordinaria exigiendo el reconocimiento de la existencia de la servidumbre (*actio confesoria*).

En cuanto a las servidumbres continuas y aparentes, el amparo posesorio funciona ilimitadamente.

JORGE EUGENIO CASTAÑEDA.

(52) Este ha sido, por lo demás, el criterio de la jurisprudencia, como se comprueba en el fallo de 21 de noviembre de 1936, R. de los T., 1936, p. 469, por el cual se hizo lugar a un interdicto de recobrar la posesión de una servidumbre de paso que constaba de título, sin atenderse a la declaración del art. 992 cód. de proc. civ., que no admite los interdictos respecto de los bienes que no pueden usucapirse.

(53) Para la inscripción de las servidumbres debe observarse el art. 65 del Reglamento de las Inscripciones.