

## TITULO IV.

DE LAS SERVIDUMBRES Ó SERVICIOS PEDIALES.

(Continuación.)

### CAPITULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES LEGALES:

(Continuación.)

*SECCION III.—De las servidumbres legales de utilidad privado (Continuación).*

§ III: DE LAS PLANTACIONES.

*Núm. 1. De la distancia.*

1. El art. 671 está concebido en estos términos: “No se permite plantar árboles de alto tronco sino á la distancia prescrita por los reglamentos particulares actualmente existentes, ó por las costumbres constantes y reconocidas; y á falta de unos y otras, sino á la distancia de dos metros de la línea divisoria de las dos heredades, para los árboles grandes, y á la distancia de medio metro para los demás árboles y setos vivos.” ¿Por qué el propietario no puede hacer una plantación en el límite preciso que separa su heredad de la de su vecino? El, en su terreno, puede hacer lo que quiera, pero no puede invadir el terreno ajeno. Luego, si plantara en el límite de su predio, el árbol ó el seto al crecer, se extenderían hacia el predio contiguo, por lo que el cuerpo del árbol y del seto se hallarían en parte en un predio que no sería de la pertenencia

del que los plantó, y las raíces penetrarían al predio ajeno. Para impedir tal usurpación, ha sido preciso arreglar la distancia que debe separar las plantaciones de la heredad contigua. Esta distancia está calculada de modo que, á pesar del crecimiento de los árboles y los setos, no invadan la propiedad del vecino.

2. Se ha fallado que del art. 671 resulta una presunción legal de propiedad en favor de aquél de los vecinos que plantó el seto, es decir, que se le presume propietario del terreno que constituye la distancia á la cual él ha debido hacer las plantaciones, según la ley ó los reglamentos (1). La jurisprudencia se ha pronunciado por la opinión contraria. Y ni siquiera existe un mínimo motivo de duda. ¿Qué cosa es una presunción legal? La que la ley establece. El art. 1350 enumera los diversos casos en los cuales hay presunción legal; por los términos del núm. 2, hay casos en los que la ley declara que la propiedad resulta de ciertas circunstancias determinadas: tales son las presunciones de medianería establecidas por los artículos 653, 666 y 670, y las presunciones de falta de medianería establecidas por los arts. 654 y 667. Sólo al leer el art. 671 se convence uno de que en él no se dice una sola palabra de una presunción de propiedad (2). Sin duda que es probable que el propietario haya observado las distancias legales, y que, por consiguiente, sea propietario de los dos metros ó del medio metro de terreno que separan su plantación de la heredad contigua; pero el legislador no ha hecho de esta probabilidad una presunción, y con razón. En efecto, diariamente acontece que, por tolerancia ó buena vecindad, el vecino permite que se planten árboles ó setos en la línea divisoria de las dos hereda-

1 Colmar, 6 de Abril de 1842 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 651), y 18 de Noviembre de 1845 (Daloz, 1846, 2, 224).

2 Sentencia de denegada apelación, de 22 de Junio de 1863 (Daloz, 1864, 1, 123).

des; las presunciones, si las hubiera, ~~serían~~ estas buenas relaciones, porque obligarían al vecino a cuidar estrictamente su derecho para impedir toda usurpación.

Preciso es concluir, con la corte de Burdeos, que no hay presunción legal de propiedad, que la cuestión de propiedad se ventilará conforme á los principios generales, por título ó por prescripción (1). La corte de casación ha fallado que en el caso había una de esas presunciones del hombre, porque la ley las abandona á la prudencia del magistrado (2). Esto mismo es ir demasiado lejos, no puede decirse "a priori" que en tal caso hay presunción del hombre, puesto que todo depende en la apreciación de los hechos de la causa. Y aun cuando exista una de esas presunciones, debe agregarse que el juez no puede fundar en ella su decisión sino en los casos en que la ley admite la prueba testimonial: ésta es la disposición formal del artículo 1353.

3. El art. 671 establece que no se permite "plantar" árboles y setos sino á la distancia prescrita por las leyes y reglamentos. Proudhon dice que esta expresión "plantar" indica de una manera muy formal que sólo se trata de los árboles plantados por mano del hombre, y no de los que crecen por siembra natural (3). Esta opinión se ha quedado aislada, por ceñirse demasiado á la letra de la ley. Si el texto no habla más que de los árboles plantados, es porque tiene en mira el caso ordinario de árboles frutales que se plantan, y los setos que, por su misma naturaleza, exigen el trabajo del hombre. ¿Pero si creciera una encina en el límite separativo de dos heredades, sería ésta una razón para que el vecino tuviera que sufrir

1 Burdeos, 6 de Enero de 1857 (Daloz, 1859, 5, 348).

2 Sentencia de denegada apelación, de 14 de Abril de 1852 (Daloz, 1852, 1, 169).

3 Proudhon, "Tratado de los derechos de uso," edición de Curasson, t. 1º, p. 610, núm. 571.

que el árbol extendiese su tronco, sus ramas y sus raíces por su heredad? ¿Se legitimaría la usurpación por ser obra de la naturaleza! Esto no es serio. El que conserva un árbol sembrado naturalmente á una distancia menor que la legal se apropia la obra de la naturaleza, y es responsable, por lo tanto, de sus consecuencias (1).

4. Cuestión más seria es la de saber si, en la aplicación del art. 671, hay que distinguir entre las fincas rústicas y las urbanas. En el antiguo derecho, esta distinción tenía sus partidarios. Pothier hacía otra distinción: como el espíritu de la disposición es impedir que las raíces causen perjuicio al vecino, deduce de esto que si el predio contiguo es un patio ú otro fundo al cual no pueden dañar las raíces, el vecino no tiene el derecho de quejarse, porque carece de interés (2). El código no reproduce ninguna de estas distinciones, y por lo mismo las rechaza. A nuestro juicio, el legislador ha tenido razón de apartarse de la doctrina de Pothier. La cuestión no es únicamente de perjuicio, sino que, antes que todo, es de derecho: uno de los vecinos no puede usurpar la propiedad de su vecino ni en las ciudades ni en los campos, ni en un patio ni en otra heredad cualquiera. La disposición tenía que ser general y absoluta. Existe una sentencia en este sentido (3).

La aplicación del art. 671 á las ciudades suscita otras dificultades. Si en una ciudad se hubiese acostumbrado siempre plantar en el límite separativo ¿habría que deducir que ninguna distancia debe observarse? Existen sentencias en este sentido (4), y cosa singular, respecto á la

1 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 2º, página 24, nota 1.

2 Pothier, "De la sociedad," núm. 242, y los autores citados por Demolombe, t. 11, p. 548, núm. 485.

3 Nîmes, 14 de Junio de 1833 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 633).

4 Burdeos, 13 de Marzo de 1860 (Daloz, 1861, 5, 448).

ciudad de París, las sentencias son contradictorias de hecho. En una de estas sentencias se lee que los inconvenientes de la jurisprudencia están de acuerdo en establecer que, en el interior de la ciudad, jamás se ha impuesto ninguna distancia á las plantaciones de árboles; que el uso constante ha sido, al contrario, plantar hasta el límite extremo de los jardines, salvo el acomodar las plantaciones si el vecino lo exige (1). Otra sentencia dice que la distancia de tres pies ha sido consagrada por el uso constante y reconocido para la ciudad de París (2). La doctrina es tan incierta como la jurisprudencia. Demolombe dice muy bien que el art. 671, al no permitir que se planten los árboles sino á la distancia prescrita por los reglamentos ó los usos, implica que habrá siempre una distancia, ésta puede ser mayor ó menor que la determinada por el código civil á falta de reglamentos y usos; pero es preciso que haya una distancia cualquiera, porque si no la hay, la invasión será inevitable, y en consecuencia, se violará el derecho de propiedad. Después de haber establecido este principio, Demolombe lo deroga para las ciudades (3). Si como nosotros lo creemos, la distancia de las fincas rústicas y urbanas está rechazada por la ley, y si ésta exige que haya siempre una distancia, debe resolverse, y sin ninguna vacilación, que si no hay uso que prescriba una distancia, el art. 671 debe aplicarse, y que, por consiguiente, las plantaciones no podrán hacerse sino á la distancia legal de dos metros ó de medio metro. No se permite al intérprete que distinga en los casos en que la ley no lo

1 París, 27 de Agosto de 1858 (Daloz, 1861, 5, 449).

2 París, 17 de Febrero de 1862 (Daloz, 1862, 2, 96).

3 Demolombe, t: 11, p. 353, núm. 493. Aubry y Rau, t. 2º, p. 211, nota 2 y p. 213, nota 11. Una sentencia de Bourges, de 29 de Agosto de 1826, decide que el art. 671 ha mantenido todos los usos, aun los que no prescriben ninguna distancia (Daloz, *Servidumbre*, número 639).

hace, cuando la distinción tiene por resultado una consecuencia contraria á los principios; y en el caso de que se trata, la distinción restringiría el derecho de propiedad de uno de los vecinos en provecho del otro. La ley habría podido hacerlo, y digamos más, habría debido exceptuar á las ciudades. Como lo expresa muy bien la corte de París en la sentencia de 1858, las plantaciones en el interior de las grandes ciudades serían imposibles, y cada día lo serían más, si debieran observarse las distancias prescritas por el art. 671; ahora bien, las plantaciones no son únicamente asunto de solaz, sino que interesan á la salubridad. Pero tales consideraciones son para el legislador

La cuestión que estamos debatiendo presenta aun otra dificultad. ¿Debe aplicarse el art. 671 á los terrenos cercados de paredes? Si hay usos que modifiquen la ley, déjase entender que deben aplicarse. Desgodets dice que existe en París un uso que permite hacer plantaciones á tres piés de distancia en las heredades cercadas de paredes (1). Pero si no hay uso contrario, quedamos dentro de los términos de la ley. Esta no distingue entre las heredades cercadas y las que no lo están. Es verdad que el hecho es contrario, pero el hecho es de tolerancia, y ésta no da ningún derecho. Se han propuesto distinguir si los árboles se elevan ó nó por encima de la pared que separa los dos fundos; distinción muy racional, pero que hay que rechazar supuesto que la ley no la consagra (2).

Nuestra conclusión es que el art. 671 no permite que se admita una excepción respecto á las ciudades. Esto es de derecho estricto. Las relaciones de buena vecindad lo mo-

1 Desgodets, "Ley de los edificios," núm. 23. Sentencia de París, de 2 de Diciembre de 1820 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 635).

2 Sebire y Oateret, "Enciclopedia de derecho," en la palabra *árboles* núm. 9. En sentido contrario, Demolombe, t. 11, p. 548, número 486.

difican. Convendría, á nuestro parecer, que la tolerancia introducida por el uso fuese consagrada por la ley á título de servidumbre legal. El rigor del derecho es incompatible con las relaciones que la vecindad cria en las ciudades, y es importante que el derecho se ponga de acuerdo con la realidad de las cosas.

5. Las fincas rústicas pueden ser de naturaleza diversa; ¿hay que tener en cuenta la diferencia de cultivo? La corte de casación ha fallado "que el art. 671 extiende su protección á la heredad vecina, sean cuales fueren la naturaleza y el modo de goce, sin ninguna distinción." Esta distinción consagra los principios que acabamos de exponer. Se ha pretendido, y así se ha fallado, que el vecino no tenía el derecho de quejarse cuando no sufría ningún perjuicio. La verdad es que la disposición del art. 671 es una sanción del derecho de propiedad y ésta debe respetarse, haciendo abstracción de todo perjuicio. En el caso resuelto por la corte de casación, existía entre las dos heredades un camino rural de una anchura de dos metros; sosteníase que este camino era una dependencia de la heredad del demandante, con la simple afectación de una servidumbre de tránsito. Es evidente que si esto fuese así, los árboles plantados contra este camino no podían dañar el cultivo del demandante, supuesto que el terreno gravado con la servidumbre no puede cultivarse. Poco importa, dice la corte de casación; en efecto, el art. 671 no se funda en el perjuicio que puede resultar de las plantaciones: general y absoluto por sus términos, lo es también por su espíritu (1).

Esto resuelve la cuestión de saber si la disposición del art. 671 es aplicable á los bosques, cuando las dos here-

1 Sentencia de casación, de 25 de Marzo de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 174).

dades tienen arbolado ó cuando una sola lo tiene. Conforme á los principios establecidos por el código civil, la cuestión no es dudosa. Como lo expresa la corte de casación, los bosques están sujetos á todas las reglas del derecho común concernientes á la propiedad y á la vecindad. El art. 671 dispone de una manera general y no exceptúa al suelo forestal. No hay que distinguir si los bosques pertenecen al Estado, á las comunas ó á los particulares, porque los bosques forman parte del dominio privado del Estado y de las comunas, y este dominio permanece bajo el imperio del derecho común. En vano se ha opuesto el uso inmemorial de los propietarios de bosques de tener árboles en los lindes, sin que observen ninguna distancia, porque esto no es un uso en el sentido del art. 671. Sería, pues, preciso que hubiese una derogación del derecho común en las leyes especiales concernientes á los bosques y selvas. Ahora bien, en Francia las leyes forestales mantienen la disposición del art. 671 (1). Y lo mismo pasa con el código forestal belga (2). Hay, sin embargo, una dificultad que no está formalmente resuelta por las leyes forestales. Cuando las dos heredades tienen arbolados, se pretende que el art. 671 ya no es aplicable, porque, dicese, ya deja de haber motivos para que los árboles no puedan extenderse de una parte á la otra hasta la línea separativa de ambas heredades; el interés de dos vecinos es, al contrario, que sea así (3). Nosotros contestaremos, con la corte de casación, que la prohibición del art. 671 es absoluta, que para nada tiene en cuenta la naturaleza de las heredades, ni el perjuicio que puede resultar de la plan-

1 Ordenanza real de 1º de Agosto de 1827 (art. 175); Sentencia de Rennes, de 14 de Junio de 1838 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 636). Sentencias de denegada apelación, de 13 de Marzo de 1850 (Daloz, 1850, 1, 89), y de 28 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1854, 1, 233).

2 Véase el tomo 7º de esta obra, núm. 470.

3 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 207, núm. 306. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 2º, p. 212 y nota 7.

tación. La corte agrega que tampoco es cierto decir que una heredad de naturaleza boscosa no puede recibir ningún daño de una plantación de árboles de alto tronco á menos de dos metros de distancia (1).

6. ¿Cuál es la distancia legal? El art. 671 quiere á este respecto se observen los reglamentos particulares actualmente existentes, ó los usos constantes y reconocidos. ¿Por qué los autores del código civil, que se proponían establecer la unidad del derecho, han mantenido en esta materia los antiguos reglamentos y los usos? Porque la uniformidad era imposible; no sólo habría contrariado los hábitos locales que el legislador francés no ha respetado, sino que habría estado en oposición con el espíritu de la ley. ¿Qué es lo que ésta quiere? Que la distancia sea tal que las plantaciones no invadan la propiedad del vecino; esto depende de la extensión que tomen los setos y los árboles, y la extensión depende de la naturaleza del suelo y de las plantas; luego la distancia debe variar según las localidades. Por esto es que la costumbre de Orleans ordenaba que los setos se plantasen con espina blanca y no con espina negra, porque esta última especie extiende muy lejos sus raíces, lo que conduce á invadir la heredad vecina (2).

El código quiere que se observen los reglamentos actualmente existentes, luego no admite reglamentos posteriores al código y que deroguen el art. 671, y la razón es sencilla, porque los reglamentos introducirían un derecho nuevo, y no puede aceptarse que se derogue la ley. En cuanto á los usos deben ser *constantes y reconocidos*. ¿Quiere esto decir que deben comprobarse en el momento de la

1 Sentencia de casación, de 24 de Julio de 1860 (Daloz, 1860, 1, 320).

2 Pothier, "De la sociedad," núm. 242; Demolombe, t. 11, página 551, núm. 491. Berlie, Exposición de motivos, núm. 12 (Loché, tomo 4º, p. 181).

publicación del código civil? El art. 671 no dice tal cosa, y hasta habría sido contrario al espíritu de la ley el decirlo. En efecto, los usos son un derecho vivo, se modifican con los cambios que se operan en los hábitos en el cultivo, y por otro lado, es de principio que un uso se puede cambiar por otro nuevo, de lo que resulta un derecho necesariamente variable. Al decir que los usos deben ser constantes y reconocidos, el código no hace más que recordar las condiciones que se requieren para que haya uso: debe ser constante, porque es la expresión de la voluntad general: debe ser reconocido á título de derecho, á fin de que no se haga pasar por uso lo que no es más que simple tolerancia. Si hay contienda sobre la existencia del uso, el que lo alega deberá probarlo. La prueba podrá hacerse por testigos, esto se ha aceptado siempre, por la excelente razón de que casi no hay otra prueba posible, puesto que los usos locales relativos á un objeto determinado no se hacen constar por escrito (1).

7. La primera parte del art. 671 no remite á los reglamentos y usos sino á lo concerniente á los árboles de alto tallo, y no habla de los árboles pequeños ni de los setos vivos. Esto es un vicio de redacción, que no puede dar lugar á la menor duda, puesto que la segunda parte del artículo repite que á falta de reglamentos y de usos, la distancia la fija el código según las diversas plantaciones. Así, pues, la distancia legal no es aplicable sino cuando no hay reglamentos ni usos acerca de la materia (2). Nosotros ya dijimos, núm. 4, que los reglamentos y usos deben siempre aplicarse, sin distinguir si prescriben una distancia mayor ó menor que la que el código fija; pero que

1 Poitiers, 7 de Enero de 1834; Bourges, 16 de Noviembre de 1830; denegada, 31 de Marzo de 1835 (Daloz, *Servidumbre*, núms. 638-644.

2 Esta es la opinión general, salvo el disentiimiento de Solon (Aubry y Rau, t. 2º, p. 212, nota 9 y los autores que citan.

si el uso no prescribe ninguna distancia, debe observarse la determinada por el art. 671.

La distancia varía según que los árboles son de alto ó bajo tronco; los setos se asimilan con éstos últimos. Como la ley no enumera, ni define, los árboles de alto tronco, á los tribunales corresponde resolver, en caso de contienda, si un árbol es de alto ó bajo tronco. Desde el momento en que se reconoce que un árbol es de alto tronco, no puede plantarse sino á la distancia de dos metros, aun cuando á causa del régimen del propietario fuese poblado periódicamente y mantenido á la altura ordinaria á que llegan los árboles pequeños. Esta cuestión ha dado lugar á prolongados debates. Es el caso que en varias ocasiones se ha presentado ante la corte de casación, unos árboles de alto tronco se habían plantado á una distancia menor que la que fija el ar. 671; pero el propietario contrajo el compromiso de cortarlos luego que tuviesen cinco metros de altura. La corte de París se conformó con esta promesa, y resolvió que restringidas de esa manera, las plantaciones se consideraban como que no excedían la distancia legal. A recurso intentado, la sentencia fué casada, y debía serlo (1). En efecto, el código fija la distancia, no según la altura á que llegan los árboles, sino según su esencia; luego el juez no tiene que comprobar más que un punto de hecho: si el árbol es de alto tronco, deberá plantarse á la distancia legal, aun cuando su elevación no fuere más que de cinco metros. Sin duda que la distinción de los árboles de alto y bajo tronco implica que los primeros llegan á mayor altura que los segundos; pero la distancia no se determina conforme á la altura y esto es decisivo. En vano se dice que el vecino carece de interés, cuando en rea-

1 Sentencia de casación, de 5 de Marzo de 1850 (Daloz, 1850, 1, 78). Sentencia de casación, de 25 de Mayo de 1853 (Daloz, 1853, 1, 198).

lidad una encina no es más alta que un árbol de bajo tronco. Nuestra respuesta es la de siempre, que ésta no es cuestión de interés; por otra parte, las raíces de un árbol de alto tronco se extienden más lejos y hacen más mal que un arbusto, aun cuando se le podase. La corte de Amiens, se pronunció en el mismo sentido que la de París: la cuestión de saber si ciertos árboles son de alto tronco, dice la sentencia, debe resolverse, no por la esencia de los árboles, sino por el régimen á que están sometidos; ahora bien, los árboles, en el caso de que se trataba, se habían podado, y el compromiso contraído por el vecino garantizaba que se les conservaría la naturaleza de árboles tallares; luego los árboles entraban á la clase de los que el código llama de de bajo tronco. Verdad es que la equidad estaba en favor del propietario de los árboles, pero el derecho debía ser superior á la equidad. La ley es absoluta, y no se la puede derogar por ninguna consideración. La naturaleza es la que determina si un árbol es de alto tronco, y no el hombre. Si el legislador hubiera querido dejar al juez una cierta latitud en razón de la altura variable que los árboles pueden alcanzar, habría debido decirlo; porque esto es nada menos que una excepción á la regla que él establece, y una excepción exige una disposición expresa; en todo caso, no corresponde al juez establecerla. Esto es decisivo: la corte de casación, en tribunal pleno, mantuvo su jurisprudencia.

Puede haber una excepción en virtud de un reglamento interior al código ó de un uso constante y reconocido. En otros casos se invocó un uso contrario ante la corte de casación, y ésta resolvió que el uso no existía (1). La decisión nos parece demasiado rigurosa para uno de estos ca-

1 Sentencia de casación, de 12 de Febrero de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 120). La sentencia dice que el pretendido uso no es más que un acto de tolerancia. ¿Pero una tolerancia general é inmemorial no constituye un uso?

sos. Producíanse testimonios librados por los alcaldes de un gran número de comunas, que decían que era de uso *constante y reconocido* en todo tiempo en sus localidades que los árboles mantenidos en corte, al ras del suelo y puestos en cortes arreglados de tres, cuatro y cinco años tales como las encinas, olmos, arces, acacias, fresnos y álamos se habían plantado siempre á una distancia menor de dos metros; que la distancia de dos metros no se observaba sino cuando se dejaban crecer dichos árboles al aire libre, lo que entonces los volvería de alto tronco. La corte de casación desechó tales usos, porque, según ella, *estribaban*, no en la distancia, como lo quiere el art. 671, sino en la distinción entre los árboles de alto y bajo tronco; y acerca de este punto, el legislador no se ha referido á los reglamentos particulares ni á los antiguos usos (1). Aquí, según creemos, hay un exceso de rigor, porque la corte se ha apoderado de los términos en los cuales estaban redactados los testimonios. Si los alcaldes hubiesen hecho constar que era de uso plantar á una menor distancia los árboles de alto tronco considerados como tallares, difícil habría sido aceptar el uso. De que pareciera que los alcaldes habían dicho que los árboles de alto tronco, destinados al corte, se volvían árboles de bajo tronco, ¿podía inferirse que el uso estribaba, no en la distancia, sino en la esencia del árbol? (2).

Se ha suscitado otra duda que no es seria. Si en un seto se encuentra un árbol de alto tronco ¿deberá considerársele como arbusto, si se le poda y mantiene á la misma altura que el seto? A penas si puede plantearse la cuestión. ¿Acaso un árbol de alto tronco deja de serlo porque se le plante en un seto? El sitio no es lo que determina

1 Sentencia de denegada apelación, de 9 de Marzo de 1853 (Daloz, 1853, 1, 261).

2 Véase la crítica del comentador (Daloz 1853, p. 200 y nota, la cual nos parece muy fundada.

la distancia á la que debe plantarse, sino la esencia del árbol.

8. ¿Cómo se mide la distancia? ¿partiendo del corazón del árbol ó de su superficie exterior? Debe resolverse la cuestión en el primer sentido; en efecto, la distancia debe ser invariable, y variaría si se calculara desde la superficie exterior del árbol, según que éste fuere más ó menos grueso al ser plantado, lo que es inadmisibile. Luego debe haber entre el corazón del árbol y la línea separativa de las dos heredades una distancia de dos metros ó de medio metro. Si los dos predios están separados por un cercado medianero, tendrá que suponerse que la línea de separación está en medio de la pared, de la zanja ó del seto. Si existe un camino público entre las dos heredades, se comprende el ancho del camino en la distancia. Si fuere una corriente natural de agua, habría que comprenderla, en la opinión general que admite que esas corrientes á nadie pertenecen. En nuestra opinión, debe aplicarse la ficción que se sigue para la medianería, es decir, que la propiedad de los ribereños se reputa que se extiende hasta el medio del río (1).

*Núm. 2. Sanción. Prescripción.*

9. Conforme á los términos del art. 672, "el vecino puede exigir que se arranquen los árboles y setos plantados á menos distancia." Al actor tócale probar que no se ha observado la distancia legal. En el caso de que ya hemos hablado, y que dió margen á largos debates los peritos habían comprobado que uno de los mohones estaba inclinado hacia la propiedad del vecino, de modo que cambiaba el vértice del ángulo en unos diez y seis centímetros. Si ese mohon, dice la corte de Amiens, estuviere derecho, los

1 Véanse las diversas opiniones en Aubry y Rau, t. 2º, ps. 213 y siguientes, notas 13-15.

árboles podrían estar muy bien a la distancia requerida por la ley. Ahora bien, al demandante corresponde probar de una manera precisa que se ha excedido la distancia; él no rendía tal prueba, luego su demanda no era aceptable (1).

En el mismo negocio, el demandado sostuvo que como ciertos árboles de alto tronco no se salían de la distancia legal sino en uno á diez centímetros, esta ligera diferencia no causaba ningún perjuicio al vecino, que por lo tanto, no podía promover, por falta de interés. La corte de París acogió esta defensa, pero su sentencia fué casada. Esto no es más que la confirmación de la doctrina que hemos enseñado en esta materia. Si como algunas veces lo ha dicho la corte de casación, la distancia préscrita por el código no tuviese más razón de ser que el perjuicio que el vecino experimente cuando las plantaciones pasan esa distancia, ella habría denegado el recurso, cuando la sentencia de la corte de apelación comprobaba que no había ningún perjuicio. Ella la casó porque el art. 672 da al vecino el derecho absoluto de mandar arrancar los árboles, sin imponerle la obligación de justificar ningún daño (2). Así, pues, esta no es una cuestión de perjuicio, porque aun cuando ninguno hubiere, los árboles deberían arrancarse, porque su plantación viola el derecho de propiedad del vecino (3).

10. ¿Quién puede intentar la acción abierta por el artículo 672? La ley dice: *el vecino* puede exigir que se arranquen los árboles. ¿Quiere decir esto que todo detentor del

1 Amiens, 5 de Diciembre de 1850 (Daloz, 1853, 1, 342).

2 Sentencia de casación, de 5 de Marzo de 1850 (Daloz, 1850, 1, 78). La doctrina está en el mismo sentido, Demolombe, t. 11, página 556, núm. 498. Aubry y Rau, t. 2º, p. 214 y nota 16.

3 Sentencia de casación, de 2 de Julio de 1867 (Daloz, 1867, 1, 280).

predio tiene el derecho de promover? Al decir *el vecino*, la ley da á entender que el vecino es propietario, ó por lo menos que tiene un derecho real en el predio que le da interés y derecho de promover. Tal es el usufructuario. Se ha pretendido que teniendo únicamente el goce, él no podía pedir más que una indemnización de goce. La corte de casación ha resuelto que el usufructuario tiene calidad para promover, puesto que disfruta de los derechos de servidumbre como el propietario mismo (1). Legalmente, puede considerarse la distancia prescrita por el artículo 671 como una servidumbre, puesto que el código habla de ella en el capítulo de las *Servidumbres* legales. A decir verdad, es una sanción del derecho de propiedad. La cuestión consiste, pues, en saber si el usufructuario puede intentar las acciones reales. Nosotros la hemos examinado en otra parte de esta obra, y la hemos resuelto en favor del usufructuario (2). Siguese de aquí que el arrendatario no puede formular la acción establecida por el artículo 672, porque no tiene derecho á intentar las acciones que nacen de la propiedad. El arrendatario debe dirigirse al arrendador.

11. ¿Puede el vecino pedir que se arranquen los árboles cuando éstos existen desde hace treinta años? Toda acción se extingue por la prescripción trentenaria; luego está fuera de duda que el vecino ya no puede promover después de treinta años. Pero hay grandes dificultades en la naturaleza y los efectos de esta prescripción. ¿Es una prescripción adquisitiva á favor del que ha plantado los árboles á menor distancia? ¿es una prescripción extintiva contra el que no ha promovido en el transcurso de treinta años? Y si es una prescripción adquisitiva ¿qué es lo que el propietario adquiere con esta prescripción?

1. Misma sentencia, 5 de Marzo de 1850 (p. 17, nota 2).

2 Véase el t. 6º de esta obra, núms. 364 y siguientes.

¿es únicamente el derecho de conservar los árboles que ha plantado? ¿ó ha adquirido el derecho de plantar á una distancia menor que la distancia legal? Todas estas cuestiones, así como otras muchas que con ellas se relacionan, están controvertidas, y hay alguna duda. Los autores están divididos respecto al principio, así como la jurisprudencia. Así, pues, antes que todo, precisa establecer el principio.

Acabamos de decir que la corte de casación califica de servidumbre la disposición del art. 671 que prohíbe al propietario de una heredad plantar á una distancia demasiado cercana á la heredad vecina. Esta opinión tiene á su favor la terminología del código, así como la clasificación que éste sigue: el art. 671 se encuentra en el título de las "Servidumbres," y la prohibición que establece se clasifica entre las servidumbres legales. Luego el que planta sin observar la distancia legal se emancipa de una servidumbre, y por lo tanto, la prescripción es extintiva. ¿Esta manera de considerar las servidumbres se funda en principios? ¿es la verdadera teoría del código? Nosotros nos hemos encontrado ya con la dificultad, y hemos enseñado, con la jurisprudencia de nuestra corte de casación, que las servidumbres legales, lejos de ser servidumbres son el estado natural de la propiedad en la sociedad civil (1). Volveremos á ocuparnos de la controversia, al tratar de las luces y vistas, porque allí está el asiento de la dificultad y el principal interés del debate. Por de pronto, sostenemos el principio tal como lo hemos dejado establecido. No siendo servidumbres resulta que el art. 671 no crea una á cargo de las heredades cuyos propietarios quieren hacer plantaciones; si ellos no pueden plantar sino á cierta distancia de la heredad del vecino, es porque al hacerlo más cerca

1 Véase el t 7° de esta obra, núms. 473-477.

invadirían la propiedad de éste. Luego el que planta á la distancia legal no hace más que ejercitar su derecho de propiedad, con la limitación que le es inherente, puesto que nadie puede usar de su derecho atentando al derecho ageno. ¿Qué es, pues, lo que hace al plantar sin observar la distancia legal? Impone una restricción á la propiedad de su vecino; si éste permite dicha restricción durante treinta años, su heredad queda gravada con una servidumbre. Luego hay prescripción adquisitiva si los árboles permanecen durante treinta años sin que el vecino pida que se arranquen.

Siendo adquisitiva la prescripción, la posesión es su base. Siguéase de aquí que la posesión debe reunir los caracteres enumerados por el art. 2229: debe ser continua, pública, inequívoca, á título de propiedad. La corte de Amiens ha hecho, según creemos, una justa aplicación de estos principios, decidiendo que la posesión no es suficiente para la prescripción, por todo el tiempo que el árbol plantado en un vallado no sobresalga de éste. En efecto, el vecino no puede ver el árbol por todo el tiempo en que se confunde con el vallado; por más que el árbol exista realmente, no siendo pública su posesión, no podría haber prescripción. La prescripción no comenzará á correr sino cuando el árbol haya sobresalido del vallado y la posesión se haya hecho pública (1).

12. ¿Cuándo comienza á correr la prescripción? Desde el día de la plantación. Esta es una consecuencia evidente del principio que aceptamos en cuanto á la naturaleza de la prescripción. El propietario quiere adquirir una servidumbre á cargo de la heredad vecina, y comienza á prescribir desde el momento en que verifica un acto de posesión; es así que al plantar usurpa el derecho de su vecino,

1 Amiens, 21 de Diciembre de 1821, (Dalloz, *Servidumbre*, número 641; Demolombe, t. 11, p. 558, núm. 500).

luego posee. En vano se dice que al hacer la plantación no provoca ésta la atención del propietario en cuyo predio se ejerce un derecho, y que hay que esperar á que la planta llegue á ser árbol (1); en la naturaleza de la planta está el crecer incesantemente, y desde el momento en que la bellota se asoma en el suelo, anuncia la futura encina (2). Sin embargo, se debe conciliar este principio con el de la publicidad, como acabamos de decirlo núm. (11.)

El principio es incontestable, pero la aplicación tiene sus dificultades. Si se trata de árboles forestales, ¿corre la prescripción desde el día en que el árbol brota del suelo, ó desde el día en que se reserva como resalvo, al operarse la corta de los tallares? Esta última opinión ha sido sostenida ante los tribunales, y si se tratara de hacer la ley, se podría defender aquélla diciendo que como el bosque tallar se destina á cortarse, el árbol sólo tiene una existencia temporal, y que por lo tanto, el vecino carece de derecho y de interés. Se contesta, y es perentoria la respuesta, que ésta no es una cuestión de interés; en cuanto al derecho, existe desde el día en que el árbol asoma á la superficie del suelo; cualquier otro momento sería arbitrario y las disposiciones arbitrarias sólo pueden emanar del legislador. Esta decisión se funda también en la razón. La prescripción empieza desde el momento en que la acción es posible, y el vecino puede promover el mismo día en que la cepa, producto natural del suelo, aparece á flor de tierra, y no solamente desde el día en que el árbol producido se reserva en una explotación; luego puede reprocharse al vecino que haya guardado silencio, cuando sabía que los vastagos tiernos habían de desarrollarse sucesivamente hasta constituir árboles de alto tronco; el silencio que

1 En sentido contrario, Bourges, 16 de Marzo de 1830, (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 638).

2 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 2º, p. 214, notas 17 y 1

guarda por espacio de treinta años, á pesar de los inconvenientes progresivos que le ocasionaban los vástagos al crecer, debe hacer que se suponga que él renunció al derecho que tiene de mandar arrancar los árboles; y esto es la base de la prescripción (1).

Se ha pretendido, en sentido contrario, que si se trata de árboles que han crecido lejos de viejas cepas que se han quedado en el suelo, la prescripción se remonta á la existencia de estas cepas, de donde se seguiría que los árboles no podrían arrancarse por más que tuviesen menos de treinta años. La corte de Montpellier había aceptado estas pretensiones (2). Tratábase, en el caso, de cepas; el árbol que de ellas proviene, decíase, es siempre el mismo árbol que se renueva por todo el tiempo que subsiste la cepa; luego la cepa es lo que constituye la plantación en el sentido legal de la expresión. En esto está el error. Los árboles, retoños de las antiguas cepas, constituyen árboles nuevos (3); el antiguo árbol ha sido cortado, luego ha cesado de existir, y es una pura ficción decir que un árbol cortado existe todavía en el renuevo que producen las raíces; y una ficción sólo la ley puede creerla. Esto es también conforme á la razón: como lo expresa muy bien la corte de casación, los renuevos casi nunca están en el sitio exacto de los árboles antiguos, pueden ser mucho más numerosos, y con mucha frecuencia están más cerca de la propiedad vecina; luego constituyen un hecho nuevo á cargo de la heredad contigua, y en consecuencia, el propietario tiene el derecho de hacerlos desaparecer; no es la cepa recartada á flor de tierra lo que le estorba, sino el

1 Sentencia de casación, de 13 de Marzo de 1850 (Daloz, 1850, 1, 89).

2 Sentencia de Montpellier, de 1º de Mayo de 1860, casada por sentencia de 25 de Marzo de 1862 (Daloz, 1862, 1, 174).

3 Sentencia de denegada apelación, de 22 de Octubre de 1857 (Daloz, 1858, 1, 59).

árbol (1). La corte agrega que estos tiernos árboles, aunque menos dañosos para la propiedad vecina, porque dan menos sombra y humedad que los árboles grandes que reemplazan, son en realidad más comprometedores por las invasiones sucesivas con que amenazan (2). La jurisprudencia es constante en este sentido.

13. ¿Cuál es el efecto de la prescripción? Hay una gran incertidumbre acerca de este punto en la doctrina, lo cual depende de la ausencia de principios sólidos acerca de la naturaleza de esta prescripción. ¿Esta adquisitiva ó extintiva? Si es adquisitiva, ¿qué es lo que con ella se adquiere? Desde luego descartamos la opinión que considera la distancia prescrita para las plantaciones como una servidumbre, y que infiere que la prescripción es liberatoria, en el sentido de que el propietario que planta á una distancia menor que la establecida por la ley, por los reglamentos ó por los usos, libra á su predio de la servidumbre que lo grava, de suerte que después de treinta años queda libre para plantar lo que quiera y en donde quiera, sin observar ninguna distancia. Esta opinión, sostenida por varios autores, (3) no ha hallado favor en la jurisprudencia. Aunque muchas sentencias, aun de la corte de casación, mantienen la calificación de servidumbre que el código da á la prohibición establecida en el artículo 671, no aceptan la consecuencia que emana de esta teoría. Esto es muy ilógico. ¿Pero qué uso importa? Nosotros rechazamos el principio tanto como la consecuencia. Supuesto que la prescripción es adquisitiva, á nuestro juicio, hay que colocarse en este terreno, y examinar lo que

1 Sentencia de denegada apelación, de 24 de Mayo de 1864 (Daloz, 1864, 1, 229).

2 Sentencia de denegada apelación, de 31 de Julio de 1865 (Daloz, 1865, 1, 350).

3 Taulier, "Teoría del código civil," t. 2°, p. 462. Véase, en sentido contrario, Douai, 14 de Abril de 1845 (Daloz, 1845, 2, 94).

el propietario adquiere cuando ha poseído durante treinta años árboles plantados sin observar las distancias legales.

Hay un punto en el cual todos están de acuerdo: y es que los árboles que existen hace treinta años, á una distancia menor que la legal, no pueden arrancarse. Esto, en efecto, es lo menos que el propietario de las plantaciones haya podido adquirir por la prescripción; si no hubiese adquirido el derecho de mantener los árboles que ha plantado, nada absolutamente habría adquirido; lo que sería negar la prescripción, y esta la aceptan generalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia (1). ¿No debe irse más lejos y decir que el propietario ha adquirido el derecho de plantar árboles á una distancia menor que la legal, en el sentido al menos de que puede derribar los árboles existentes y reemplazarlos por plantas tiernas? Tal es, á nuestro juicio, el efecto de la prescripción, pero tenemos en contra la jurisprudencia y la mayor parte de los autores. Esto equivale á decir que la cuestión es dudosa. Expondremos nuestras razones, y procuraremos contestar las que se aduzcan á favor de la opinión contraria.

¿Por qué no se puede plantar sino á cierta distancia de la heredad vecina? Porque se invadiría su propiedad. Luego cuando se planta sobre la línea divisoria que separa las dos heredades, se restringe el derecho de propiedad del vecino, y tal restricción se torna servidumbre si subsiste durante treinta años. Luego después de una posesión trentenaria, se ha adquirido el derecho de tener árboles á una distancia menor que la distancia legal. Hemos dicho "árboles" porque está en la naturaleza de las plantaciones el ser renovadas; el que planta árboles manifiesta la

1 Sentencias de denegada apelación, de 9 de Junio de 1825, y 29 de Junio de 1832, y 25 de Mayo de 1842 (Dalloz, *Servidumbre*, número 653, 1.º, 2.º y 3.º).

intención de tener una plantación y de mantenerla; ahora bien, los árboles mueren, y es deber de un buen padre de familia no dejar que mueran, reemplazarlos, de suerte que la plantación se hace con un espíritu de perpetuidad. En consecuencia, el vecino que permanece treinta años sin exigir que los árboles se arranquen consiente tácitamente en que se mantenga la plantación á título de servidumbre, es decir, que se renueve, supuesto que tal es la ley de las plantaciones. Esto sirve de respuesta á una objeción ó á un motivo que se da en favor de la opinión contraria. Se dice que no es el derecho abstracto de plantar lo que se adquiere por medio de la prescripción, sino el derecho de tener tales árboles á una distancia menor que la legal; luego desde el momento en que se arrancan dichos árboles, cesa el efecto de la prescripción (1). La objeción no tiene en cuenta la naturaleza de las plantaciones, que es la de ser renovadas; y esto es tan cierto que los árboles se reproducen por sí mismos por siembra natural. La plantación que opera la mano del hombre imita la naturaleza, es y como ella perpetua. Luego no es un derecho abstracto lo que constituye el objeto de la prescripción, sino una cosa muy real, una plantación; pero ésta no es una cosa pasajera, sino perpetua, y entre todas las obras humanas, ninguna hay que tenga mayor duración; la naturaleza viene en ayuda de la debilidad del hombre, imprimiendo el carácter de perpetuidad á lo que éste hace.

Se da aun otra forma á esta objeción. Una antigua máxima dice que la prescripción no puede extenderse más allá de lo que se ha poseído, es decir, que los efectos de la prescripción se miden por la extensión de la posesión: "tantum praescriptum quantum possessum." Este argu-

1 Douai, 14 de Abril de 1845 (Daloz, 1845, 2, 94). Bourges, 8 de Diciembre de 1841 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 661, 1<sup>o</sup>).

mento es el que ha preocupado á la corte de casación. La posesión, dice ella, tiene únicamente efecto respecto á los árboles para los cuales se ha manifestado durante el tiempo y con las condiciones necesarias. De esto la corte infiere que, cuando los árboles antiguos se han arrancado ó han perecido de ancianidad, el derecho común sobre la servidumbre legal de distancia recobra su imperio; por consiguiente, el vecino puede pedir que se arranquen los árboles tiernos que no existen desde hace treinta años (1). Creemos que la corte ha hecho una falsa aplicación de la máxima "*tantum praescriptum quantum possessum*." El que posee vistas durante treinta años hacia la heredad contigua de su vecino adquiere por la prescripción una servidumbre de vista, pero la adquiere dentro de los límites de la posesión, y no puede abrir una tercera ventana cuando sólo dos ha poseído. En cuanto á éstas últimas, las puede conservar perpetuamente. Lo mismo sucede con las plantaciones; el que ha poseído durante treinta años cincuenta árboles, no puede plantar otros cincuenta; él ha prescrito, en verdad, el derecho de tener árboles á una distancia menor que la legal, pero lo ha prescrito dentro de los límites de su posesión. Dentro de estos límites, su derecho es perpetuo, y puede mantener perpetuamente su plantación de cincuenta árboles. Pero los árboles mueren ó tienen que cortarse en virtud de cierto régimen: la plantación considerada de esta manera es lo que ha constituido el objeto de la posesión, luego puede decirse que el propietario de los árboles no prescribe realmente sino lo que ha poseído.

Se niega la analogía que nosotros establecemos entre las plantaciones y las vistas. A nuestro juicio, ella es decisiva.

1 Sentencias de denegada apelación, de 28 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1854, 1, 223), de 2 de Diciembre de 1857 (Daloz, 1858, 1, 59), de 31 de Julio de 1865 (Daloz, 1865, 1, 350). Compárese, Demolombe, t: 11, p. 560, núm. 501, y los autores que él cita.

va en todos conceptos. Las cosas se deben también renovar, porque perecen como otra cosa cualquiera. Si la casa que tenía un derecho de vista se derrumba por vieja ó es destruida ¿qué viene á ser el derecho de vista? El artículo 703 contesta que las servidumbres cesan cuando las cosas se hallan en tal estado que ya no pueden usarse; pero el art. 704 agrega que reviven si las cosas se restablecen de manera que puedan volverse á usar. Así es que la servidumbre de vista revivirá si se reconstruyen las ventanas. ¿Por qué no ha de ser lo mismo con el derecho de tener árboles á una distancia menor que la legal, cuando se renuevan los árboles? A este respecto se hacen las más singulares distinciones. El derecho de tener vistas, dice la corte de Bourges, es por su naturaleza continuo y aparente; luego reúne los dos requisitos para la prescripción de las servidumbres, y una vez que se adquiere ya no puede perderse; mientras que el hecho de tener árboles, sin observar distancias legales, exige el hecho actual del hombre, y constituiría, en consecuencia, una servidumbre discontinua (1). En verdad que esto nada tiene de serio. ¿Por ventura no se necesitan actos del hombre para construir y reconstruir una cosa? ¿no se hacen las plantaciones con un espíritu de perpetuidad lo mismo que los edificios? ¿acaso la servidumbre no se ejerce por sí misma en el sentido de que consiste en tener y conservar árboles sin observar distancia? Los autores agregan á estas distinciones sutilezas igualmente inadmisibles. La casa, dicen ellos, se reconstruye en condiciones semejantes á las de la casa demolida; luego puede considerarse como que siempre es la misma, mientras que los árboles nuevos necesariamente son diferentes de los árboles antiguos á los que reemplazan, pueden tener más vigor y llegar á ser más

1 Bourges, 8 de Diciembre de 1841 (Dalloz, *Servidumbre*, número 661, 1°).

perjudiciales (1). Hay que preguntar ¿si es un árbol que tiene tal ó cual vigor el que se ha prescrito? ¿ó un árbol de tal esencia, de alto ó bajo tronco? La vista seguirá siendo idéntica si las ventanas tienen la misma altura y el mismo ancho, por más que el nuevo vidrio sea más claro, y por lo tanto, la servidumbre más onerosa. Lo mismo sucederá con los árboles, serán los mismos si son de la misma esencia, aunque uno se ponga vigoroso y el otro permanezca endeble.

El art. 665 viene en apoyo de nuestra doctrina: cuando se reconstruye una pared medianera ó una casa las servidumbres activas y pasivas continúan respecto de la nueva pared ó de la nueva casa. Esta disposición es general, y se aplica á todo género de servidumbres, así es que se la puede invocar por analogía cuando se trata del derecho de plantación. Esta es también una razón decisiva que no logran contestar las sentencias. La corte de casación de Bélgica dice que el art. 665 establece un derecho excepcional (2). Este es un descuido que se ha escapado á nuestra magistratura suprema; tan no es una excepción la disposición, que se ha dicho que es inútil, supuesto que no hace más que aplicar el principio general establecido por el art. 704. Hallamos el mismo error en una sentencia de la corte de Tolosa (3), la cual se prevale de que el principio no recibe aplicación en materia de usufructo. ¿Y qué importa? Se trata no de usufructo, sino de servidumbres reales, y el art. 704 es tan esplicito, que nos parece inútil insistir.

Los arts. 665 y 704 contestan aún á otra objeción que

1 Duranton, t. 5º, p. 430, núm. 491. Demolombe, t. 11, p. 561, número 501.

2 Sentencia de denegada apelación, de 18 de Junio de 1846 (*Pasicrisia* 1847, 1, 112).

3 Tolosa, 1º de Marzo de 1855 (*DaLoz*, 1855, 2, 330).

se encuentra en las mismas sentencias (1). La liberación de los predios es favorable, dicese, y la prescripción es de estricta interpretación; dos argumentos que conducen á la misma consecuencia, á saber, que una vez cortados los árboles no pueden reemplazarse con una nueva plantación. Sin duda que la libertad de los predios es favorable; lo que no impide que la ley favorezca las servidumbres, hasta el punto de que las hace revivir, según la expresión del art. 704. Si todas las servidumbres reviven ¿por qué ha de ser de otra manera respecto de las plantaciones? Se necesitaría una excepción del art. 704, y esta excepción no existe. La argumentación que se nos opone se vuelve, pues, contra la opinión que estamos combatiendo: crea realmente una excepción sin texto y sin motivos suficientes tomados de la naturaleza misma de la servidumbre (2).

Debemos agregar que la opinión contraria no solamente está consagrada por la jurisprudencia, sino que ha recibido una especie de sanción legislativa. En Francia, la ordenanza reglamentaria del código forestal (1.º Agosto de 1827) establece que: "las plantaciones ó reservas destinadas á reemplazar los árboles actuales de lindero se efectuarán atrás de la línea de demarcación de los bosques, á la distancia prescrita por el art. 671 del código civil," artículo 176. Esto no impide que la cuestión permanezca intacta bajo el punto de vista del derecho privado, pero esa es una autoridad en favor de la opinión general.

14. Hay, además, alguna dificultad concerniente al destino del padre de familia. En la teoría del código civil, este destino equivale á título respecto á las servidumbres continuas y aparentes, es decir, que estas servidumbres se

1 Compárese, Rennes, 19 de Junio de 1838 (Daloz, *Servidumbre*, número 636.

2 Véanse las fuentes en Aubry y Rau, t. 2º, pág. 215, nota 20. El único autor que parece pronunciarse en pró de la opinión que hemos sostenido es Mourlon, tít. I, pág. 788, nota.

adquieren por destino del padre de familia. Se pregunta si el derecho de mantener los árboles á una distancia menor que la legal, puede establecerse por destino. La decisión depende de la opinión que se adopte acerca de la naturaleza de ese derecho. Si se considera la prohibición de plantar como una servidumbre de la que se libra al predio por la prescripción de treinta años, debe rechazarse el destino del padre de familia; en efecto, el destino no es un modo de extinción de las servidumbres, sino un modo de adquirir las servidumbres continuas y aparentes (1). Según nuestra opinión la cuestión no es dudosa. La prohibición de plantar, establecida por el art. 671 no es una servidumbre, sino una de esas restricciones que la propiedad recibe en el estado de sociedad, es decir, una condición general de la propiedad. Se puede por prescripción adquirir el derecho de mantener los árboles plantados á una distancia menor que la legal; luego con mayor razón se puede adquirir este derecho por título. Puesto que se trata de adquirir una servidumbre en el predio del vecino, hay lugar á aplicar el art. 692, porque la servidumbre es continua y aparente. Esta doctrina ya era adoptada en el antiguo derecho. lo que implica que no se consideraba como servidumbre la prohibición de plantar (2). Se halla también consagrada por la jurisprudencia bajo el imperio del código Napoleón, lo que lógicamente conduce á la opinión que hemos enseñado acerca del carácter de las servidumbres llamadas legales (3).

Distinta es la cuestión de saber si el derecho de reemplazar árboles plantados á una distancia menor que la le-

1 Hay un fallo en este sentido del tribunal de Beaune, 3 de Julio de 1851 (Daloz, 1854, 1, 233).

2 Rennes, 3 de Julio de 1813 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 659).

3 Bastia, 3 de Marzo de 1856 (Daloz, 1856, 2, 85); París, 15 de Junio de 1865 (Daloz, 1865, 2, 199). Aubry y Rau, t. 2º, pág. 216, nota 22.

gal puede adquirirse por el destino del padre de familia. En la opinión general, se admite que el título sólo puede establecer ese derecho (1). Si se puede adquirir este derecho por título, ¿por qué no por destino, supuesto que el destino equivale á título respecto á las servidumbres continuas y aparentes? A decir verdad, ésta es una convención tácita y ¿por qué ésta no había de tener el mismo efecto que una expresa? En vano buscamos una razón jurídica para esta diferencia. En una sentencia de la corte de casación se lee que el art. 692, aun aplicándolo á la liberación tanto como á la adquisición de ciertas servidumbres, tendría únicamente por efecto, dar al adquirente el derecho de conservar los árboles existentes á la distancia prohibida, á la hora de la separación de los predios primitivamente reunidos en manos del padre de familia que de ellos ha dispuesto; pero que este derecho no podría extenderse á los árboles plantados, sembrados ó crecidos desde aquella época (2). La corte de casación no resuelve sino por hipótesis. En su opinión, acerca de la naturaleza de la servidumbres legales, ella no debía vacilar. Supuesto que la prohibición del art. 671 es una servidumbre, se trata de librar al fundo de una servidumbre; ahora bien, el código civil no coloca el destino del padre de familia entre las causas de extinción de las servidumbres; luego era rechazarlo de una manera absoluta, en lugar de admitirlo hipotéticamente. Pero una sola vez que se le acepta, equivale á título, constituye un título, y ¿por qué éste título no había de poder dar el derecho de renovar las plantaciones? Tales la verdadera dificultad, y la corte la resuelve por una simple afirmación: pero afirmar no es probar. El

1 Véanse las autoridades citadas en Aubry y Rau, tomo 2º, página 216, nota 22.

2 Sentencia de denegada apelación, de 28 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1854, 1, 233).

destino implica una idea de perpetuidad; luego cuando el padre de familia planta, es con la voluntad de mantener sus plantaciones, y sólo se pueden mantener renovándolas. Luego hay plantación con intención de reemplazar los árboles: éste es decisivo.

*Núm. 3. Derecho del vecino en cuanto a las ramas y las raíces.*

15. El árbol puede invadir el predio del vecino cuando el tronco, las ramas ó las raíces se extienden hasta aquél. Según los términos del art. 672, aquél sobre cuya heredad se adelantan las ramas puede obligar al vecino á que las corte; si son raíces, tiene derecho á cortarlas él mismo. En cuanto al tronco del árbol, puede exigir que se arranque, si no está plantado á la distancia legal. Luego si el árbol se ha plantado á la distancia legal, no se le puede arrancar, aun cuando se extendiese por el predio del vecino. En efecto, la plantación en este caso es un hecho legal, y los actos en consonancia con la ley deben mantenerse. La ley ha tenido en cuenta el crecimiento que pueden alcanzar los árboles, y precisamente para impedir que invadan el predio del vecino es por lo que el art. 671 prescribe la distancia á la que pueden plantarse. Si, á pesar de haber observado esta distancia, los árboles se adelantan á la heredad contigua, éste es un suceso extraordinario, una especie de caso fortuito que cae sobre el propietario del predio, y del cual deja de ser responsable el plantador (1).

¿Por qué el código no da al vecino el derecho de cortar él mismo las ramas, así como tiene el de cortar las raíces? Conforme al rigor de los principios, debería tener ese derecho, porque, siendo propietario del suelo, lo es de lo que está encima ó debajo de éste, y puede destruir todo lo

1 Duranton, t. V, pág. 423, núm. 388.

que, encima ó debajo, estorba y viola su derecho absoluto de propiedad. La ley sanciona este derecho en cuanto á las raíces, y lo deroga en cuanto á las ramas. Esta es una de esas restricciones que los intereses de buena vecindad imponen á la propiedad. Si se hubiera permitido al vecino que cortase él mismo las ramas, habría podido por imprudencia ó por malicia degradar el árbol y hasta destruirlo. Este riesgo es de temerse menos respecto á las raíces. Por otra parte, la abstención se comprende en cuanto á las ramas, pero no se concibe en cuanto á las raíces; no se podía prohibir al propietario del suelo que lo cultivase.

16. ¿El art. 672 se aplica á los bosques? Bajo el imperio del código civil, la administración forestal ha sostenido vivamente la negativa, invocando el interés de la conservación de las selvas. Sus pretensiones fueron rechazadas por la jurisprudencia, y á fe que debían serlo. Siendo aplicable á los bosques el art. 671, la sanción establecida por el art. 672 debía también tener aplicación. No obstante, el código forestal, en cierta medida, satisface las exigencias de la administración, estableciendo que "los propietarios ribereños de bosques y selvas no podían prevalerse del art. 672 para la monda de los lindes de dichos bosques y selvas, si los árboles de esos lindes tenían más de treinta años, art. 150. Nuestro código forestal contiene una disposición análoga; pero mantiene el derecho común del código, al declarar aplicable el art. 672 á los árboles de los lindes de bosques y selvas (1). No se trata más que de bosques pertenecientes al Estado, á las comunas y á los establecimientos públicos. En cuanto á los bosques de los

1 Ley de 19 de Diciembre de 1854, art. 110, Duranton, t. 5º, página 432, núm. 393.

particulares, la aplicación del código civil no tiene duda alguna.

17 El art. 672, al dar al propietario del predio hacia el cual se adelantan las ramas, el derecho de mandarlas cortar, supone que el árbol se plantó á la distancia legal. Si se plantó á una distancia menor, el vecino tiene un derecho más ríguoso y puede exigir que se arranque el árbol; con mayor razón si consiente en mantenerlo, puede pedir que se corten las ramas. Así, pues, cuando la ley da al vecino el derecho de mandar cortar las ramas, supone que el árbol plantado á la distancia legal debe mantenerse, y en este caso permite que se repriman las usurpaciones. El código no es del todo lógico. Desde el momento en que el propietario plantador se ha ceñido á la ley observando las distancias legales, debería tener el derecho de mantener el árbol en toda su integridad; la ley reconoce su derecho y lo sanciona en lo concerniente al cuerpo del árbol, y lo deroga en cuanto á las ramas y raíces. No hay razón jurídica para esta diferencia. Esta es una de esas transacciones entre el derecho y la equidad que el legislador hace para no turbar las relaciones de buena vecindad, normándolas según el rigor del derecho (1).

18. Los árboles han sido plantados á una distancia menor que la legal, en virtud de un título del destino del padre de familia ó de la prescripción. Estos árboles extenderán casi siempre sus ramas hacia el predio del vecino; ¿éste puede exigir que se corten? La jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo, con excepción del disentimiento de Duranton, en reconocer este derecho al vecino. El derecho de plantar, dícese, nó debe confundirse con el derecho de hacer avanzar las ramas sobre el predio vecino; el propietario puede tener uno de estos derechos y no te-

1 Duranton, t. 1º, p. 437, núm. 397; Demolombe, t. 11, p. 570, número 506; Aubry y Rau, t. 2º, p. 216 y nota 23.

ner el otro. Lo que lo prueba, es que al plantar á la distancia legal usa de su derecho de propiedad; la plantación es el ejercicio de un derecho, y no obstante, él puede ser obligado á cortar las ramas que se adelantan hacia el predio del vecino. Pues bien, cuando él planta á una distancia menor, en virtud de un derecho cualquiera, la posición sigue siendo la misma, ejerce también el derecho de plantar, sólo que tiene la facultad de hacerlo á una distancia más cercana; pero este derecho de plantar no le confiere el de hacer adelantar las ramas hacia el predio del vecino; luego éste puede exigir que se corten (1).

Si el art. 672 fuese una disposición de principio, esta argumentación sería irreprochable. Pero acabamos de decir, núm. 17, que el art. 672 más bien deroga el rigor de los principios. El que tiene el derecho de plantar un árbol debería tener el de mantenerlo con todas sus ramas y todas sus raíces, ¿pues acaso puede haber un árbol sin raíces y sin ramas? La ley deroga el rigor de los principios por interés de la buena vecindad. Luego ésta es una excepción, lo que cambia la tesis. Una excepción no es extensible; el art. 672 norma las relaciones de las partes por todo el tiempo que los vecinos mismos no las han arreglado. Pero desde el momento en que hay título, destino del padre de familia ó prescripción, hay una manifestación de voluntad que cambia completamente la posición de las partes. En efecto, el art. 672 arregla el ejercicio del derecho de propiedad; mientras que el título, el destino ó la prescripción establecen una servidumbre á cargo de la heredad contigua. Luego la cuestión debe resolverse, ya no según el derecho común del art. 672, sino según los principios que rigen las servidumbres. Pues bien, según estos principios se llega á una consecuencia muy diferente.

1 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 2º, p. 216, nota 24.

El título da el derecho de plantar árboles á una distancia menor que la legal, y por lo mismo, confiere el derecho de conservar estos árboles con sus ramas y raíces. Tal es el derecho estricto, y el título nos pone en el terreno del derecho estricto: el art. 672 no tiene que ver en la cuestión. Luego el propietario que planta tiene el derecho de mantener el árbol en toda su integridad; se necesitaría una cláusula expresa para despojarlo de este derecho. En cuanto al vecino, no puede ya invocar el art. 672, puesto que ya no tiene el libre ejercicio de su propiedad, su predio está gravado con una servidumbre, y él debe soportar las consecuencias de esta servidumbre. Esto se funda también en la razón y en la equidad. Yo estipulo el derecho de tener árboles en el límite separativo de mi heredad. Claro es que desde el momento mismo en que se planten los árboles, extenderán sus ramas hacia el predio del vecino; ¿y vendrá éste á intimarme que las corte? Al cortarlas, yo degrado los árboles, los mutilo y haré que perezcan; ¿y es esto lo que yo deseaba al estipular el derecho de plantar?

Los principios son los mismos cuando el destino del padre de familia es lo que me da el derecho de mantener árboles á una distancia menor que la legal, porque el destino es un convenio tácito. Nada más que en este caso, es todavía más evidente que el padre de familia que ha plantado los árboles ha querido tener nó árboles mutilados, sino árboles completos, tales como la naturaleza los produce; él ha plantado dichos árboles con un espíritu de perpetuidad, luego deben ser conservados, después de la separación de los predios, con sus ramas; luego el vecino hacia cuya heredad se extienden las ramas no puede exigir que se corten.

Queda la prescripción. Aquí podría invocarse la vieja *máxima tantum præscriptum grantum possessum*. Y creemos

que sería infundadamente. La prescripción supone, en general al menos, la sentencia de un título antiguo que la parte interesada no puede probar. En este caso, es claro que la prescripción debe tener los mismos efectos que los títulos que ella implica; luego volvemos á entrar de hecho y de derecho en la primera hipótesis cuando no hay título, la prescripción supone una renuncia, luego un consentimiento de aquél contra el cual se prescribe. ¿Cuál es, en el caso de que se trata, el alcance de este consentimiento? Como es tácito, se puede siempre sostener que el propietario que consiente en que existan árboles en el límite de su predio no quiere dar á entender con esto que renuncie al derecho de mandar cortar las ramas. No obstante, semejante intención es poco probable, porque se halla en contradicción con la naturaleza de las cosas. Consentir en que haya árboles plantados tan cerca que inevitablemente sus ramas avanzarán hacia la heredad contigua ¿no es consentir en que se mantengan las ramas? El sentido común contesta que sí, y no debe ser que con él choque gratuitamente el derecho.

19. El derecho de conservar las ramas que avanzan hacia el predio del vecino puede adquirirse por título, y esto no tiene duda. Si los árboles se plantaron á la distancia legal, pero extienden sus ramas sobre la heredad contigua, el vecino tiene el derecho de exigir que se corten, pero puede también consentir en que se mantengan: ésta es una servidumbre que las partes pueden estipular libremente, supuesto que nada tiene de contrario al orden público. ¿Esta servidumbre puede también establecerse por destino del padre de familia? La cuestión es debatida, y nosotros no vacilamos en resolver la afirmativa. Cuando en el momento de la separación de los predios, los árboles extendían ya sus ramas al fundo contiguo, casi no hay lugar á duda: el destino no es otra cosa que el manteni-

miento del "statu quo" establecido por el padre de familia, á menos de rechazar este destino de una manera absoluta en esta materia, debe admitirse que las plantaciones subsistirán tales como el antiguo propietario las había dispuesto, no con el poder de mutilarlas, sino con sus galas naturales, las ramas y el follaje (1). Se objeta contra el principio mismo, que la teoría del destino no puede recibir aplicación á una plantación, porque no tiene esa firmeza que exige el destino para el cual implica el espíritu de perpetuidad.

Todo lo que se permite afirmar, se dice, es que el propietario ha querido conservar los árboles, pero ¿los mantendrá tales como existían cuando él ha separado los dos predios? Esto depende de su interés; él los conservará si no dañan el cultivo, les cortaría las ramas si el cultivo puede sufrir con ellas. Luego las condiciones del destino faltan (2). Anticipadamente hemos contestado á la objeción. El que planta lo hace con un espíritu de perpetuidad, porque no se plantan hoy árboles para arrancarlos mañana; y si se planta para conservar las plantaciones, es también para conservarlas enteras, y no mutiladas, porque mutilarlas equivale las más de las veces á hacerlas perecer. Luego desde el momento en que el propietario que ha plantado vende, existe en uno de los dos fundos una planta destinada á permanecer en él y á extender sus ramas hacia el otro fundo; luego éste está destinado á recibir dichas ramas sin que el propietario tenga el derecho de mandarlas cortar, porque esto sería contravenir á la ley tácita del contrato. ¿No es éste un destino del padre de familia? (3).

20. La doctrina y la jurisprudencia casi están unáni-

1 Demolombe, t. 9<sup>o</sup>, p. 574, núm. 508. Duranton, t. 5<sup>o</sup>, p. 438, número 399.

2 Aubry y Rau, t. 2<sup>o</sup>, p. 217, nota 29 y las sentencias que cita.

3 Aubry y Rau, t. 2<sup>o</sup>, p. 217, nota 29 y las sentencias que citan.

mes en reconocer que el propietario de un árbol no puede adquirir por prescripción el derecho de conservar las ramas que se extienden hacia el predio vecino. Se dice que la prescripción es imposible, porque las condiciones que para ésta se requieren no se encuentran en el caso en cuestión. ¿Cuáles son las condiciones que faltan? Se lee en una sentencia de la corte de casación "que el art. 672, que confiere al vecino el derecho de mandar cortar las ramas cuando avanzan hacia su predio, consagra una facultad cuya falta de uso constituye una simple tolerancia de buena vecindad, y de ninguna manera implica una renuncia por parte del propietario al derecho de hacer cesar, en todo tiempo, un estado de cosas contrario y perjudicial á su propiedad" (1). Es verdad que los actos de simple tolerancia no pueden fundar ni posesión ni prescripción, art. 2232. ¿P. ro cuándo hay acto de tolerancia? ¿Se puede establecer en principio que tal ó cual acto es necesariamente de simple tolerancia, como lo hace la corte de casación? Esto equivaldría á crear una presunción sin texto. La ley establece una presunción semejante para las servidumbres discontinuas, tales como el derecho de paso; pero respecto á las servidumbres continuas hay presunción contraria. Luego no puede afirmarse á *priori* que la inacción del vecino que no usa de su derecho, sea un acto de simple tolerancia. Por otra parte, hasta es una contradicción decir que hay usurpación sobre la propiedad, perjudicial al vecino, y decir, además, que el vecino lo sufre por tolerancia. Podría decirse lo mismo del que deja subsistir vistas que su vecino ha practicado en una pared contigua: la tolerancia no se presume, sino que debe probarse.

1 Sentencia de denegada apelación, de 9 de Julio de 1867 (Daloz, 1867, 1, 252). Compárese sentencia de denegada apelación de la corte de casación de Bélgica, de 24 de Noviembre de 1849 (Pasieris, 1850, 1, 47).

tiones, como ésta, hay en las cuales se note mayor diversidad de pareceres (1). En el silencio del código civil, debemos recurrir á los principios generales. Acerca de la propiedad de los frutos, casi no puede haber duda. Los frutos que penden de ramas, así como los que penden de raíces, pertenecen al propietario del suelo en el cuál está plantado el árbol. Poco importa que las ramas del árbol avancen hacia el predio del vecino; esta invasión da al vecino el derecho de exigir que las ramas sean cortadas, pero ningún derecho le da sobre los frutos: las ramas, si se cortan, se le quedan al propietario del árbol, luego también los frutos que de ellas cuelgan. Así, pues, el vecino hacia cuyo fundo avanzan los frutos no tiene derecho en ellos. No puede cortarlos para apropiárselos. ¿Puede hacerlos suyos cuando se caen? Duranton dice, que él puede tomarlos como cosa hallada en su predio, como cosa que se presume abandonada, y en indemnización del daño que le causa la sombra de los árboles (2). Esto se llama hacer la ley, y creemos que es hacerla mal. El que se encuentra algunos frutos, no por eso se vuelve propietario de ellos, como tampoco lo es de otra cosa cualquiera que pudiera encontrarse, debe, al contrario, restituirlos al propietario del árbol; no se presume que él los haya abandonado, porque no se presume que nadie abdique su propiedad. En cuanto al daño que el vecino sufra por la sombra, puede emplear los medios legales para evitarlo, mandar arrancar el árbol, si no lo han plantado á la distancia legal, exigir que se corten las ramas que se adelantan hacia su predio. Hasta este punto se detiene su derecho, porque hasta él se detiene la ley.

23. Así, pues, los frutos pertenecen siempre al dueño del árbol. ¿Pero de qué manera los recogerá? En el anti-

1 Véase las diversas opiniones en Dalloz, *Servidumbre*, núm. 678.

2 Duranton, t. 5º, p. 441, núm. 400.

guo derecho había usos que permitían que el propietario pasara al predio del vecino para recoger los frutos. Estos usos están abolidos. Ciertamente es que el código civil no trata especialmente de los frutos de los árboles cuyas ramas se adelantan hacia la heredad contigua; pero basta que la materia de las plantaciones esté regida por el código, para que estén abrogados los antiguos usos concuer-nienets á aquélla. Tal es el principio establecido por la ley de 30 ventoso, año XII (art. 7). La jurisprudencia se halla en este sentido (1).

Los autores han apurado el ingenio para encontrar un medio legal que conceda un paso al dueño del árbol. Toullier encuentra fácil la tarea, y pronuncia á guisa de legislador: “El propietario del árbol, dice él, tiene el derecho de ir á recoger sus frutos caídos en el predio vecino, y puede obligarlo á que le dé el paso necesario: ésta es una *servidumbre legal* que establecen las *leyes de buena vecindad*.” ¡Una servidumbre legal sin ley! porque las pretendidas “leyes de buena vecindad” son invención de Toullier. Delvincourt permite el paso cuando el predio no está cercado, y lo niega si lo está. La distinción es arbitraria; está prohibido que pasen por mi heredad, esté ó nó cercada, porque, pasar sin el permiso del propietario, es violar el derecho de propiedad. Pardessus cree que el propietario del árbol tendría el derecho de réclamar un paso mediante indemnización, por analogía de lo que dice el art. 682 de la propiedad enclavada. Se contesta, y con razón, que las servidumbres lé-gales no se establecen por vía de analogía, puesto que son de la más rigurosa interpretación. Marcadé zanja la cuestión á su manera: el vecino que consiente en dejar subsistir las ramas que podría mandar cortar, está obligado á dejar pasar al dueño del árbol para

1 Sentencia de casación, 31 de Diciembre de 1810. (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 670. Bastia, 13 de Marzo de 1856. (Dalloz, 1856, 2, 85).

que recoja sus frutos. ¿Y un derecho se traduce en obligación? ¿Lo que era una sanción del derecho de propiedad se torna violación de ésta (1).

24. No hacemos mención de otras opiniones, porque cada autor tiene la suya propia. Así es que se nos permitirá que nosotros tengamos también la nuestra. Si el vecino corta los frutos ó recoge del suelo los caídos, debe restituirlos al propietario del árbol; tal es la obligación de derecho común que incumbe á los que se hallan una cosa cuyo propietario les es conocido, como lo diremos al tratar de las cosas sin dueño (art. 717). ¿Pero qué hecer si el vecino no corta los frutos? No vemos otra solución que una acción judicial; se intimará al vecino que corte él mismo los frutos ó que los deje cortar. Se preguntará ¿en qué se funda la obligación de cortar los frutos si el vecino prefiere ceder un paso para recogerlos? Porque él no puede retener cosas que no le pertenecen. Los frutos maduros son propiedad del dueño del árbol, si el vecino los guarda, se apropia una cosa en la cual no tiene ningún derecho; luego se le puede obligar á entregarlos al legítimo propietario.

§ IV.—DE LA DISTANCIA Y DE LAS OBRAS INTERMEDIAS QUE SE REQUIEREN PARA CIERTAS CONSTRUCCIONES.

*Núm. 1. De las medidas prescritas por interés general.*

25. El art. 674 establece que: “El que quiera cavar un pozo ó un foso de letrinas cerca de una pared medianera ó nó; el que quiera construir chimeneas, fragua, horno ú hornillo, recargar un establo, ó establecer contra dicha pared un almacén de sal ó amontonamiento de materias corrosivas, está obligado á dejar la distancia prescrita por

1 Toullier, t. 2º, p. 232, núm. 517. Delvincourt, t. 1º, p. 162, nota 8. Pardessus, t. 1º, p. 442, núm. 196. Marcadé, t. 2º, p. 588.

los reglamentos y usos particulares acerca de tales objetos, ó á hacer las obras prescritas por los mismos reglamentos y usos, para evitar un daño al vecino.

Esta disposición supone que la distancia que debe observarse para ciertas construcciones, y las obras intermedias que está uno obligado á hacer, tiene por único objeto evitar un daño al vecino. Este es el punto del derecho privado. Hay también que poner á salvo algunos intereses generales de seguridad y de salubridad. El interés general domina algunas veces; esto es así respecto á establecimientos peligrosos, insalubres ó incómodos; como la sociedad entera, ó por lo menos todo el vecindario está interesado en ellos, las leyes y reglamentos prescriben condiciones especiales: la necesidad de una autorización, una instrucción previa, averiguaciones, etc. Hacemos á un lado esta materia porque pertenece al derecho administrativo. En cuanto á los demás establecimientos ó construcciones, quedan bajo el dominio del derecho común del cual es aplicación el art. 674. Aquí el interés privado es el predominante, pero á veces se mezcla un interés general. Cuando hay un interés social en cuestión, la administración tiene derecho á proveer; por esto los reglamentos á que remite el art. 674. Tales son las medidas de precaución que deben observarse en la construcción de chimeneas, hogares, fraguas, hornos ú hornillos, las cuales tienden á prevenir los incendios, cosa que es de interés público á la vez que de interés privado. Los fozos de letrinas, los establos interesan á la salud pública; mientras que los depósitos de sal ó de materias corrosivas sólo atañen á los intereses del vecino contra cuya pared se establecen.

26. La distinción es muy importante, porque los principios que rigen el interés privado difieren de todo á todo de los que rigen el interés general. Según los términos del art. 6 del código Napoleón, las leyes concernientes al or-

den público no pueden derogarse por medio de convenios particulares; este principio se aplica á todo lo que es de interés general. De esto resulta que la renuncia á las medidas de precaución prescritas para ciertas construcciones no es válida cuando se trata de intereses privados; en vano uno de los vecinos permitiría que su vecino construyese un horno ó un foso de letrinas sin observar los reglamentos, porque él puede perfectamente renunciar á lo establecido en su propio favor, pero no puede renunciar á lo que se ha establecido en interés de la sociedad. Tampoco se prescribe contra el interés general, y la razón jurídica es la misma. La prescripción implica una renuncia; luego no se concibe sino cuando el interés de la sociedad exige que se tomen ciertas medidas, necesarias para garantía de la vida ó de la salud de los hombres (1).

Esta distinción sirve también para decidir una cuestión que se suscita acerca de la interpretación del art. 674. La ley dice que se debe construir con ciertas precauciones cuando se hace un pozo ó una fosa para letrinas cerca de una pared "medianera ó nó," lo que supone que los reglamentos y usos son aplicables aun cuando la pared sea propiedad exclusiva del que construye. Claro es que así es cuando el interés público está interesado; porque nadie puede hacer de su cosa un uso que comprometa la vida ó la salud de los hombres, ó que amenace la conservación de las propiedades. Luego importa poco que la pared contra la cual yo quiero construir una fragua me pertenezca, porque de todos modos tendré que observar los reglamentos. Pero si la construcción no puede lesionar más que el interés privado, si sólo puede hacer daño á la pared contra la cual se levanta, el art. 674 no es aplicable, porque el propietario de la pared está en libertad de

1 Demolombe, t. 11, p. 585, núm. 515, Aubry y Rau, t. 2º, p. 220, notas 7 y 8.

perjudicar su cosa, desde el momento en que no lastima el derecho de su vecino. Se entra en este caso al derecho común que rige el ejercicio de la propiedad. Esto contesta á la objeción sacada del texto. *Medianería ó nó*, dice el art. 674 (1). El texto debe interpretarse conforme á los principios generales, y éstos exigen una distinción; y cuando los principios exigen que se distinga, el intérprete puede y debe distinguir (2).

*Núm. 2. De las medidas prescritas por interés privado.*

27. El código en esta materia mantiene los reglamentos y los usos particulares. Berlier nos da la razón: “La ley no podría prescribir el empleo de tales ó cuales materiales que no existen igualmente en todas partes; aquí se tiene la piedra, allá sólo el ladrillo, y sin embargo, estos elementos son la verdadera, la única medida de las obligaciones ulteriores, porque un vecino si quiere construir una chimenea, una fragua ó un horno, no puede, no obstante, poner en peligro mi propiedad, y lo estará, según que emplee tales ó cuales materiales, ó que según la naturaleza de mis construcciones, acerque más ó menos las suyas. Ha sido, pues, preciso atenerse en este punto á los reglamentos y usos locales, y renunciar por necesidad al beneficio de la uniformidad en una materia que no lo permitía” (3).

El art. 674 se refiere á los reglamentos y á los usos en lo concerniente á la distancia que debe observarse en las obras que se van á emprender. No prevee el caso en que no hubiere reglamentos ni usos. ¿Quiére decir que en este

1 Pardessus, t. 1º, p. 451, núm. 200. En sentido contrario Aubry y Rau, t. 2º, p. 218 y nota 2. Compárese la sentencia de Bruselas de 24 de Octubre de 1823 (*Pasicrisia* 1823, p. 517). La sentencia está tan mal redactada que no se sabe lo que ella resuelve.

2 Véase el t. 1º de esta obra, núm. 140.

3 Berlier, Exposición de motivos, núm. 13. (Looré, t. 4º, p. 181.)

caso los propietarios están en libertad para construir como se les ocurra, salvo el ser responsables del daño que causen por sus construcciones, si vulneran el derecho de sus vecinos? Creemos nosotros que ese es el derecho estricto. La propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes ó por los reglamentos. Tal es la definición del art. 544. Luego cuando no hay reglamentos ni usos que hagan las veces de ley, que restrinjan el derecho del propietario, éste puede hacer de su cosa lo que guste. Dícese que será necesario aplicar por analogía el art. 662, y mandar reglamentar por peritos los medios necesarios para que la nueva obra que uno de los vecinos quiere construir no sea perjudicial al otro (1). La disposición del art. 662 será, en efecto, aplicable cuando la pared sea medianera, pero no puede extenderse á una pared no medianera. El art. 674 es el que rige esta hipótesis, y dicho artículo nada prescribe á falta de reglamentos y usos. Luego se entra al dominio del derecho común, y éste es el poder absoluto del propietario.

Sin duda que la propiedad recibe otra restricción que no está prevista por el art. 544, pero que resulta de la coexistencia de los propietarios en la sociedad civil. Yo no puedo hacer de mi cosa un uso que lastime el derecho de mi vecino. Si al construir en mi finca lesiono el derecho de mi vecino, soy responsable (2). ¿Pero cuándo puede decirse que al construir lesiono el derecho de otro propietario? Cuando la obra es de tal naturaleza que compromete los derechos que todo hombre ó todo propietario tiene en la sociedad civil. Ahora bien, el art. 674 prevee precisamente las obras que por su naturaleza son peligrosas

1 Mourlon, t. 1º, p. 792. Compárese Demolombe, t. 11, p. 591, número 521, y los autores que él cita.

2 Véase el t. 6º de esta obra, núm. 145.

para el vecino. Luego los que construyen deberán tomar las precauciones necesarias para no hacer daño al derecho de sus vecinos. Nada más que no puede decirse *a priori* que deben mandar disponer esas medidas por peritos. La prudencia se los exige, á fin de ponerse al abrigo de una acción judicial; pero la ley no los obliga á ello. Si hay querrela déjase entender que los tribunales tendrán el derecho de prescribir un reconocimiento pericial y ordenar los trabajos que los peritos juzguen necesarios.

28. El código no mantiene de una manera absoluta los reglamentos y usos antiguos sobre las construcciones, no prevee más que un caso especial, cuando el propietario quiere construir “cerca de una pared medianera ó nó.” ¿Qué debe decirse de los reglamentos sobre construcciones que no se han hecho cerca de una pared y que, no obstante, son propias para causar un daño al vecino? Es claro que tales reglamentos y usos están abrogados por la ley de 30 ventoso, año XII, supuesto que el código trata de la materia de las construcciones en el art. 674; ahora bien, la ley del mes ventoso abroga todos los antiguos reglamentos y costumbres relativas á *materias* tratadas por el código civil. En ausencia de reglamentos y de usos se vuelve de nuevo al derecho común. El propietario puede construir, pero es responsable del daño que cause si lesiona el derecho de sus vecinos. La prudencia exige que recurra á peritos, pero no es obligación. Si no toma ninguna medida de precaución ¿el vecino amenazado puede promover judicialmente? La afirmativa nos parece clara. El tiene acción desde el momento en que está amenazado su derecho, él no debe esperarse á que haya un daño causado, porque su acción se funda en la lesión de un derecho. El tribunal podrá en este caso consultar los antiguos usos ó reglamentos, como consulta á los peritos, y podrá

ordenar las obras que éstos prescriban, porque esto no es aplicar disposiciones abrogadas, sino resolver de derecho (1).

29. Se presenta todavía otra dificultad análoga en la aplicación del art. 674. Se pregunta si esta disposición es limitativa, en el sentido de que no se aplica á construcciones no previstas por la ley, por más que se hagan contra una pared medianera ó nó. ¿Se deben, en este caso, aplicar los antiguos reglamentos y usos? Esta hipótesis difiere de los que acabamos de examinar. Desde el momento en que se trata de una construcción en contacto con una pared, se está bajo el dominio del art. 674; en efecto, tales construcciones son las que el artículo ha querido reglamentar, y como no ha podido hacerlo de una manera uniforme ha remitido á los reglamentos y usos. Poco importa que la construcción no esté textualmente prevista por la ley; en efecto, ésta asienta un principio, ó por mejor decir, aplica el principio general que rige el ejercicio de la propiedad á las obras construidas contra una pared, cuando estas obras no son de las que pueden lesionar los derechos del vecino. El código no ha podido enumerar todas estas construcciones, y las que él cita son más bien un ejemplo que una limitación; luego al juez corresponde el principio á las construcciones análogas. Así es que el art. 674 habla del *pozo* que se pretende abrir cerca de una pared; nada dice de los canales destinados á conducir el agua; y sin embargo, es claro que los canales causan la misma humedad que los pozos, y que pueden ocasionar infiltraciones peligrosas para la propiedad del vecino; por lo mismo estamos dentro del texto y dentro del espíritu de la ley; si hay reglamentos ó usos, los tribunales deberán aplicarlos (2).

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 219 y nota 4, y las autoridades que citan.

2 Pardessus, t. 1º, p. 446, núm. 196; Demolombe, t. 11, p. 589, número 520. Aubry y Rau, t. 2º, p. 208 y nota 3.

Esto no quiere decir que todo género de construcción hecha cerca de una pared caiga bajo la aplicación del artículo 674. A los tribunales incumbe apreciar, supuesto que se trata de la aplicación analógica de la ley. Luego ellos pueden resolver que la obra para la cual no se han observado los reglamentos y usos antiguos no es de las que trata el art. 674. Así es que se ha fallado, que los tubos de desagüe de las materias fecales no entran en la categoría de las obras previstas por aquella disposición, por más que los comentadores de la costumbre de París hayan puesto los tubos de decenso en la misma línea que los fosos de letrinas. Ha parecido á la corte de casación que los tubos eran menos peligrosos que los mismos fosos; ahora bien, desde el momento en que por su naturaleza la obra no lesiona el dercho del vecino, el art. 674 deja de ser aplicable (1).

30. El art. 674 se aplica al caso en que la pared es medianera. Se pregunta si esta disposición deroga la del artículo 662 (2). La pregunta está mal formulada, porque los dos artículos prevenen casos diferentes. En el art. 674, se trata de trabajos que por su naturaleza lastiman los "derechos" del vecino, y que por motivo deben emprenderse según los reglamentos y usos. El tribunal no podría resolver que no siendo las condiciones mencionadas en el art. 674 peligrosas ni comprometedoras para el vecino, no hay lugar á observar las precauciones que prescriben los usos y reglamentos: el juez está ligado por la ley. Mientras que el art. 662 no habla de reglamento ni de usos. Quiere únicamente que el vecino que practica un ahondamiento en la pared medianera, ó que á ella aplica una

1 Sentencia de denegada apelación, de 7 de Noviembre de 1849 (Daloz, 1849, 1, 295).

2 Demolombe, t. 11, p. 587, núm. 518. Compárese el informe del consejero Mesnard, sobre la sentencia de la corte de casación, de 7 de Noviembre de 1849 (Daloz, 1849, 1, 297).

obra, obtenga el consentimiento del co-propietario, ó á negarse éste, mande arreglar por peritos las medidas que hayan de tomarse. Aun cuando el vecino no hubiese recurrido á un informe pericial, si á querrela del co-propietario, los tribunales resuelven, según dicho informe ó sin él, que las obras no causan ningún perjuicio al que se querrela, la acción cae por falta de interés. Otra cosa pasa en el caso del art. 674. El tribunal debe ordenar la aplicación de los reglamentos y usos, porque hacen veces de ley; él no puede dispensar de su observancia, resolviendo que las construcciones no son perjudiciales, supuesto que el código las reputa como tales.

31. Si el propietario ha construido sin observar los reglamentos y usos, el vecino puede pedir la destrucción de los trabajos, mas daños y perjuicios, si há lugar, ó por lo menos que se ejecuten las medidas prescritas, si esto puede hacerse sin demolición de las obras. Se ha fallado, en un caso particular, que en razón del espesor de la pared contra la cual se había establecido un horno, era inútil ordenar la construcción de un contramuro (1). Esta decisión parece, á primera vista, que está en oposición con los principios que acabamos de plantear; sin embargo, puede justificarse. Si la medida que exigen los reglamentos y usos consiste en un contramuro, se satisfacen de antemano sus prescripciones, en el caso en que la pared tenga el espesor que tendría una pared ordinaria agregándole un contramuro. Pero el tribunal no podría decidir, en principio, que no siendo tal ó cual construcción, prevista por la ley, perjudicial para el vecino, éste no puede exigir la observancia de las disposiciones reglamentarias.

Si se han observado los reglamentos y usos, y si no obstante esto, resulta un perjuicio para el vecino de las cons-

1 Riom, 14 de Noviembre de 1842, (Dalloz, *Servidumbre*, número 685); Demolombe, t. 11, p. 593, núm. 523).

trucciones hechas legalmente, ¿el vecino vulnerado tendrá una acción? La afirmativa no es dudosa. En efecto, las medidas prescritas por los reglamentos y unos no tienen más objeto que poner á salvo los derechos del vecino. Se supone que mediante tales precauciones, el vecino no sufrirá lesión; si á pesar de ellas, experimenta un daño, conserva el derecho que debe á la ley, y puede pedir la reparación del daño que se le ha causado, y si necesario fuere, la demolición de las construcciones. Los tribunales resolverán conforme á las necesidades de las circunstancias (1)

*Núm. 3. De las zanjas ó acequias.*

32. ¿Se aplican estos principios á las zanjas que los propietarios ahondan en el límite de sus heredades? En el antiguo derecho, el que cavaba una zanja en la línea divisoria debía dejar cierto espacio que se llamaba la *répare*. Como la palabra lo indica, la *répare* servía para los trabajos de reparación; el propietario de la zanja debía ejecutarlos en un terreno de su pertenencia. Además, aquel espacio impedía que las tierras del vecino se desprendiesen del suelo y cayesen en la zanja. Así, pues, esta obligación tendía á garantir la propiedad de ambos ribereños. De esto se sacaba la consecuencia que el propietario de la zanja se presumía propietario del espacio para reparaciones. ¿Esta servidumbre legal, con la presunción que de ella emana, existe todavía en el derecho moderno? Asombra ver que se haya propuesta esta cuestión, y más todavía verla resuelta afirmativamente por la jurisprudencia, y es de sentirse que la doctrina ceje ante la autoridad de las sentencias, cuando éstas se hallan en abierta oposición con la ley y con los principios. Demolombe da razones

1 Sentencia de denegada apelación, de 29 de Enero de 1829 (Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 118, 1<sup>o</sup>); Aubry y Rau, t. 2<sup>o</sup>, p. 220, nota 9, y los autores que citan.

perentorias contra la opinión consagrada por la jurisprudencia. Prohibir al propietario que abra una zanja en el límite de su heredad, es restringir su derecho de propiedad, es imponerle una servidumbre que no podría ser más que servidumbre legal, ¿y puede haber servidumbre legal sin ley? En cuanto á la presunción de propiedad concerniente al espacio de reparaciones, supone desde luego una servidumbre que no existe, supone un texto de ley que tampoco existe, porque se trata de una presunción legal, y ésta no puede existir sin ley.

Nada hay que contestar á estos argumentos. Pero la jurisprudencia, dice Demolombe, parece definitivamente fijada en el sentido contrario. Luego es preciso que los principios más palmarios cedan ante la autoridad de las sentencias. Existe una autoridad mayor, la de la ley y de los principios fundados en la ley. Esta autoridad es la que nosotros invocamos. Aubry y Rau han tratado de descartar las sentencias diciendo que ellas resuelven de hecho más bien que de derecho. No vemos nosotros á qué conduce esta interpretación forzada de hacer decir á las sentencias lo contrario de lo que en realidad expresan. ¿Por qué no confesar que la jurisprudencia es contraria á la ley, y que la jurisprudencia está en el error? (1).

33. La corte de Dijon hace constar que era de uso general en Francia, y notoriamente en la antigua Borgoña, dejar un pie más allá de la zanja. La corte conviene en que esa obligación no está inscrita en el código civil. Pero, agrega ella, debe tenerse por constante que los usos locales ó antiguos, sobre todo los que interesan á la agricultura, no han sido abolidos, á menos que sean incompatibles con las disposiciones de la ley. La corte ha olvidado la ley de 30 ventoso, año XII, que dice todo lo

1 Demolombe, t. 11, p. 524, núm. 464. En sentido contrario Aubry y Rau, t. 2°, p. 219, nota 6.

contrario. Puesto que una corte olvida la disposición fundamental del art. 7 de esta ley, vamos á transcribirla: "A contar desde el día en que el código civil sea ejecutivo, las leyes romanas, las ordenanzas, las "costumbres" generales ó "locales" los estatutos, los "reglamentos" cesarán de tener fuerza de ley general ó particular en las "materias" que son objeto del presente código." Luego los antiguos usos están abolidos por el hecho sólo de que el código trata la materia para la cual estaban establecidos. Y ¿acaso el código no habla de las zanjas? Y, cosa muy significativa, el código dice que los setos no pueden plantarse sino á una cierta distancia, art. 671, mientras que al hablar de las zanjas, guarda silencio acerca de la distancia á la cual pueden ó deben abrirse, arts. 666-669. Es inútil insistir; basta leer el art. 7 de la ley de 30 ventoso, año XII, los arts. 666-669 y el art. 674 para convencerse de que los antiguos usos están abrogados.

Hay una sentencia de la corte de casación que parece concebida en el mismo sentido que la de la corte de Dijon. Decimos que tal *parece* el sentido de la decisión pronunciada por la corte de casación; es una sentencia de denegada apelación, y sábese que la corte toma á menudo todo género de subterfugios para eludir la necesidad de casar, sin ponerse en abierta oposición con la ley. La sentencia hace constar desde luego que, según la antigua costumbre de Valois y según el uso constantemente observado en esos lugares, las zanjas de delimitación de una propiedad deben tener á lo largo un ribazo de 48 centímetros de ancho. En seguida la sentencia decide que este uso local, cuyo objeto es prevenir el derrame de la tierra contigua á la zanja, nace de las relaciones naturales de vecindad, y que nada tiene de contrario con las disposiciones del código civil y se concilia con la definición que

el art. 544 da de la propiedad (1). “¡Nada tiene de contrario!” Ahora bien, el art. 544, después de haber dicho que la propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas del modo más absoluto, agrega: con tal que no se haga de ellos un uso prohibido por las leyes ó por los reglamentos. En el caso de que se trata, no hay ni ley ni reglamento: luego no hay ninguna limitación á la propiedad, y por consiguiente, el propietario tiene el derecho de cavar una zanja en el límite exacto de su predio.

Esto es inadmisibile, se dice. El que abriere una zanja á término de heredad expondría el predio de su vecino á derrumbamientos, lesionaría su derecho, y estaría, en consecuencia, obligado á reparar el daño que causase. Nosotros estamos de acuerdo; esta es la aplicación de los principios que rigen la propiedad. ¿Debe inferirse de aquí que de pleno derecho, en virtud de los antiguos usos, el propietario debe dejar la distancia fijada por los usos entre su predio y el de su vecino? El juez puede sentenciarlo á daños y perjuicios; y hasta puede, para prevenir el daño en lo sucesivo, obligarlo á que retire más allá su zanja; pero una cosa es resolver en materia de hechos, y otra hacer revivir los antiguos usos abolidos por la ley del mes ventoso. Demolombe mismo es el que ha hecho esta observación.

34. Estando abelidos los antiguos usos, y pudiendo el propietario en rigor, cavar una zanja en el límite preciso de su predio, no puede haber cuestión respecto á una presunción legal de propiedad concerniente al espacio de reparaciones. Sin duda que el juez puede decidir de hecho que existe ese espacio y que pertenece al dueño de la zanja; y hasta es probable que el propietario haya dejado un

1 Sentencia de denegada apelación, 11 de Abril de 1848, (Daloz, 1848, 1, 82). Compárense sentencias de denegada apelación, 3 de Julio de 1849 (Daloz, 1849, 1, 316), y de 3 de Enero de 1854 (Daloz, 1854, 1, 61); y Caen, 5 de Noviembre de 1859 (Daloz, 1860, 2, 59).

espacio de terreno más allá de su zanja para ponerse al abrigo de la acción de daños y perjuicios de su vecino; esta es una de esas presunciones del hombre que el juez puede invocar cuando se acepta la prueba testimonial, art. 1353. No puede irse más lejos sin crear una presunción legal sin ley, lo que es una herejía jurídica (1).

§ V.—DE LAS VÍSTAS Y LUCES HACIA LA PROPIEDAD  
DEL VECINO.

*Núm. 1. ¿Es esta una servidumbre y á cargo de qué predio?*

35. La sección III comienza por decir (art. 675) que uno de los vecinos no puede, sin el consentimiento del otro, practicar en la pared medianera ninguna ventana ó abertura, de cualquiera manera que sea, ni aun de bastidor fijo. En seguida los arts. 676-697 determinan qué abertura puede practicar el que es propietario de la pared.

Si la pared se une inmediatamente con la heredad agena, el propietario puede practicar en esa pared luces con enverjados de fierro ó con bastidor fijo. El código reglamenta la construcción de estas aberturas y la distancia del suelo á la que pueden practicarse. Ellas tienen por objeto único, como lo expresa el art. 677, iluminar el aposento en donde se establecen; ellas no deben procurar vista hacia la heredad del vecino, y menos aun permitir que el propietario arroje por ellas cualquiera cosa que sea á dicha heredad. Por esto es que las luces deben estar enverjadas y con bastidor inmóvil, es decir, construidas de manera que no puedan abrirse y que no proporcionen el medio de ver hacia la finca contigua. Por la misma razón

1 La sentencia de la corte de casación de 11 de Abril de 1848 mantiene implícitamente esta presunción (Daloz, 1848, 1, 82).

no pueden establecerse sino á seis ú ocho piés encima del piso.

Si la pared no se une inmediatamente con la heredad agena, el propietario puedé practicar ventanas propiamente dichas, con tal que haya una distancia de seis piés entre la pared y la heredad del vecino, si se trata de una vista recta ó ventana de aspecto, y de dos piés si se trata de una vista oblicua. Entiéndese por vistas rectas las que están practicadas en una pared paralela á la línea divisoria de las dos heredades, y por vistas de costado ú oblicuas las que se hallan en una pared perpendicular á aquélla línea y formando con ella un ángulo recta. Esto explica la diferencia de distancia que la ley exige para las vistas rectas y las vistas oblicuas; las primeras son mucho más embarazosas para el vecino; la ley las llama ventanas de aspecto, para marcar que sirven esencialmenté para mirar hacia la heredad contigua; y el vecino tiene que temer más de las miradas indiscretas del que ve en línea recta que las de aquél que sólo puede mirar al sesgo. Si no hay una distancia de seis ó de dos piés entre la pared y el predio del vecino, el propietario no puede practicar vistas y sólo puede abrir luces.

Ordinariamente se da el nombre de *luces* á las aberturas construidas con las condiciones determinadas por los artículos 676 y 677; y se llaman "vistas" las ventanas que se abren. La terminología del código civil no es tan precisa. En el rubro de la sección III, el legislador habla de las *vistas* hacia la propiedad del vecino; en ellas incluye, pues, las *luces*, de las que trata en la misma sección. En seguida, el art. 676 califica las *luces* de *ventanas*, siendo así que la construcción prescrita por la ley para las luces prueba que no son ventanas, supuesto que las luces no se abren y no permiten que se vea hacia la heredad contigua. A pesar de la inexactitud de las expresiones de que se sir-

ve el legislador, no hay duda alguna acerca del fondo de su pensamiento, con toda claridad lo da á conocer al decir que las "luces" tienen por objeto "iluminar" los aposentos, art. 677, y que las "vistas" son "ventanas de aspecto," ventanas por las cuales se recibe el aire, y que sirven para ver, con más ó menos comodidad, según que son rectas ú oblicuas, arts. 678 y 679.

36. Las luces y las vistas que el propietario puede practicar en la pared de su pertenencia con las condiciones determinadas por la ley ¿son servidumbres? ¿y á cargo de qué predio? Esta cuestión es muy debatida, y divide tanto á los autores como á los tribunales. Casi es un conflicto entre el derecho romano y el derecho francés; los que se ciñen al derecho romano tratan de introducir las ideas romanas en el código civil, mientras que los otros, sacudiendo el yugo de la tradición, interpretan el código según las ideas más justas de nuestras costumbres sobre la propiedad y los derechos que ella confiere. Trátase de saber si la propiedad es un derecho absoluto, en cuya virtud el propietario puede hacer en su finca lo que apetezca, practicar éstas ó las otras aberturas, sin preguntarse si tales vistas incomodan ó nó al vecino. Casi todos los intérpretes del derecho romano contestan afirmativamente; Cujas y Duarein son los únicos que no habiendo aceptado ese poder ilimitado del propietario, sin apercibirse de ello, se han inspirado en la equidad del derecho consuetudinario más bien que en el rigor romano. La idea de poder, y de un poder absoluto, es la que domina en el derecho romano; tal idea conduce lógicamente á reconocer al propietario el derecho de practicar vistas en su pared, por más que esté en contacto inmediato con la heredad agena. El vecino, por su parte, tiene el mismo poder; él no puede impedir que su vecino practique en su pared tantas aberturas como quiera; pero él puede edificar en su

predio, contra las ventanas, y obstruirlas consecuentemente. Tal es el derecho de propiedad. Desde luego se perciben las consecuencias que de esto resultan en cuanto á la interpretación de los arts. 676-679. Estas disposiciones imponen ciertas restricciones al derecho del propietario, luego son servidumbres que pesan sobre su finca creadas por interés de la heredad del vecino. El propietario del predio gravado con la servidumbre de no poder practicar aberturas sino con las condiciones determinadas por la ley, puede librarse de esas restricciones por una posesión contraria. Si en una pared en contacto inmediato con la heredad agena practica *vistas* en lugar de *lucos*, si las posee durante treinta años, él habrá recobrado la libertad de su heredad y quedará extinguida la servidumbre legal del art. 676. Pero él no habrá adquirido ningún derecho en la heredad del vecino; éste, por su lado, conserva la libertad de su fundo y aun puede construir contra las ventanas de su vecino, sin estar obligado á respetar un pretendido derecho de vista que no existe (1).

37. ¿Los autores del código Napoleón han consagrado esta doctrina? Aquí comienza la duda. Es claro que las servidumbres legales están tomadas no de las leyes romanas sino del derecho consuetudinario, notoriamente las disposiciones de los arts. 676 y siguientes que casi textualmente se han sacado de la costumbre de París. Así, pues, lo que debe consultarse es la tradición francesa y no la romana. Pero es mucha la dificultad de precisar el sentido y la extensión de los principios del derecho consuetudinario. En él no brilla el rigor sino la equidad germánica. Abramos el comentario de Ferrière sobre la costum-

1 Para no multiplicar las citas, nos limitaremos á remitir á Voet (lib. VIII, tit. II, c. 9); en cuanto al principio, y respecto á la aplicación de la servidumbre de vista, á Cœpella (*De servit.*, tract. 1º, c. 72). En una nota de la *Pasicrisia* (1854, 2, 258) se cita un buen número de intérpretes que sostienen la doctrina romana.

bre de París, que nos pondrá en la vía de un principio nuevo que ha venido á substituir el poder absoluto de los romanos. Ferrière propone netamente la cuestión: “¿Aquél á quien pertenece por completo una pared en contacto inmediato con la heredad agena, puede tener y practicar vistas?” El contesta que algunos intérpretes opinaban por que se permitiera esto, invocaban la máxima romana conforme á la cual cada uno puede hacer en su predio lo que quiera, con tal que no emprenda sobre la propiedad de otro: “*dummoda nihil immitatur in alienum.*” Esto es lo que literalmente dicen en nuestros días los partidarios de la teoría romana. ¿Y es esa la doctrina consagrada por la costumbre de París? Había otra opinión sostenida por Cujas y Duarein: “Nadie, según ellos, puede tener vistas en una pared de su exclusiva pertenencia, en contacto inmediato con la heredad agena; no debe permitirse que se tengan vistas, porque esto es una ocasión próxima de que-rellas y de diferencias, que es de interés público evitar” (1). Hé aquí las dos opiniones extrañas en presencia, la una permitiendo al propietario que abra toda suerte de vistas hacia la heredad vecina, la otra prohibiéndole que no practique ninguna. ¿Qué es lo que hace la costumbre de París? Nuestra costumbre, responde Ferrière, ha tomado un temperamento que es ventajoso para el uno y que no es incómodo para el otro, porque debe permitirse hacer *in suo* lo que se quiera, por esto es que permite á aquél á quien pertenece una pared que en ella abra vistas; pero impide que por éstas se vea hacia la heredad del vecino y únicamente las permite para obtener la luz de arriba, y limitando, como lo hace, las vistas; siendo esto así el vecino no tiene ningún derecho para quejarse” (2).

1 Cujas, “*Observat*, lib. I, c. 31; Duarein, “*Anniversar dipatat*,” lib. II, c. 13.

2 Ferrière, “*Cuerpo y compilación de todos los comentarios sobre la costumbre de París*,” t. 2°, p. 1661, núms. 1 y 2.

Así es que la costumbre de París rechaza el absolutismo romano á la vez que la doctrina que nada permite al propietario, adopta un "temperamento" que concilia los diversos intereses nacidos del conflicto de los derechos. Este temperamento es nada menos que una nueva teoría sobre la propiedad. ¿Por qué la costumbre no apetecía el poder absoluto que los jurisconsultos romanos reconocen al propietario? Porque es una molestia para el vecino. Ferrière cita, á este respecto, una frase de Xenócrates que decía "que tener ventana abierta y recta hacia la propiedad del vecino, es tanto como embargar á éste los piés" (p. 1670, núm. 23). La costumbre tampoco apetecía la teoría contraria que era igualmente excesiva; no permitir á un propietario que abra luces en su edificio, es volver éste inhabitable. Es, pues, preciso transigir, concediendo á uno de ellos lo que no haga daño á otro. ¿No equivale esto á decir que los derechos del propietario nada tienen de absoluto? Uno de los vecinos no puede hacer en su pared tantas y cuantas aberturas le parezcan, y el otro no puede impedirle que practique ningún género de vista. Luego el derecho de uno de ellos modifica el derecho del otro. Y esto debe ser así, porque de lo contrario la co-existencia de los hombres en la sociedad civil sería impracticable. En definitiva, la propiedad es un derecho que sufre restricciones necesarias para la vida común. Esta doctrina no tiene ya el rigor romano, pero le es superior por su espíritu de equidad y de humanidad.

¿Al repudiar el poder absoluto del propietario, la costumbre de París ha repelido también las consecuencias que los intérpretes del derecho romano deducían? Aquí surgen nuevas dudas, acerca de las cuales insistiremos más adelante. Antes que todo, debemos ver si los autores del código civil han mantenido el principio del derecho consuetudinario, ó si han vuelto á la teoría romana. Y de-

cimos *vuelto* porque la doctrina del poder absoluto del propietario estaba decididamente abandonada por la costumbre de París.

38. La corte de Gante ha sancionado la teoría romana, é invoca en apoyo de su opinión la Exposición de motivos del título de las "Servidumbres." Berlier declara en ella que el código no hace más que reproducir "todo lo que un uso constante y ajustado á las reglas de la justicia ha consagrado desde hace siglos." Muy cierto es esto, pero ¿quiere decir que el legislador francés ha adoptado los principios romanos? Hay una razón decisiva para negarlo. Lo que el código llama servidumbres legales es extraño al derecho romano; las disposiciones de los arts. 676 y 679 están sacadas textualmente de la costumbre de París; luego lo que se tiene que interrogar es la tradición consuetudinaria, y ésta es la que debe servir para interpretar el código civil. Ahora bien, acabamos de hacer constar que la costumbre había repudiado la doctrina de un poder absoluto perteneciente al propietario, y que la había sustituido por la teoría del derecho de propiedad moderado por la equidad y las necesidades sociales. Esto es ya decisivo, ¿por qué es concebible que el legislador francés haya reproducido textualmente las disposiciones de la costumbre de París y que, no obstante, haya sancionado la doctrina contraria del derecho romano? Esto sería de tal suerte contradictorio que se necesitaría una manifestación de voluntad bien expresa para que pudiera admitirse una anomalía tan chocante.

Se invoca, además, otro pasaje de la Exposición de motivos. Después de haber dicho que uno de los co-propietarios de una pared medianera no puede abrir luces ó vistas hacia la finca contigua de otra manera que no sea por convenio expreso. Berlier agrega: "pero de lo que aquí se trata con más especialidad es de determinar

hasta qué punto el ejercicio de la propiedad puede verse incomodado aun en *pared propia*, y bajo este respecto es como la incapacidad de abrir vistas ó luces puede y debe considerarse como una servidumbre establecida por la ley. Así es que no se puede, ni aun en pared propia, si es inmediatamente contigua á la heredad ajena, practicar aberturas ó luces hacia la propiedad vecina, aun con las condiciones que la ley impone. Esta *modificación del derecho de propiedad* no necesita justificarse, el orden público no permite que al usar de su propiedad se puedan infundir á las demás alarmas respecto á las suyas" (1). Esto supone que por sí mismo el derecho de propiedad habría conferido al propietario de la pared el poder ilimitado de practicar en ella vistas; ¿no es esta la teoría romana? Nosotros contestamos que el objeto del orador del gobierno no era establecer una teoría de la propiedad, sino únicamente justificar la calificación de *servidumbre* que el código da á las disposiciones de los arts. 676-679. ¿Y qué es lo que él dice? Lo que ya Ferrière había dicho. Es claro que el código restringe la propiedad de aquél á quien la pared pertenece, en el sentido de que no puede hacer *in suo* lo que quiera. ¿Pero acaso la ley no impone también una restricción á la propiedad del otro vecino? Esto es igualmente cierto. El texto mismo del código lo prueba. En primer lugar el rubro dice: "de las vistas hacia la propiedad de su vecino." ¿No equivale esto á decir que la propiedad del vecino está gravada con un derecho de vista, es decir, con una servidumbre! En efecto, el dueño del suelo tenía el derecho de excluir la mirada del vecino, como tiene derecho para excluir su planta, para servirnos de la expresión enérgica de Ferrière. Pues bien, él ten-

1 Berlier, Exposición de motivos, núm. 2 (Loché, t. 4<sup>o</sup>, p. 179) y núm. 14, p. 181. Sentencia de Gante, 11 de Mayo de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 263).

drá que sufrir la mirada curiosa del vecino, porque por su propiedad recibirá éste la luz y el aire. Así es que la gran preocupación del legislador es, no poner á salvo el pretendido derecho absoluto del propietario de la pared, sino garantizar al vecino contra la curiosidad indiscreta del primero. Por mejor decir, á la vez que impone una carga, la ley la circunscribe, la atenúa, lo mismo que ella limita el derecho absoluto, si es que lo hay, de aquél á quien la pared pertenece. ¿Qué cosa es, en definitiva, una servidumbre legal, para los autores del código? Berlier lo dice más adelante: “el uso de su cosa, limitada por el interés de la de otro” (1). En una sola palabra el “temperamento” de Ferrière, que excluye la doctrina romana.

39. Ahora si nos será fácil contestar á la pregunta que hemos formulado: ¿Cuál es la verdadera teoría del código? Merlin (2) dice, y después de él la corte de casación de Bélgica (3), que por derecho natural, cada cual tiene derecho de hacer en su predio lo que le plazca, aun cuando dañe á su vecino, con tal que no usurpe la heredad de éste, y que no arroje ni envíe nada hacia ella. Esta es la teoría de los intérpretes del derecho romano, y no la del código civil. Después de haber dicho que la propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, el art. 544 agrega: “con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes y por los reglamentos.” Entre las restricciones á que está sometida la propiedad se hallan las servidumbres llamadas legales ¿Son éstas verdaderas servidumbres, es decir, excepciones á la pretendida libertad natural, invocada por Merlin y

1 Exposición de motivos, núm. 15 (Loché, t. 4º, p. 181).

2 Merlin, “Cuestiones de derecho”, en la palabra *Servidumbre*, pfo. 3º (t. 14, p. 244).

3 Sentencia de casación, de 19 de Mayo de 1853 (*Pasicrisia*, 1853, 1, 326).

nuestra corte de casación? La excepción, á decir verdad, es la regla, porque todos los predios están gravados con estas servidumbres, que resultan de la naturaleza misma de la propiedad tal como el código la define. Así, pues, no es la libertad absoluta la que constituye el estado normal, natural de la propiedad, sino la libertad restringida por las necesidades sociales. Estas restricciones son de la esencia de la propiedad civil, y nosotros no conocemos otra clase de propiedad. La propiedad natural, absolutamente libre, tal como se la imaginan los intérpretes del derecho romano, conduciría á esta consecuencia absurda, que todas las propiedades serian sirvientes, en derecho francés, supuesto que todas están sujetas á las servidumbres establecidas por la ley. Nó, las propiedades son libres así como los hombres. En el estado de sociedad, no conocemos la libertad absoluta, ni respecto á las cosas ni respecto á las personas; la coexistencia de los hombres restringe necesariamente la libertad de cada uno por la libertad igual de los demás; del mismo modo, la coexistencia de las propiedades impone á cada uno restricciones que exige el derecho igual de los otros propietarios. Esto es lo que ha reconocido nuestra corte de casación en la cuestión de las indemnizaciones que reclaman los propietarios gravados con una servidumbre legal: la corte rechazó sus pretensiones resolviendo que esa sujeción era en realidad la condición general, es decir, natural de la propiedad. La corte ha consagrado también la misma doctrina en materia de plantación (1). Berlier, cuya autoridad se invoca en nuestra contra, es en el fondo de nuestra opinión; á propósito de plantaciones, él dice: “El derecho de todo propietario cesa en el punto en donde empieza un perjuicio para su vecino” (2). Tal es el principio en el cual se basan las

1 Véase el t. 7° de mis *Principios*, núm. 474, y este t. núm. 13.

2 Exposición de motivos, núm. 12 (Loché, t. 4°, p. 181).

servidumbres legales; si todas las heredades están sometidas á él, ya no puede ser cuestión de servidumbre, sino que, al contrario, hay que decir que las servidumbres legales son el estado natural de la propiedad (1).

Precisamente en materia de luces y de vistas es en donde se ve la necesidad de las restricciones que recibe la propiedad en la sociedad civil. ¿El propietario de una pared puede tener el derecho absoluto de practicar en ella aberturas, con la sola condición de no arrojar ni enviar nada á la heredad de su vecino? Así se dice: esto no es más que la aplicación de una regla de derecho natural, dice la corte de Gante (2). Muy bien. Pero el vecino puede también invocar el poder absoluto del propietario que se proclama como un derecho natural. Ahora bien, la propiedad es un derecho exclusivo, cada propietario puede excluir de su predio á todos los que quieran penetrar; luego en virtud de su derecho de exclusión, el vecino de aquél que quiere practicar vistas en su pared dirá que él se opone á que la mirada de su vecino penetre á su predio, como tiene derecho á oponerse á que sus piés penetren. Hé aquí nuestros dos derechos absolutos en conflicto; el uno tiene tan perfectamente bien en jaque al otro que ambos están neutralizados. La coexistencia de los hombres viene á ser una lucha permanente: usted abre una vista en su pared, en virtud de su derecho absoluto; yo la tapo en virtud de un derecho de exclusión, que es tan absoluto como el de usted. ¿En qué vendrá á parar esta guerra civil de todos contra todos? En hacer imposible la vida común lo mismo que si cada uno reclamara la libertad absoluta que existía, á lo que se dice, antes de la formación de las sociedades humanas. Este estado

1 Duranton, t. 5º, ps. 428 y siguientes, núm. 391; Marcadé, t. 2º, p. 596, art. 679, núm. 111 y p. 585, art. 672, núm. 2º

2 Gaute, 11 de Mayo de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 261).

de naturaleza y de libertad absoluta es una ficción, como todos convienen en ello. Convengamos también en que la libertad absoluta del propietario es una ficción que, si se quisiera realizar, destruiría el derecho de uno por el derecho de otro. Nó, el derecho de uno debe estar limitado por el derecho de otro. El propietario de la pared tiene el derecho de practicar en ella aberturas, porque sin esta facultad las casas se volverían inhabitables en las grandes ciudades, puesto que muchas casas no tienen ni patio ni jardín. Pero estas aberturas deben construirse de modo que no molesten demasiado al vecino. En este punto interviene el prudente temperamento consagrado ya por nuestras antiguas costumbres y que el código Napoleón reproduce. Aun cuando haya un patio ó un jardín, estos terrenos nunca son bastante extensos, allí en donde hay una población aglomerada, para que las vistas se ejerzan exclusivamente sobre la propiedad del que las practica en su pared. De aquí la necesidad de un nuevo temperamento: deberá observarse cierta distancia prescrita por la ley para conciliar el derecho que uno de los vecinos tiene para ver con el derecho que el otro tiene para no dejarse ver.

Procediendo de esta manera, el propietario de la pared obra en virtud de su derecho de propiedad. He aquí por qué, en el antiguo derecho, se llamaban las aberturas practicadas de esta manera vistas de *costumbre*. No eran vistas de *servidumbre*, porque la sujeción que ellas implican es la condición natural de toda propiedad (1). Sin embargo, puede haber vistas de *servidumbre*. ¿Cuándo se transforma la vista de *costumbre* en vista de *servidumbre*? Las luces y vistas practicadas con las condiciones establecidas por la

1 Ferrière, "Comentario sobre la costumbre del País," t. 2º, página 1667, núm. 5; Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 215, número 317.

ley son el ejercicio de la propiedad, tal como se halla moderado por las necesidades sociales. Pero nada impide que los vecinos se sometan á una sujeción más incómoda, gravando sus fundos con una verdadera servidumbre de vista. Y lo que puede hacerse por convenio puede también hacerse por prescripción. Luego cuando una vista de costumbre se haya practicado fuera de las condiciones legales, de una manera más onerosa, ya no será temperamento, derecho de propiedad, sino servidumbre. Es grande la diferencia entre las luces de costumbre y las luces de servidumbre, como vamos á decirlo.

*Núm. 2. De las luces y vistas de derecho.*

*I. Principios generales.*

40. El propietario de una pared en contacto inmediato con la heredad ajena, practica luces con enverjado y bastidores fijos; los establece á la distancia del piso prescrita por el art. 667. ¿Estas aberturas, que se llaman luces, le dan un derecho de servidumbre sobre la heredad contigua? Nó, al construirlas ha usado del derecho de propiedad tal como lo rige la ley, y el que no hace más que usar de una facultad que le confiere el derecho de propiedad no pretende con eso ejercer ningún poder en el predio que está en contacto con la pared. El vecino no podrá pedir que se tapen esas aberturas, supuesto que están hechas conforme á la ley, y todo acto legal debe mantenerse. Pero, por su parte, el vecino tiene también un derecho de propiedad del que puede usar; no estando gravado su predio de servidumbre, él es libre para edificar en su terreno, aun cuando al construir obstruyese las luces de su vecino. Para que estuviera impedido de edificar, sería necesario que su heredad estuviese gravada con la servidumbre de no edificar; ahora bien, el hecho de abrir luces en una pa-

red no da al propietario un derecho de servidumbre sobre el predio contiguo. Esto decide la cuestión. En vano el propietario de la pared invoca la posesión más larga; aun cuando las luces tuvieran treinta años de existencia, el propietario no habría adquirido una servidumbre sobre el fundo vecino; que la posesión sea trentenaria ó ánua, siempre es el ejercicio del derecho de propiedad; al ejercer su derecho de propiedad, él no adquiere jamás una servidumbre.

Acerca de este punto, no hay duda alguna (1). Hay otra consecuencia que se deduce del principio y que, á nuestro juicio, es dudosa. Unas luces conforme á la ley se han practicado en una pared por el propietario. El vecino adquiere la medianería de la pared. ¿Puede éste exigir que se tapen las luces, fundándose en el art. 675, por cuyos términos uno de los vecinos no puede practicar en la pared medianera ninguna abertura ni aun con vidriera fija? Nosotros hemos examinado la cuestión al tratar de la medianería (2). A nuestro juicio, debe mantenerse el derecho común. El que adquiere la medianería tiene el derecho de edificar, y al edificar, de obstruir las luces; tiene, además, el derecho de oponerse á que en la pared que es ya medianera se practiquen nuevas luces. ¿Pero acaso no es sobrepasar la ley el permitirle que tape luces, cuando él no quiere edificar? La jurisprudencia, tanto en Francia como en Bélgica, se ha pronunciado en favor de la opinión contraria (3).

Los mismos principios se aplican á las vistas. Si uno de los vecinos practica en su pared vistas ó ventanas de as-

1 Véanse los autores citados en Aubry y Rau, t. 23, p. 204, nota 16.

2 Véase este tomo, núms. 37 y 38.

3 Lieja, 4 de Mayo de 1848 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 289); Bruselas, 14 de Agosto de 1847 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 137).

pecto á una distancia de seis piés de la heredad contigua adquirirá una servidumbre cualquiera sobre dicha heredad? Ciertamente que nó; porque no ha hecho más que usar de su derecho de propiedad, y el que ejerce dicho derecho no adquiere con ello una servidumbre en el predio del vecino; luego éste queda en libertad para usar de sus derechos de propietario como le convenga. Puede, en consecuencia, edificar en la línea divisoria de ambas heredades.

41. La ley no permite al propietario de una pared que en ella practique luces y vistas sino bajo ciertas condiciones. ¿Estas disposiciones restrictivas son aplicables en los campos? En el antiguo derecho no se usaban sino para los edificios de las ciudades, al menos según ciertas costumbres; según otras, se observaba una distancia legal en los campos cuando el predio vecino estaba cerrado con paredes. Berlier dice en la Exposición de motivos que algunas voces habían reclamado modificaciones para las habitaciones rústicas, se prefirió una regla común á los campos y á las ciudades, y con razón; desde el momento en que las habitaciones están muy juntas, las mismas necesidades existen, poco importa la ubicación de las casas (1). Esto confirma el principio tal como lo hemos formulado: las restricciones que sufre el derecho de propiedad en lo concerniente á luces y vistas forman el derecho común.

Al hablar de las vistas, el artículo 678 dice formalmente que no hay que distinguir si la heredad hacia la cual caen las ventanas de aspecto está ó nó cercada. A primera vista, podría creerse que si la heredad no está cerrada, las restricciones no tienen ya razón de ser. Cuantos predios se tocan y ninguno de ellos está cercado, el propietario de uno de ellos tiene vista plena hacia el otro. Se pre-

1 Berlier, Exposición de motivos, núm. 14 (Loaré, t. 4º, p. 181).

gunta ¿por qué había de perder este derecho si construye una casa en el límite separativo de su heredad? Porque la ley limita el derecho de ver hacia el predio del vecino por aberturas practicadas en una pared, mientras que no limita el derecho de ver entre terreno no edificado. Y hay una razón para esta diferencia. Las vistas por una ventana son mucho más incómodas para el vecino que las vistas por un terreno abierto. Como lo expresa Marcadé, una ventana es un ojo sin cesar abierto sobre mi propiedad. puedo ser visto por mi vecino á cualquier instante, sin que yo lo vea; este temor turba mi reposo y mi libertad. Entre dos heredades, al contrario, que están abiertas una sobre otra, las condiciones son iguales; si uno de los vecinos ve al otro, él también es visto por éste (1).

42. La aplicación del principio no carece de dificultades. Se pregunta si las restricciones concernientes á las distancias son aplicables á las paredes de un jardín ó de un parque que estuviera en inmediato contacto con la heredad ajena, ó que se hallara á la distancia prescrita por el artículo 678. Unos contestan que las vistas ó ventanas de que habla el código *evidentemente* son las que iluminan los aposentos (2). Los otros contestan que esta distinción es *evidentemente* errónea (3). Esto prueba, como lo hemos dicho, que temblando debería pronunciarse la palabra *evidencia* en las cuestiones de derecho. Nosotros creemos que el voto es favorable á la primera opinión. El artículo 577, que habla de las luces, dice que no pueden establecerse sino á ocho piés encima del piso ó suelo “del aposento que se quiere iluminar.” ¿Es esto una simple enunciación ó una condición? Acerca de esto se podrá dis-

1 Marcadé, t. 2º, p. 594, art. 679, núm. 11, y las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 2º, p. 202, notas 7 y 8:

2 Ducaurroy, Bannier y Roustain, t. 2º, p. 216, núm. 319.

3 Aubry y Rau, t. 2º, p. 203 y nota 9, y los autores que citan; ésta es la opinión común.

putar interninablemente. De todos modos, esta disposición nos revela el espíritu de la ley; al menos ya no puede decirse que es *evidente* que la ley no ha tenido ninguna cuenta de la naturaleza de la heredad que está cerrada por una pared. Las restricciones establecidas tienen todas un solo y mismo objeto, dar la luz necesaria á una heredad para que pueda habitarse, y arreglar la construcción de las luces, de suerte que no sean incómodas para el vecino. Esto supone habitaciones y no simples paredes de cercado de un jardín ó de un parque: ¿acaso se necesitan luces para iluminar un terreno abierto á los rayos del sol? Se dirá que poco importa al vecino hacia cuya heredad se abren ventanas; que la incomodidad para él será la misma, si la ventana está abierta en la pared de un jardín ó en la de una casa. Nó; el inconveniente no es tan grande. Puede uno estarse desde la mañana hasta la noche, en todas las estaciones y en todo tiempo, á la ventana de un aposento; no se puede uno estar día y noche, con lluvia ó nieve, detrás de la pared de un parque ó de un jardín. Ciertamente que hay diferencias. La única dificultad está en saber si el legislador las ha tenido en cuenta; ahora bien, el artículo 677 prueba que la ley supone un edificio. Así, pues, en vista de los edificios es como se han establecido las disposiciones restrictivas de los artículos 676-679. Allí en donde no hay casa que iluminar, la cuestión no puede ser de luces. Pero esto no desvanece todas las dudas. Si los artículos no son aplicables á las cercas de un jardín ¿cuál será el derecho del propietario? ¿Podrá practicar las vistas que quiera sin observar ninguna distancia? Si lo es ¿no usurpa el derecho de su vecino? Creemos que nó. Mi vecino tiene el derecho de excluirme de su predio, mi vista tanto como mi paso; pero el derecho de apartar la vista no es tan limitado como el de apartar el paso. Entre dos

heredades abiertas, la vista es permitida. Se prohíbe ó restringe cuando se ejerce por las ventajas de un edificio. ¿Lo está también para las aberturas particulares en la pared de un jardín ó de un parque? Esta hipótesis no está prevista por el todo, y menos lo está por el espíritu de la ley.

43. Se ha llevado el rigor más lejos; se ha pretendido que debían aplicarse las disposiciones restrictivas de la ley á los intersticios ó intervalos que presenta la cerca, por ejemplo, cuando es de estacas ó está en forma de reja. La corte de casación ha rechazado estas exageraciones. Era el caso que uno de los vecinos había construido una pared de cercado de dos pies á lo largo del jardín del otro vecino, y sobre aquella pared había mandado colocar pilares de cuatro á seis pies de altura y de seis á doce pies de distancia; el intervalo lo llenaban tablas, que formaban, en el lenguaje del país una estacada de madera. Los espacios vacíos entre esas tablas daban vista hacia el jardín contiguo: ¿eran estas vistas rectas, ó ventanas de aspecto, en el sentido del art. 678? Nó, dice la corte. Claro es que no eran ventanas. Ahora, bien, por vistas, la ley entiende ventanas que se abren y cierran. Esto es decisivo. Se objeta que debe aplicarse la ley desde el momento en que hay una vista y que la distancia que hay entre las estacas de un cercado puede ser una vista. Nosotros contestamos que esto es exceder el rigor de la ley. El artículo 678 dice que no se pueden tener "vistas rectas ó ventanas de aspecto" sino observando las distancias que él prescribe. Luego no es exacto decir que toda vista hacia la heredad vecina esté prohibida; no está restringida sino cuando se ejerce por una ventana que se abre y cierra (1).

1 Sentencia de denegada apelación, de 3 de Agosto de 1836 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 558); Aubry y Rau, t. 2º, p. 206 y nota 27.

Se ha pretendido igualmente que la disposición del artículo 678 es aplicable á las puertas que sirven de salida. Si fueren puestas con vidrios, no habría, en efecto, más cambio que el nombre, porque las puertas servirían al mismo tiempo de ventanas. Pero si las puertas son de tableros llenos y sin vidrieras, no se puede decir entonces que hagan veces de ventanas de aspecto. Es claro que cuántas veces se abra la puerta, se podrá ver la heredad del vecino. Pero repetimos que no toda clase de vistas está vedada ó sometida á restricciones; no es una vista accidental la que molesta al vecino, sino una vista permanente y, en el caso de que se trata, ella no lo es. La jurisprudencia se ha pronunciado por la interpretación la menos rigurosa (1).

44. Distinta es la cuestión de saber si hay lugar á aplicar las disposiciones restrictivas del código, cuando la vista cae hacia una cerca que impide ver la heredad del vecino. La afirmativa no es dudosa si se ajusta uno al texto de la ley: el art. 678 dice que no pueden tenerse vistas rectas hacia la heredad "cercada ó no cercada" del vecino. La ley no permite que se distinga si la cerca es más ó menos alta. Como lo expresa la corte de Lyon, el legislador no ha podido entrar en estas circunstancias de hecho, porque habrían hecho variar el derecho de un día á otro. El que hoy se cerca puede descercarse mañana, puede elevar ó bajar su cerca, la pared puede perecer por accidente ó por la acción de los años. ¿Cambiará el derecho á causa de todos estos cambios? El legislador ha puesto una regla absoluta, y hay que ceñirse á ella (2).

Compárese Demolombe (t. 12, p. 33, núm. 561 y p. 54, núm. 576) que hace algunas reservas.

1 Véanse las sentencias citadas por Aubry y Rau, t. 2º, p. 207 y nota 20.

2 Lyon, 4 de Noviembre de 1864 (Daloz, 1866, 2, 17). En sentido contrario, Pardessus, t. 1º, ps. 457 y siguientes, núm. 204; Marcadé,

La corte de casación se ha pronunciado en favor de la opinión contraria. En el caso á examen, la vista se ejercía únicamente sobre el techo de la casa vecina; la corte falló, sin motivar su sentencia, que una vista semejante no estaba sometida, en cuanto á las condiciones de su existencia, á las reglas del art. 678. El relator Mesnard, da el motivo que Pardessus invoca, y es que no hay acción sin interés, y ¿en dónde está el interés del vecino que viene á quejarse de que se ha practicado una vista en su heredad, cuando esta vista no permite ver? (1). En otra sentencia se dice que el vecino ningún interés tendría en reclamar sino cuando quisiere aumentar la altura de su casa (2). Esto es hacer de la cuestión de derecho una cuestión de hecho. En el sistema del código civil, vistas á una distancia menor que la distancia legal son vistas de servidumbre. Por el hecho solo de que tales vistas están abiertas sobre su predio, el vecino puede quejarse de que se invade su propiedad. En vano se diría que por el momento él no experimenta ningún perjuicio; ¿es preciso acaso que aquél cuya propiedad es violada pruebe que esa empresa le causa un daño? El sufre lesión por el hecho solo de que se le usurpe su derecho. El temperamento que la doctrina y la jurisprudencia adoptan está fundado en la equidad; nosotros comprendemos que los parlamentos hayan juzgado en este sentido (3); pero bajo el imperio de nuestra legislación, los magistrados no pueden modificar

t. 2º, p. 595, art. 679, núm. 2; Demolombe, t. 12, p. 47, núm. 569 2, 70.

1 Sentencia de denegada apelación, 7 de Noviembre de 1849. (Daloz, 1849, 1, 297).

2 Sentencia de denegada apelación, de 2 de Febrero de 1863 (Daloz, 1863, 2, 75); Pau, 2 de Noviembre de 1865 (Daloz 1866, 2, 235); París 29 de Julio de 1865 (Daloz, 1867, 1, 258).

3 Ferrière, "Comentario sobre la costumbre de París," t. 2º, página. 686, núm. 19.

el rigor del derecho por la equidad sino cuando la ley les da este poder (1).

45. Las disposiciones del código acerca de las luces suponen que la pared en que se han abierto se une inmediatamente con la heredad ajena, art. 676. No pasa lo mismo con los arts. 678 y siguientes relativos á las vistas. Puede hallarse un terreno contiguo á la pared ó al terreno que el propietario de la pared posee, pero de una anchura menor que la distancia legal, de suerte que la vista cae á la vez sobre dos ó tres propiedades. Por más que la última no sea contigua á la pared, el propietario está obligado á observar la distancia que la ley prescribe para las vistas, aun cuando el propietario intermedio no se quejase. Porque á todas horas es cierto decir que la vista cae hácia un predio que no se halla á la distancia legal de la pared en donde está practicado. Así, pues, está dentro del texto y dentro del espíritu de la ley (2).

46. Hay dificultad cuando el terreno intermedio pertenece en común al propietario de la pared y al propietario del predio vecino hacia el cual cae la vista. ¿Se puede tener una vista sobre una cosa común sin observar las distancias prescritas por la ley? En principio la cuestión debe resolverse negativamente, así como lo ha hecho la corte de casación en una primera sentencia. Resulta, en efecto, de los arts. 678 y siguientes, que la distancia legal de seis piés prescrita para las ventanas de aspecto nunca debe estar compuesta, en cualquier parte que sea, de un terreno perteneciente á aquél sobre el cual se ejerce la vista. De aquí la corte de casación concluye, que si el terreno que forma la distancia intermedia es la propiedad de los dos vecinos, la línea de separación debe colocarse á la mitad

1 Massé y Vergé sobre Zacharie, t. 2º, p. 185, pfo. 329, nota 10.

2 Demolombe, t. 12, p. 38, núm. 561; Aubry y Rau, t. 11, p. 467 y nota 29.

de dicho terreno, de este modo se asegura á cada uno de los comunistas un goce igual de su co-propiedad (1). En teoría, la corte tenía razón de sobra; pero hacía mal en aplicar este principio á un caso especial en el cual la teoría sufre excepción, es decir, á la comunidad que implica indivisión forzada. Cuando un patio ó una callejuela se han dejado en común para que sirvan á los diversos usos á que se destinan, hay que ver si en la intención de las partes está el haber afectado el terreno indiviso á las luces y vistas que quisieren practicar á fin de dar luz y aire á sus habitaciones. Si se trata de un patio, la afirmativa no es dudosa, y con mucha frecuencia será lo mismo de las callejuelas ó pasajes. Nosotros hemos examinado ya la cuestión, tomo VII, núm. 484.

Hay autores y sentencias que á ejemplo de la corte de casación aplican la regla general á todos los terrenos comunes (2). Esto equivale á no tener en cuenta la voluntad de las partes interesadas, y no obstante, esta voluntad es lo decisivo. Si formalmente hubiesen destinado el terreno común á procurar aire y luz á sus heredades, la cosa sería evidente. Pues bien, la intención de las partes puede también resultar de la naturaleza del terreno que se ha dejado en común, tal es el caso de un patio, ó de las circunstancias que han acarreado la indivisión y que la mantienen, tal es el caso de una callejuela. De cualquiera manera que sea, desde el momento en que puede conocerse aquella intención, debe predominar sobre los principios que rigen la comunidad en general, principios que á su vez están fundados en la voluntad de los co-proprietarios.

1 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Mayo de 1831 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 765).

2 Pardessus, t. 1º, p. 459, núm. 204; Lieja, 15 de Junio de 1850 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 208). Compárese Burdees, 20 de Julio de 1858 (Dalloz, 1859, 2, 184).

47. ¿Hay que aplicar las disposiciones del código sobre luces y vistas, cuando el terreno que separa á los dos vecinos es una vía pública? La doctrina y la jurisprudencia aceptan la negativa. Existen, sin embargo, razones para dudar, las cuales han obligado á la corte á pronunciarse por la opinión contraria. En primer lugar, las disposiciones sobre los arts. 676 y siguientes son generales: ¿se puede admitir una excepción sin texto? ¿y se permite distinguir cuando la ley no distingue? Cuando el propietario de la pared posee un terreno contiguo de una anchura de cinco piés, no puede, no obstante, abrir en ella una vista recta; ¿cómo había de ser que él tuviese ese derecho cuando el terreno que lo separa de su vecino pertenece á la comuna? El no podría tenerlo sino á título de servidumbre legal, y ¿puede haber servidumbre legal sin ley? Se contesta que no hay lugar á aplicar los arts. 676 y siguientes cuando las aberturas practicadas en una pared caen hacia una vía pública, porque el código únicamente norma las relaciones de interés privado entre los que son propietarios exclusivos de los terrenos hacia los cuales caen las ventanas. Si el terreno es una vía pública, dejamos entonces de estar dentro del texto ni dentro del espíritu de las disposiciones restrictivas consagradas por el código. Ésta es una cuestión de derecho administrativo, y por consiguiente, de derecho público y no de derecho privado. Ahora bien, es elemental que las calles se destinen á dar á los propietarios que en ellas edifican salidas y vistas; ¿se pretende que haya casas sin puertas ni ventanas? (1). Bajo el punto de vista del interés general, ciertamente que la respuesta no es dudosa. ¿Pero el vecino sobre cuyo fundo se abren vistas sin observar las distancias

1 Véase el informe del consejero Mesnard, sobre la sentencia de la corte de casación, de 1º de Marzo de 1848 (Dalloz, 1848, I. 158). Compárense las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 2º, p. 207 y nota 30.

legales no tendría derecho á quejarse? ¿Qué le importa á él que el terreno intermedio pertenezca á la comuna ó á su vecino? El tiene derecho é interés en oponerse á las vistas de servidumbre que quieren abrir sobre su heredad, siendo que no hay ley ni título que establezca una servidumbre. La verdadera dificultad está en el texto. No es dudoso que el legislador decidiera la cuestión á favor de los ribereños, si fuese llamado á formar una ley sobre la materia; pero ¿lo ha resuelto así? Nó, dice la cortd de Nancy; pues entonces quedamos dentro de los términos absolutos del código civil (1). La argumentación sería irrefutable si la tradición no viniese en apoyo de la opinión general. Los arts. 678 y siguientes están tomados de la costumbre de París, cuyo art. 202 estaba concebido en estos términos: “ninguno puede practicar vistas rectas hacia la posesión vecina, ni hacia un sitio que le pertenezca, si no hay seis piés de distancia entre dicha vista y la heredad del vecino, y no puede ninguno tener vistas de costado ú oblicuas, si no hay dos piés de distancia.” ¿Cómo se interpretaba esta disposición? “el art. 202, dice Ferrière, debe entenderse de dos casas que no están separadas por una calle ó camino público, aun cuando la calle tenga menos de seis piés de ancho, porque la vista cae á la calle que es un sitio común, y no á la heredad del vecino.” Tal era también la jurisprudencia del Châtelet (2). Los autores del código han reproducido casi literalmente el art. 202 de la costumbre de París, y han declarado que no pretendían innovar en esta materia; luego el art. 678

1 Nancy, 25 de Noviembre de 1816 (Dalloz, *Servidumbre*, número 760).

2 Ferrière, “Comentario sobre la costumbre de París,” t. 2º, página 1680, núm. 3. Bourjon, “Derecho común de la Francia,” t. 2º, pág. 28, núm. 9. Desgodets, “Leyes de los edificios, sobre el artículo 202 de la costumbre de París,” núms. 15 y 16.

debe entenderse en el sentido que le prestaba el art. 202. Esto nos parece decisivo.

48. Quedan, sin embargo, algunas dificultades en pie. Se concibe que la necesidad pública supera al derecho del vecino cuando se trate de vistas rectas ó ventanas de aspecto; el interés general es tan evidente, que deja de ser escuchado el interés privado. Pero ¿qué necesidad hay de tener vistas oblicuas hacia la heredad del vecino, cuando la vista no cae hacia un terreno perteneciente al propietario de la pared? La corte de Dijón ha fallado que, en este caso, se volvía al derecho común, por una razón que parece decisiva; el código establece una regla que debe recibir su aplicación, á menos que haya una excepción. Y excepción escrita no la hay en la ley. Si se admite una excepción para las paredes paralelas á la calle, es por necesidad pública; luego la excepción debe restringirse dentro de los límites de la necesidad. La corte de casación no ha admitido este sistema. Ha resuelto, en principio, que todos los terrenos afectos á la vía pública se destinan á toda suerte de servicios compatibles con su naturaleza, de donde se sigue que cada cual puede usarlos, con la única condición de ajustarse á las medidas administrativas ó de policía que deben reglamentar ese uso. Ahora bien, de su mismo destino nace para los ribereños el derecho de practicar salidas, de tomar vistas, de hacer balcones ú otras construcciones en voladizo, sin que estén sometidas á más restricciones que aquellas que el poder administrativo tenga á bien determinar. Se objetan las disposiciones limitativas de los arts. 678 y 679; la corte contesta que estos artículos tienen únicamente por objeto reglamentar relaciones de vecindad entre propiedades privadas. Como decía el consejero Mesnard, deja de haber vecindad cuando dos propiedades están separadas por la

vía pública, porque cada una de las heredades confina con la vía pública y no con una heredad del vecino; y la vía pública está destinada á recibir las vistas, sin que haya que distinguir entre las vistas rectas y las oblicuas, porque el derecho de los ribereños para practicar unas y otras resulta de la naturaleza misma de los terrenos hacia los cuales se abren inmediatamente (1). No nos parece tan decisiva la argumentación. ¿Acaso el vecino hacia cuyo predio cae la vista no podría contestar que no disputa al ribereño el derecho de usar de la vía pública, que hasta le reconoce el derecho de practicar vistas rectas, puesto que es una necesidad, pero que cesando la razón de la excepción para las vistas oblicuas, la excepción debe cesar también? La verdadera respuesta se halla en la tradición. En el antiguo derecho, se admitía que la costumbre de París no tenía aplicación á la vía pública, y no se hacían distinciones entre las vistas rectas y las oblicuas. El código civil debe interpretarse en el mismo sentido.

49. La corte de casación comprende en la excepción los balcones y demás construcciones en voladizo. Esto es más dudoso. Respecto á los balcones, no hay un asomo de necesidad de derogar las disposiciones restrictivas del código civil. Estas construcciones son de puro recreo; ¿el derecho de uno de los vecinos no debé ser superior al placer del otro? La corte de Bruselas contesta que ésta es menos una cuestión de necesidad que una cuestión de derecho. En efecto ¿no están las calles esencialmente destinadas á la circulación? ¿y no están los transeuntes en libertad para mirar las casas y aun á su interior al través de las ventanas? ¿Si este derecho pertenece á todo transeunte, por qué rehusarlo al que tiene un balcón? El usa

1 Sentencia de casación de 27 de Agosto de 1849 (Daloz, 1849, 1, 227). Compárese sentencia de casación de 1º de Julio de 1861 (Daloz, 1862, 1, 138).

del derecho común (1). Esto nos parece más sutil que verdadero. El que tiene un balcón puede mirar á sus anchas hacia la heredad del vecino, desde la mañana hasta la noche. De él puede decirse que su mirada y su pie están en el predio sobre el cual puede ejercer incesantemente su curiosidad indiscreta. Mientras que el que pasa por una calle no ve más que á hurtadillas, porque no se planta en una calle desde la mañana hasta la noche. Así, pues, la diferencia es grande; si á pesar de esto se admite que los balcones son una excepción (2), no vemos más motivo para explicar esta derogación al derecho común que la tradición consuetudinaria.

50. Admitido el principio, hay que aceptar todas las consecuencias. Se ha fallado que las disposiciones restrictivas del código concernientes á las vistas no son aplicables á los canales de derivación, porque como éstos, tanto como los ríos están destinados á todos los usos que de ellos quisieran hacer los ribereños, lo están también para recibir las luces y vistas (3). La corte de casación ha ido más lejos. Tratábase de un terreno que no estaba adscrito al tránsito del público, servía para el desagüe de tres fuentes comunales; además, las aguas pluviales de una gran parte de la comuna corrían por este terreno para dirigirse á un depósito subterráneo. La corte dedujo que este terreno, que pertenecía á la comuna, estaba destinado al uso y las necesidades generales de los habitantes; que así, pues, tenía los caracteres del dominio público, tal como lo define el art. 538. Ahora, como no está limitado el uso que los habitantes pueden hacer del dominio pú-

1 Bruselas, 14 de Agosto de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 146 y *Pasicrisia*, 1348, 2.

2 Demolombe, t. 12, p. 42, núm. 567; Aubry y Rau, t. 2º, p. 208 y nota 32, y las autoridades que citan.

3 Lieja, 2 de Abril de 1838 (*Pasicrisia*, 1839, 2, 96).

blico resulta que pueden servirse de él para abrir vistas (1).

## II. De las luces.

51. El art. 676 establece que el propietario de una pared no medianera, en "inmediato contacto" con la heredad ajena, puede practicar en dicha pared luces con enverjado de fierro ó con bastidores fijos. ¿Qué es lo que debe decidirse si la pared no está en inmediato contacto con la pared del vecino? Si entre la pared y dicha heredad hay la distancia prescrita por los arts. 678 y siguientes, el propietario podrá abrir vistas rectas y oblícuas. Pero si no existe la distancia legal, no tiene el derecho de tener ventanas que se abran y cierren. ¿Podrá en este caso, abrir luces? La afirmativa no sufre duda alguna. Si él puede abrir luces, aun cuando la pared esté en inmediato contacto con el predio del vecino, con mayor razón podrá practicarlas, si él posee un terreno más allá de la pared hacia la cual caen las luces (2).

52. El código reglamenta el modo de construcción de las luces, y ya hemos dicho con que fin, núm. 35. Según los términos del art. 676, las luces deben ser con enverjado de fierro, es decir, como lo explica el segundo inciso, que deben estar provistas de una red de fierro, cuyas mallas tengan un decímetro de abertura á lo sumo. Esta red es bastante inútil, puesto que no se trata de ventanas propiamente dichas; el legislador ha temido sin duda que el que habita el aposento iluminado por una luz quite los marcos para echar al predio del vecino lo que no tiene derecho de echar. La experiencia hace constar desgraciadamente que no hay malicia ni perversidad que no pue-

1 Sentencia de denegada apelación, de 18 de Enero de 1859 (Da. loz. 1859, 1, 65).

2 Demante, "Curso analítico," t. 2º, p. 624, núm. 532 bis, 2º

da esperarse entre vecinos, una vez que se han agriado las buenas relaciones. Además, la ley quiere que los cristales sean fijos, es decir, que los marcos en los que están colocados estén fijos á la pared de modo que no se puedan abrir; en las antiguas costumbres, se decía: "pegadas con yeso ó con cal, lo que es signo de perpetua permanencia; según el art. 525, la expresión "con vidrios fijos," implica que éstos se fijen á perpetuidad. Esta es la garantía esencial para el vecino. La ley no dice que el vidrio debe estar apagado; pero el vecino está impedido de ver por el hecho solo de no poder abrir la ventana, y tener esta una reja de fierro. Así, pues, la ley da impropriamente á estas luces el nombre de ventanas (1).

53. "Estas ventanas ó luces, dice el art. 677, no pueden establecerse sino á veintiseis decímetros, ocho piés, encima del piso ó suelo del aposento que se quiere iluminar, si es en el piso bajo, y á diez y nueve decímetros, seis piés, encima del suelo para los pisos superiores." La ley no limita el alto y ancho de las luces; el propietario de la pared goza, pues, á este respecto de una completa libertad. Y es porque el uso de esta libertad no puede causar ningún perjuicio al vecino, porque por altas y anchas que sean las ventanas, no pueden servir para ver hacia el predio del vecino, y no se puede abusar de ellas para arrojar nada. Poco importa, según esto, que tengan mayor ó menor extensión, darán una luz más considerable, lo que aprovechará á uno de los vecinos sin causar perjuicio al otro (2).

I Esta es la esplicación de Ferrière sobre la "costumbre de París," t. 2°, p. 1676, núm. 6. La "costumbre de Orleans" decía: "que no debe tenerse al través del vidrio "mirada penetrativa" sobre el vecino." De aquí, dice Ferrière, algunos han creído que era preciso que fuese vidrio grueso y obscuro. La "costumbre de París" decía, como el código, "vidrio con bastidor fijo," lo que implica "vidrio resñado y pegado." Si fuera obscuro sería poco útil. Otras costumbres decían: "vidrio muerto," para marcar que no puede ser movido.

2 Hay algunas dificultades en la aplicación, dificultades técnicas

*III. De las vistas.*

54. Las vistas son ventanas que se abren. Son más ó menos molestas para el vecino, según que son rectas ú oblicuas (1). De aquí la distinción hecha por los arts. 678 y 679: "No se pueden tener vistas rectas ó ventanas de aspecto, ni balcones ú otros salientes semejantes sobre la heredad del vecino, si no hay diez y nueve decímetros, seis piés, de distancia entre la pared en donde se practican y dicha heredad. No se pueden tener vistas de costado ú oblicuas hacia la misma heredad si no hay seis decímetros, dos piés, de distancia." La ley no limita el modo de construcción de las vistas, no dice á qué distancia del piso pueden practicarse. A este respecto, el propietario de la pared goza de una libertad absoluta: y no había ninguna razón para restringirla, puesto que las vistas caen sobre un terreno que le pertenece; pero si este terreno fuese poco considerable, la vista caería en gran parte hacia la heredad del vecino; luego habría una invasión en su propiedad. Para impedirlo, el legislador determina la distancia que debe existir entre la pared y el predio del vecino. Esta distancia se calcula de suerte que las vistas no puedan causar al vecino más que una de esas molestias que la vecindad produce necesariamente, y que cada uno debe soportar para que la vida común sea posible.

55. La disposición del art. 678 no se aplica solamente á las ventanas propiamente dichas, recibe también la aplicación á los balcones y otros voladizos semejantes, dice

más bien que de derecho, para las cuales remitimos á Aubry y Rau, (t. 2º, p. 203 y notas 11-13) y á Demolombe, t. 12, p. 10, núms. 534 y siguientes.

1 Ya hemos dicho lo que se entiende por vista "recta" y por vista "oblicua." En cuanto á las dificultades de aplicación, remitimos á los autores precitados, á menos que den margen á una cuestión de derecho (Aubry y Rau, t. 2º, p. 202 y notas 2-6, y las autoridades que citan).

el texto. Hay que entender por esto obras cualesquiera que forman una parte integrante de la construcción, por cuyo predio la vista puede ejercerse en la heredad del vecino. Se pregunta si la ley es aplicable al techo dispuesto en forma de terrado. La corte de Metz ha resuelto la negativa. "Las obras de que el vecino se queja, dice la sentencia, no constituyen en realidad más que la techumbre de la casa; si es costumbre establecer los techos en un plano más ó menos inclinado, nada impide que se les dé una forma plana ú horizontal; nada impide tampoco al propietario de una casa construida de esa manera que transforme la azotea y haga de ella una especie de *celvedere* ó sitio de descanso." La sentencia agrega que procediendo de tal manera, el propietario no hace más que usar de su derecho, sin hacer daño al de su vecino, que puede, si le parece bien, dar mayor altura á su casa (1). Verdad es que este caso no entra en la letra de la ley; un techo en terrado no es una vista recta, ni un balcón, ni un saliente. ¿Pero no es esto sujetarse con demasiado servilismo al texto? El legislador al servirse de las expresiones las más generales "y otros salientes semejantes," ha manifestado suficientemente su intención de incluir todas las obras que procuren vista á la heredad del vecino. Sin duda que cada uno es libre para construir y usar sus techos como mejor le ocurra. Pero yo también puedo edificar como me agrade; sin embargo, si lo hago de modo que me procure vista hacia el predio vecino, estoy obligado á dejar entre su heredad y la mía la distancia prescrita por la ley. A recurso de casación, recayó una sentencia de denegada, pero se ve por las observaciones del promotor fiscal que la decisión se habría casado si la corte de casación no hubiese hallado una justificación suficiente en otros motivos.

1 Metz, 25 de Mayo de 1848 (Daloz, 1849, 1, 296).

Hay una sentencia de la corte de Bruselas en el sentido de nuestra opinión (1).

¿Quiére decir esto, que esté prohibido todo medio de ver? Los términos y el espíritu de la ley implican que debe haber una construcción, una obra cualquiera que esté destinada á procurar una vista hacia la heredad del vecino; por consiguiente, la vista debe ejercerse de una manera permanente y con un destino perpétuo. Se ha fallado que las pilas de leña elevadas temporalmente en un corral no caen bajo la aplicación del art. 678, porque, por su naturaleza y destino, no procuran al propietario del corral, ni á las personas de su casa una vista recta hacia la heredad del vecino. Verdad es que los jornaleros encargados de quitar y poner las rajás podían ver momentáneamente hacia el jardín del vecino; pero este hecho accidental no constituye una vista en el sentido de la ley que la llama una servidumbre, lo que marca una cierta permanencia. Todo lo que podía sostenerse era que los haces de leña, tales como estaban colocados en el corral, causaban un daño al vecino, y que de ésto resultaba una acción de indemnización (2)

56. Hay una cuestión más dudosa: ¿el artículo se aplica á las aberturas que un propietario practica en su techo y que sólo al cielo miran? Las sentencias les dan el nombre de *lumbreras*, y resuelven, lo mismo que los autores, que éstas no son vistas propiamente dichas, y que por consiguiente, no hay lugar á aplicar las disposiciones restrictivas del código. ¿No es esto demasiado absoluto? Pardessus dice, que el vecino no tiene derecho á quejarse por falta de interés (3). Este recurso de no recibir, como ya

1 Bruselas, 23 de Julio de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 213). y Dalloz, *Servidumbre*, núm. 750. Compárese Demolombe, t. 12, p. 52, núm. 573. Aubry y Rau, t. 2º p. 205, nota 21.

2 París, 6 de Agosto de 1833 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 752).

3 Pardessus, t. 1º, p. 463, núm. 207. Compárese Aubry y Rau, t. 2º, p. 209 y nota 34.

lo hemos hecho observar, núm. 44, no nos parece suficiente. Si las lumbreras están construidas de modo que únicamente iluminen los altos de un edificio, entonces es claro que no constituyen vistas, porque la ley entiende por vistas las ventanas que sirven para ver hacia la heredad ajena. La cuestión es, pues, en realidad, una dificultad de hecho. La corte de Burdeos falló que una lumbrera que existía en el remate de una casa, y destinada á dar luz á una letrina y á conducir hacia el techo, había sido calificada impropriamente de ventana, porque era una luz más bien que una vista (1); luego se debía aplicar el art. 678. En otro caso, fallado por la corte de Metz, las aberturas se habían practicado en el remate del techo únicamente para procurar aire y luz al corredor del primer piso; no daban ni vistas rectas ni vistas oblicuas hacia el jardín y la casa del apelante; unos cancelos colocados por debajo de dichas aberturas impedían acercarse á ellas. Sin duda que estos cancelos podían quitarse. Si lo son, dice la corte, los jueces resolverán; pero á cada día le basta su faena, y los tribunales no deben juzgar por anticipación de las dificultades que todavía no surgen. La sentencia no admitió la demanda por carecer por el momento de interés (2). La corte de Colmar ha fallado en el mismo sentido, siempre de hecho, resolviendo que la abertura litigiosa no podía procurar al propietario más ventaja que la de dar luz á su casa, y que era imposible utilizarla como ventana de aspecto (3). La misma decisión de la corte de Lieja: la sentencia hace constar que la ventana de que se trataba en el litigio estaba construida en tales condiciones, que impedían dirigir la vista á la propiedad del vecino; tomando luz del

1 Burdeos, 1º de Febrero de 1839 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 447.

2 Metz, 13 de Abril de 1853 (Daloz, 1854, 5, 704).

3 Colmar, 2 de Mayo de 1855 (Daloz, 1856, 2, 9).

cielo, sólo podía iluminarse el granero en donde trabajaban algunos jornaleros. (1)

57. ¿Cómo se cuentan las distancias prescritas por los arts 678 y 679? El art. 680 contesta en estos términos: “la distancia de que se habla en los dos artículos precedentes se cuenta desde el paramento exterior de la pared en donde se practica la abertura, y si hay balcones ú otros salientes semejantes, desde su línea exterior hasta la línea de separación de las dos propiedades. Esta disposición se aplica, sin ninguna dificultad, á las vistas rectas. La corte de casación ha asentado á este respecto un principio que resulta del motivo mismo por el cual debe observarse una cierta distancia: “todo el espacio de que se compone la distancia debe tomarse en el terreno del que practica la abertura, de manera que la vista jamás alcance una porción cualquiera del predio vecino sino según la distancia legal” (2). El art. 680 está en perfecta armonía con este principio cuando se trata de vistas rectas. Pero los autores están unánimes en decir que esta disposición no puede tener aplicación literal en las vistas oblicuas; sería necesario, según el texto, contar la distancia desde el paramento exterior de la pared en donde se practica la abertura, y si se procediera de este modo, se llegaría á este resultado absurdo, que la mayor parte de las vistas de costado serían imposibles, porque la pared debería hallarse separada de la heredad vecina por un espacio de seis decímetros, siendo así que con mayor frecuencia es contigua. Pero poco importa la contigüedad de la pared, con tal que las aberturas estén alejadas de la heredad vecina á la distancia prescrita por la ley; así, pues, la distancia debe calcularse desde el punto en que está practicada la

1 Lieja, 10 de Julio de 1867 (*Pasicrisia*, 4868, 2, 49).

2 Sentencia de denegada apelación, de 1<sup>o</sup> de Diciembre de 1851 (*Dalloz*, 1852, 1, 30). *Demolombe*, t. 12, p. 26, núm. 532.

abertura. Según esto, hay acuerdo en admitir que para las vistas oblicuas la distancia de diez decímetros debe contarse desde la arista de las jambas de la ventana (1).

58. La aplicación del art. 680 da lugar á una dificultad cuando las dos heredades están separadas por una pared medianera. ¿Cuál es, en este caso, el punto preciso en donde comienza la heredad vecina? ¿después de la pared? ¿antes de ésta? ¿ó la línea de separación se halla en el medio? Se calcula la distancia, según la opinión común, partiendo del punto medio. Hay, sin embargo, una razón para dudar, y es que la pared medianera es común é indivisa entre los dos propietarios en cada una de sus partes. Si se atiende uno á este principio, que es incontestable, no se hallará un punto medio que forme la línea de separación, porque un punto medio implica la división, mientras que en la medianería toda división es imposible. ¿Pero qué hacer? ¿No tener en cuenta la pared? Esto no puede ser. ¿Colocar la línea de separación después ó antes de la pared? No hay razón para decidirse en favor de uno de estos pareceres más bien que á favor del otro. Forzosamente ha tenido que colocarse la línea de separación en el medio. Esta es la opinión general, con excepción del disenso de Valette (2).

*Núm. 3. De los días y vistas de servidumbre.*

*I. Principio.*

59. Cuando las luces y las vistas se practican conforme á las condiciones y restricciones establecidas por los artículos 676-679, no confieren al propietario de la pared ningún derecho de servidumbre en la pared del vecino; son el ejercicio de la propiedad, tal como está organizada

1 Pardessus, t. 1<sup>o</sup>, p. 461, núm. 206.

2 Aubry y Rau, t. 2<sup>o</sup>, p. 206 y nota 24. Mourlon, t. 1<sup>o</sup>, p. 794, nota.

en la sociedad civil. Puede decirse que el propietario de la pared no es libre, supuesto que no puede practicar en su pared las aberturas que le parezcan; puede decirse también que el vecino no es libre, supuesto que él no puede excluir de su heredad la mirada del que tiene una vista cualquiera hacia su predio. La libertad absoluta no existe ni para las personas ni para las cosas. En razón de las necesidades del estado social, la propiedad está sujeta á restricciones que la ley llama servidumbres, pero que en realidad, forman el derecho común de la propiedad. El que hace en su pared luces y vistas sometiéndose á esas restricciones, obra, pues, á título de propietario. En este sentido se llama á estas vistas, vistas de derecho. En cambio, si el propietario no se somete á esas restricciones, se excede del derecho que le confiere la propiedad, ó impone al predio vecino una restricción que no resulta del derecho común, es decir, que lo grava con una servidumbre.

60. ¿Cuándo puede decirse que el que abre una luz ó una vista en una pared se excede de su derecho de propiedad? Cuando se trata de una vista ó ventana de aspecto, no hay duda alguna; la restricción consiste en observar una cierta distancia; el que practica una abertura sin observar la distancia ya no procede como propietario, luego procede á título de servidumbre. Así es que las vistas que se hallan á una distancia menor que la legal son vistas de servidumbre. Respecto á las luces, hay alguna dificultad. El código prescribe varias restricciones: unas concernientes al modo de construir las luces, las otras á la distancia, partiendo del suelo, á la cual puede hacerse la abertura. ¿Basta que una ú otra de las condiciones prescritas por la ley no haya sido satisfecha para que la luz venga á ser luz de servidumbre? La negativa está aceptada por la doctrina y consagrada por la jurisprudencia. Trátase de saber si las luces establecidas en condiciones extralegales,

y mantenidas durante treinta años, gravan al predio vecino con una servidumbre de luz. Para que una servidumbre se adquiriera por prescripción, se necesita una posesión trentenaria, y esta posesión debe reunir las condiciones generales que se requieren para que la posesión conduzca á la prescripción. Lo que notoriamente precisa es que la posesión no consista en actos de simple tolerancia, art. 2232. Así, pues, la cuestión es ésta: ¿las luces extralegales constituyen una posesión útil para prescribir, del mismo modo que las vistas extralegales sirven de fundamento á la prescripción? Existe una razón de diferencia entre las vistas y las luces. Las primeras son de tal manera onerosas al vecino, que no puede admitirse que él las permita por tolerancia; son una usurpación tan directa de la propiedad, que debe suponerse que se hace en virtud de un título, ó por lo menos en virtud de un concurso tácito de voluntades. Mientras que las luces son mucho menos incómodas; luego el vecino puede tolerar mucho sin que por esto pueda inferirse que es su intención conceder un derecho. ¿Qué le importa que las mallas tengan una abertura de un decímetro y medio en vez de un decímetro, como lo quiere el art. 677? No por ello dejará de ser una luz de tolerancia, es decir, exclusiva de la idea de servidumbre. Síguese de aquí que, respecto á las luces, la cuestión de saber si son actos de tolerancia ó actos de servidumbre sigue siendo una cuestión de hecho, la cual se resolverá en virtud del art. 2232 más bien que en virtud de la aplicación rigurosa de los arts. 676 y 677.

Conforme á este principio se ha fallado que una abertura practicada á una distancia de cinco piés del piso, siendo así que la ley prescribe una distancia de ocho piés, no era por esa sola razón una luz de servidumbre, en primer lugar porque el "antepecho" quedaba muy alto, y en segundo lugar, porque la abertura estaba enverjada y con

barrotes: tales son términos de la sentencia. La corte dedujo de esto que la luz había conservado su carácter de cosa precaria. Dáse á estas luces el nombre de tolerancia ó de permiso, porque el vecino permite por tolerancia que se practique de un modo contrario á las severas prescripciones de la ley. Del mismo modo, la corte de París ha decidido que las luces provistas de barrotes y de travesaños de fierro, y establecidas á la altura prescrita por el artículo 677, no perdían su carácter de luces de tolerancia, por no estar emparrilladas según las dimensiones exigidas por la ley; la sentencia dice que esta era una tolerancia del vecino, que no debía recaerle en perjuicio transformando la tolerancia en servidumbre (1). La corte de casación ha sancionado esta doctrina, por ser favorable á los propietarios que practican luces en sus paredes, más bien que desfavorable, pues si la menor inobservancia de la ley tuviera por consecuencia el amenazar á los vecinos con una servidumbre, el'os exigirían la ejecución rigurosa de la ley; los propietarios sufrirán con esto así como la buena armonía de vecindad, que es tan importante no envenenar. Así es que, es de jurisprudencia que la cuestión de saber si las luces son de tolerancia ó de servidumbre es una cuestión de hecho, abandonado á la apreciación de los tribunales; sin duda que los jueces podrán tener en cuenta la inobservancia de las condiciones prescritas por los arts. 676 y 677, pero su decisión será siempre una decisión de hecho, pronunciada por aplicación del artículo 2282 (2).

1 París, 29 de Abril de 1839 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 474, 4°).

2 Sentencia de denegada apelación, de 24 de Octubre de 1838 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 474, 5°). Sentencia de casación, de 18 de Julio de 1859 (Daloz, 1859, 1, 400). Compárese Pau, 20 de Noviembre de 1856 (Daloz, 1866, 2, 234), y Aubry y Rau, t. 2°, ps. 204 y siguientes.

61. Si las luces y vistas practicadas en una pared son luces y vistas de derecho, y si subsisten durante treinta años, resultará que son una servidumbre á cargo del predio vecino. ¿Pero en qué consiste esta servidumbre? El propietario de una pared en contacto inmediato con la heredad del vecino ha practicado en ella unas ventanas de aspecto, cuando únicamente tenía derecho á abrir luces, ó ha abierto, en verdad, dichas vistas hacia un terreno que le pertenece, pero que no ofrece la anchura requerida por la ley, de suerte que el propietario no tenía el derecho de practicar vistas. Las que ha hecho, en una y otra hipótesis, subsisten durante treinta años. ¿Cuál será el efecto de esta presunción? La cuestión divide á las cortes de casación de Francia y de Bélgica, y las de apelación siguen á la suprema corte. Los autores también están divididos. Desde luego hagamos constar que todos están de acuerdo en un punto, y es que el vecino que ha tolerado que el propietario de la pared establezca en ella algunas vistas, siendo que sólo tenía derecho á abrir luces, no puede ya después de treinta años pedir que se tapen dichas vistas: todo derecho prescribe á los treinta años, luego también prescribe el derecho de pedir que se supriman las aberturas extralegales. ¿Pero no debe irse más lejos y decir que el propietario de la pared ha adquirido la servidumbre de vista por la prescripción trentenaria? Tal es la opinión consagrada por la jurisprudencia francesa, y á nuestro juicio, esa es la buena.

La última sentencia de la corte de casación de Francia asienta los principios con toda claridad (1). Hay una servidumbre de vista que consiste en tener vistas ó ventanas de aspecto hacia la heredad ajena, y que tiene por efecto

1 Sentencia de casación, 22 de Agosto de 1853 (Daloz, 1853, 1, 247). Las otras sentencias están citadas ó indicadas en Daloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 781. Compárese Aubry y Rau, t. 2º, pág. 209, nota 36, y Demolombe, t. 12, p. 65, núm. 580.

impedir que el propietario del fundo sirviente obstruya la vista al edificio. Que semejante servidumbre se establezca por título, jamás ha sido motivo de duda. Conforme al código civil puede también establecerse por prescripción. En efecto, según los términos del art. 690, las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por la posesión de treinta años. Ahora bien, la servidumbre de vista es á la vez continua y aparente, y los arts. 688 y 689 lo dicen formalmente. Síguese de aquí que el propietario de una pared que en ella ha practicado unas ventanas que caen inmediatamente hacia la propiedad de su vecino y que las posee por espacio de treinta años, ha adquirido por la prescripción la servidumbre de vista. La servidumbre de vista establecida por la posesión trentenaria tiene el mismo efecto que si se hubiese constituido por título, porque la ley pone en la misma línea las dos maneras de adquisición. Hay todavía más: la prescripción supone la existencia de un título antiguo que se ha perdido, ó por lo menos el consentimiento tácito del propietario del predio que tolera por treinta años la sujeción: esto es lo que ha expresado el orador del gobierno al exponer los motivos del título de las "Servidumbres" (1). Luego no hay ninguna razón para establecer una diferencia entre los efectos de la servidumbre de vista, según que se adquiriese por título ó por prescripción. En uno y otro caso, debe aplicarse la disposición del art. 701 que dice: "El propietario del predio deudor de la servidumbre nada puede hacer que tienda á disminuir el uso de aquella ó á volverlo más incómodo." Luego cuando una servidumbre de vista se ha adquirido por prescripción, el propietario del predio sometido ya no puede obstruir las vistas edificando.

62. Tal es la teoría del código. ¿Qué es lo que la corte de casación de Bélgica opone á esa interpretación? Ella

1 Berlier, Exposición de motivos, núm. 21 (Locré, t. 4º, p. 182).

parte del principio de que el derecho natural de propiedad da al propietario de la pared el derecho de abrir en ella tantas ventanas cuantas quiera; y en virtud del mismo derecho de propiedad, el vecino puede erigir en su fundo las construcciones que juzgue convenientes, aun cuando inutilizaren las ventanas que el propietario hubiese abierto en su pared. El código civil ha puesto algunas restricciones al derecho natural de propiedad, no permite al propietario de una pared que se enlace inmediatamente con la heredad ajena, que practique en ella vistas ó ventanas de aspecto, arts. 676 y 678. Estas restricciones constituyen servidumbres, y el código mismo les da este nombre. ¿Qué hace, pues, el propietario que abre vistas en su pared sin observar las distancias legales? Se emancipa de la servidumbre que la ley le había impuesto, vuelve á entrar á su derecho natural de propiedad, en el sentido de que las ventanas que él practica en su pared se consideran como el ejercicio de un derecho, si existen desde hace treinta años. Pero la libertad que él ha reconquistado de ninguna manera ataca la de su vecino; éste no puede ya, en verdad, pedir la supresión de las vistas después de treinta años, pero nada le impide que edifique en su predio, aun cuando al hacerlo tapase las ventanas que el propietario de la pared ha abierto en ésta. En efecto el propietario al poseer ventanas durante treinta años, únicamente se ha libertado de una servidumbre, y no la ha adquirido sobre la heredad vecina (1).

1 Sentencia de casación, 19 de Mayo de 1853 (*Pasicrisia*, 1853, 1, 326). Compárese sentencia de Gante de 11 de Mayo de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 254). Esta es la jurisprudencia casi constante de las cortes de Bélgica: Bruselas, 20 de Abril de 1824 (*Pasicrisia*, p. 105) y 4 de Junio de 1834 (*Principios*, 1824, 2, 129); Gante, 29 de Marzo de 1839 (*Pasicrisia*, 1839, 2, 65); Lieja, 13 de Julio de 1853 (*Pasicrisia*, 1853, 2, 315).

Nosotros hemos contestado de antemano á esta argumentación al combatir el principio de la pretendida propiedad natural, y al exponer la teoría de las servidumbres legales. Las cortes de Bélgica han seguido la doctrina de los intérpretes del derecho romano; pero esta doctrina no es la del código: el legislador francés no ha hecho más que reproducir la costumbre de París, núm. 37. Ciertamente es que da el nombre de servidumbres á las disposiciones de los arts. 676 y siguientes, concernientes á las vistas y á las luces. Pero se hace mal en dar alguna importancia á esta calificación, puesto que el código coloca en otra parte estas servidumbres, entre los cuasi-contratos, y Pothier las hacía derivar todas del cuasi-contrato de vecindad; y cosa notable, trata de este cuasi-contrato y de las restricciones á la propiedad que de él resultan, al exponer los principios del contrato de sociedad, como si hubiera querido marcar que estas restricciones llamadas servidumbres legales no son más que concesiones recíprocas que los hombres deben otorgarse en el estado de sociedad. Nuestra misma corte de casación ha proclamado estos principios en sus sentencias sobre la cuestión de saber si las servidumbres que se llaman legales son una expropiación, y si con tal título dan derecho para pedir una indemnización. En estas sentencias se ha inspirado, en principios nuevos que han incitado á nuestras costumbres á moderar el derecho de propiedad en vista de las necesidades de la vida social. Las servidumbres legales no son más que estos mismos temperamentos, como Ferrière los llama. Mientras que las cortes de Bélgica se han atenido, infundadamente, á nuestro juicio, á la teoría romana. Al reproducir el principio que sirve de punto de partida á la jurisprudencia, debemos rechazar también las consecuencias en las que viene á parar. Las vistas y las luces autorizadas por los arts. 676 y siguientes llamábanse en otro

tiempo vistas de costumbre, para distinguirlas de las vistas de servidumbre, luego eran vistas de derecho, practicadas en virtud del dominio de propiedad. Si el propietario de una pared en contacto inmediato con la heredad agena abre en aquellas ventanas no teniendo derecho á ello, no procede ya á título de propietario, sino á título de servidumbre; él no se emancipa de una servidumbre, puesto que ninguna lo gravaba. Luego si él posee dichas ventanas durante treinta años, habrá adquirido un derecho que no tenía como propietario, habrá adquirido una servidumbre de vista.

La jurisprudencia de nuestras cortes está en completa oposición con estos principios que son los de la costumbre de París, principios escritos en nuestros textos. Las vistas que los comentadores de la costumbre de París llamaban "vistas de costumbre," es decir, "vistas de derecho," se convierten en "vistas de servidumbre;" y las vistas que el propietario adquiere por medio de la prescripción, las "vistas de servidumbre" se vuelven "vistas de propiedad" (1). Acabamos de decir que esta teoría se halla en oposición con nuestros textos. Cuando el propietario de una pared, en inmediato contacto con la heredad agena, practica vistas, ¿cuál es el derecho del vecino? Puede pedir su supresión. ¿Por qué? Porque son una invasión en su propiedad, porque como lo expresaban los jurisconsultos de la escuela del derecho consuetudinario, el que pone los ojos en la casa del vecino pone en ésta los pies. ¿Cómo es que tal invasión en la propiedad del vecino se convertiría, después de treinta años, en el ejercicio de la propiedad? Porque después de treinta años el vecino ya no puede reclamar la supresión de las vistas ¿resultará

1 Esto es lo que dice la sentencia de casación de Gante, pronunciada en tribunal pleno. No hace, por otra parte, más que repetir lo que había dicho Merlin, "Cuestiones de derecho," *Servidumbre*, pfo. 3° (t. 14, p. 245).

que el propietario de la pared ha hecho acto de propiedad al invadir la heredad del vecino? ¿Un ataque á la propiedad puede alguna vez transformarse en acto de propiedad? Se concibe que dicha usurpación, continuada y sufrida treinta años, se convierta en una servidumbre, en un gravamen para uno de los predios, en un derecho para el otro; mas no se concibe que lo que era en sus principios una violación de la propiedad del vecino se tome por el transcurso del tiempo en el ejercicio del derecho de propiedad (1).

Se hace una objeción muy especiosa contra la opinión que estamos sosteniendo. Es de principio que los efectos de la prescripción se limitan á la posesión: *tantum praescriptum quantum possessum*. Y ¿qué es lo que ha poseído el propietario de la pared? Unas ventanas. Pues bien, se le dejan estas ventanas, él las conserva, y ya no se le puede obligar á que las tape. Esta es la servidumbre continua y aparente que ha adquirido. ¿Pero ha adquirido también la servidumbre que consiste en impedir que el vecino edifique? Esta es una servidumbre no aparente que no se adquiere por la prescripción, el propietario de la pared no ha poseído esa servidumbre, luego no puede prescribirla. Esta objeción tiende nada menos que á suprimir el artículo 690, que permite adquirir por la posesión de treinta años la servidumbre de vista que los arts. 688 y 689 colocan entre las servidumbres continuas y aparentes. ¿Qué cosa es esta servidumbre de vista? Establecida por título, tendría ciertamente por efecto impedir que edificase el propietario del predio sirviente, obstruyendo las vistas. Establecida por prescripción, debe tener el mismo efecto. En vano se dice que el propietario de la pared no ha poseído la servidumbre de no edificar. El que practica vistas en su pared ¿qué es lo que quiere? Recibir la luz y el

1 Demolombe, t. 12, p. 62, núm: 580.

aire, tener la facultad de ver fuera del departamento en donde están abiertas las vistas. Esto es lo que posee durante treinta años. Y después de los treinta años, el vecino vendrá y edificará contra la pared, contra las ventanas, y las tapará é impedirá al propietario que reciba la luz y el aire, y si el propietario reclama, le dirá: “¿de qué te quejas? ¡Tú conservas tus ventanas!” Preguntamos: ¿es esto lo que la ley entiende por vistas rectas ó *ventanas de aspecto?* (1).

Merlín invoca el antiguo derecho (2), y las cortes de Bélgica apelan á nuestras costumbres. El argumento sería decisivo si fuese fundado. Hacemos á un lado las costumbres de Bélgica. La costumbre de París es la que han seguido los autores del código, y en ella está la tradición del código civil. Pues bien, nosotros hemos citado el comentario de Ferrière, que es también el del código civil: los términos son casi idénticos, y el espíritu es el mismo. ¿La doctrina de la costumbre de París es la de los intérpretes del derecho romano? Nó, es la de una propiedad moderada por las necesidades sociales. Siendo diferente el principio, las consecuencias deben también serlo. ¿Qué es lo que Merlín opone á esta interpretación? El cita una sentencia del parlamento de París; pero tratábase de *vistas de costumbre*, es decir, de vistas de propiedad, y éstas evidentemente que no dan derecho alguno sobre la heredad del vecino. Merlín cita, además, una sentencia del parlamento de Aix. Este era un pueblo de derecho escrito; por lo que la sentencia habla en favor de la tradición romana, y es extraña á la tradición del derecho consuetudinario. Queda el principio, tal como Ferrière lo ha

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustair, t. 2º, p. 207, núm. 321. Demante, t. 2º, p. 628, núm. 535 *bis*, 2º.

2 Merlín, “Cuestiones de derecho,” en la palabra *Servidumbre*, pfo 3º (t. 14, ps. 245-247).

formulado, tal como el código lo ha consagrado, y es suficiente para resolver la cuestión.

## II. Consecuencias del principio.

63. El propietario que posee durante treinta años vistas de derecho adquiere la servidumbre de vista. ¿Qué extensión tiene esta servidumbre? Hay un punto que no es dudoso. El propietario ha poseído ventanas de tal altura, de tal anchura, en tal número: tal es su posesión, y tal será la prescripción. No es el derecho ilimitado de tener las ventanas que quiera lo que ha poseído, su posesión es limitada, la prescripción está comprendida en los mismos límites. Luego él no podrá abrir nuevas ventanas, ni agrandar las que existen. Esto no tiene duda en nuestra opinión (1). ¡Cosa singular! por la doctrina de la corte de casación de Bélgica, habría que resolver que el propietario, habiendo vuelto á entrar en su libertad natural, librándose de la servidumbre que la ley le impone, podrá abrir las ventanas que quiera, salvo que el vecino edifique. ¡Así es que una doctrina que invoca la máxima *tantum præscriptum quantum possessum* viene á parar en que el que ha poseído una ventana tiene derecho á abrir veinte! Nueva prueba de que la pretendida libertad natural del propietario y que la pretendida liberación de una servidumbre están en oposición con los principios mismos que se invocan.

64. Si el edificio, en el cual existen las vistas adquiridas por prescripción, es demolido y reconstruido, ¿la nueva casa disfrutará del mismo derecho de servidumbre? En principio, la cuestión no es dudosa; los arts. 703 704 la resuelven. La servidumbre de vista cesa, según el art. 703, cuando destruido el edificio, las cosas se hallan en tal es-

1 Sentencia de casación, 10 de Julio de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 138).

tado que ya no pueden usarse; pero por los términos del art. 704, revive cuando se reconstruye la casa, de modo que pueda usarse. Entendiéndose, por supuesto, que la nueva servidumbre no debe ser más que la continuación de la antigua; luego habrá que aplicar lo que íacabamos de decir, sobre los efectos limitados de la prescripción. Se ha fallado por aplicación de estos principios, que no se mantendría la servidumbre si la casa se reconstruyese más cerca de la heredad del vecino, porque ésta sería entonces una nueva servidumbre, que no habiendo sido poseída, no ha podido prescribir (1).

65. Puede suscitarse una dificultad de prueba. La casa demolida se hallaba sobre la línea divisoria de las dos heredades. Es reconstruida: el vecino pretende que las aberturas practicadas en la antigua pared eran luces de tolerancia, construidas con las condiciones prescritas por los arts. 677 y 678; mientras que el propietario de la pared sostiene que eran ventanas de aspecto. De esto resulta que la existencia misma de la servidumbre es puesta en duda. Se pregunta si el propietario de de la pared podrá probar por medio de testigos que las aberturas que se hallaban en la pared eran vistas ó ventanas de aspecto. Una sentencia de la corte de Caen ha admitido la prueba testimonial, pero los motivos son tan poco precisos que dejan indeciso el ánimo. *Quizás*, dice la corte, se podría inferir de los terminos del art. 1341 que no debería aplicarse más que á las obligaciones y á los contratos; en seguida ella agrega que *quizás* habría lugar á invocar la excepción establecida por el art. 1348 (2). Nosotros no gustamos de los *quizás* en derecho. Existen principios claros, incontestables, y á ellos se debe recurrir. La prueba testimonial se admite indefinidamente cuando se trata de probar un he-

1 Dijon, 26 de Mayo de 1842 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 754).

2 Caen, 16 de Diciembre de 1848, (Dalloz, 1850, 2, 168).

cho puro y sencillo, es decir, un hecho material, que por sí mismo no engendra ni derecho ni obligación. Y cuál es el hecho litigioso en el caso en cuestión? La manera de construir una ventana, y esto es ciertamente un hecho material: en el momento en que se consuma, no há lugar ha extender un escrito. Luego es un hecho que podrá probarse por testigos, sea cual fuere el importe del litigio.

66. ¿Cuál es la extensión del gravamen que pesa sobre el fundo sirviente? El código no define la servidumbre de vista y se limita á decir, que es continua y aparente (arts. 688 y 689). Pero la naturaleza misma de esta servidumbre implica que el propietario del predio sirviente no puede obstruir las vistas por construcciones que hiciere en su heredad; según el art. 701, no puede hacer nada de lo que disminuya el uso de la servidumbre ó que la haga más molesta; luego no puede edificar de modo que impida que el propietario del predio dominante use de su derecho. ¿Pero en qué consiste precisamente este derecho? Primero recibir la luz y el aire, y después ver: el propietario del predio sirviente no puede estorbar el ejercicio de estas facultades. ¿Quiere decir ésto, que absolutamente no pueda edificar? Nó, porque la servidumbre de vista no es la de prospecto y no es incompatible con el derecho que tiene el vecino para edificar en su predio. No obstante, esta facultad recibe una restricción. La dificultad consiste en determinar sus límites precisos: ¿á qué distancia del predio dominante el propietario del sirviente puede edificar? La corte de casación ha resuelto que el propietario de la heredad en la cual se establece una servidumbre de vista, por título ó por prescripción, no puede levantar construcciones, balcones ó terrados, si no hay diez y nueve decímetros de distancia entre la pared en donde se han practicado dichas vistas y las obras mencionadas (1). La cor-

1 Sentencia de denegada apelación, 1º de Diciembre de 1851 (Da-

te dice que ésta es una consecuencia necesaria y jurídica del art. 678. Esto nos parece muy dudoso. El art. 678 dice que no se pueden tener vistas rectas ó ventanas de aspecto sobre la heredad del vecino, si no hay diez y nueve decímetros de distancia entre la pared en donde se practican y dicha heredad. Esta disposición rige el ejercicio del derecho de propiedad; las vistas que se construyen en virtud del art. 678 son vistas de derecho, y tienen por objeto poner al vecino al abrigo de la indiscreta curiosidad del que tiene ventanas que caen al predio del vecino. Cuando el propietario de una pared en contacto con la heredad contigua practica en aquella vistas, y adquiere el derecho de vista, la posición de las partes es muy distinta; ya no se trata de vistas de derecho, sino de vistas de servidumbre; á todo lo que está obligado el propietario del predio sirviente: es á no hacer nada que perjudique al propietario del predio dominante. Si él quiere edificar á una distancia menor que diez y nueve decímetros, ¿conqué derecho el propietario del predio dominante se opondría á ello? Nosotros suponemos que al edificar á una distancia de diez decímetros, no roba ni la luz, ni la vista al propietario de la pared. ¿De qué se quejaría éste entonces? ¿De que la casa del vecino se ha cercado demasiado? Esto incumbe al vecino, porque él será el que por ello sufra; esto no incumbe al propietario dominante, porque no se ha prescrito la distancia de diez y nueve decímetros por interés de éste. En definitiva, no era ley, puesto que el art. 678 tiene otro objeto. Queda, pues, el art. 701, cuya aplicación es una cuestión de hecho.

lloz, 1852, 1, 30). Sentencia de casación, 22 de Agosto de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 247). Sentencia de Montpellier, 15 de Noviembre de 1847, (Dalloz, 1848, 2, 65). La doctrina está en el mismo sentido, (Demolombe, t. 12, p. 65, núm. 581).

## § VI.—DEL DESAGÜE DE LOS TECHOS.

67. En otro lugar hemos expuesto los principios que el código establece acerca del derrame de las aguas (tít. VII, 357 y siguientes). Los predios inferiores están sometidos á recibir el agua que baja naturalmente de los predios superiores sin que la mano del hombre contribuya á ello. Esta servidumbre no pesa sino sobre los predios inferiores y supone que el derrame del agua es obra de la naturaleza. Luego es enteramente extraña al derrame de los techos. Aquí volvemos á entrar á los principios generales que rigen el derecho de propiedad. El art. 681 es una consecuencia de ello; está concebido en estos términos: “Todo propietario debe establecer sus techos de suerte que las aguas pluviales caigan á su terreno ó á la vía pública, y no puede hacer que se derramen en el predio del vecino.” Al verterlas al predio del vecino, usurparía su derecho de propiedad y su derecho de exclusión; luego es preciso que construya el techo de manera que las aguas se derramen á la vía pública, porque tal es uno de los usos que los ribereños pueden hacer de las vías de comunicación; si no las vierte á la vía pública, debe verterlas sobre un terreno que le pertenezca.

68. ¿Qué debe resolverse si el terreno pertenece en común al propietario de la casa y á su vecino? Hay que ver cuál es el destino de ese terreno. Como lo ha expresado muy bien el consejero Mesnard en un informe rendido á la corte de casación, la manera de disfrutar de los comunistas puede ser limitada ó ilimitada. Cuando el goce no está limitado ni por la ley ni por convenio, el goce comprende todos los actos que toleran la naturaleza y el destino de la cosa común. El derecho de cada comunista es completo, lo puede ejercer en una extensión que no tiene más límites que los que le impone el derecho igual del

otro comunista. Pero para que éste tenga el derecho de quejarse, se necesita que su derecho esté lesionado ó amenguado por un modo de goce excesivo, ó que tiende á hacer degenerar la cosa común en cosa privativamente poseída por uno de los comunistas (1). Por aplicación de estos principios, se ha decidido que un terreno que sirve de paso á dos vecinos había recibido este destino especial, en virtud de la intención de los comunistas. De aquí, la corte ha inferido que uno de los comunistas no podía dirigir el desagüe de sus techos sobre ese terreno (2). El pende de los hechos y circunstancias de la causa.

69. El propietario puede adquirir el derecho de derivar al predio del vecino las aguas pluviales que bajan de su techo. Como esta servidumbre es continua, artículo 688, y aparente, se adquiere por prescripción como por título. Esto prueba que la obligación impuesta por el art. 681 á todo propietario de establecer sus techos de modo que las aguas pluviales no caigan al predio vecino, no es una servidumbre, por más que el código la coloque entre las servidumbres legales. Esto es una consecuencia del principio que el propietario no puede hacer nada que lesione los derechos de su vecino, y los lesiona cuando hace llegar á su predio cosas que no llegarían naturalmente: tales serían las aguas que caen del techo sobre la heredad del vecino (3).

70. Supuesto que el art. 681 es una consecuencia de los principios generales que rigen la propiedad y no una servidumbre, síguese que hay que aplicarlo aun cuando el predio, sobre el cual el propietario de la casa quiere verter las aguas, fuese inferior. Ciertamente es que los predios

1 Dalloz, 1851, 1, 257. Informe de Mesnard sobre la sentencia de 31 de Marzo de 1851.

2 Burdeos, 20 de Julio de 1858 (Dalloz, 1859, 2, 184).

principio es incontestable; en cuanto á la aplicación, de-  
3 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 218, núm. 322.

inferiores están sometidos hacia los que son más elevados á recibir las aguas que de éstos se derraman, pero el art. 640, que establece esta servidumbre, agrega que el agua debe bajar naturalmente al fundo inferior, sin que contribuya la mano del hombre, lo que excluye las aguas pluviales que caen de un techo.

¿Quiere decir esto que el propietario inferior no esté obligado á recibir las aguas pluviales, una vez que han sido vertidas sobre un terreno perteneciente al propietario de la casa, si bajan naturalmente al predio inferior? Pardessus contesta que si el terreno sobre el cual se han vertido las aguas es inferior al del vecino, éste no puede oponerse á que las aguas corran en seguida por su propiedad. Esto es demasiado absoluto. Hay que aplicar los principios que rigen la servidumbre de derrame establecida por el art. 640; y según los términos de esta disposición, el propietario no puede hacer nada que agrave la servidumbre del predio inferior. Luego si el derrame estuviese agravado por cualesquiera obra que el propietario superior hubiese hecho en su predio, el propietario inferior podría reclamar. Por lo tanto, éste no está obligado á recibir las aguas pluviales, en el caso de que se trata, sino cuando no llegan á su predio de una manera más incómoda de lo que lo serían por efecto de la situación de los lugares, suponiendo que ninguna construcción se hubiese emprendido en el predio superior (1).

Según el espíritu de la ley, las aguas que caen del techo no deben ser para el vecino causa de ningún perjuicio. Lo habría si cayesen demasiado cerca de una pared que le pertenece. Ya en el antiguo derecho se decidía que, en este caso, era conveniente observar cierta distancia y ha-

1 Pardessus, t. 1º, p. 472, núm. 213. Demante, t. 2º, p. 630, número 536 bis, y el t. 7º, de esta obra, núm. 362.

cer un pavimento á fin de evitar la degradación de los cimientos (1).

71. El propietario puede retener las aguas pluviales que bajan de su techo, porque le pertenecen por derecho de accesión; luego puede disponer de ellas como se le ocurra; pero aquí vuelve á presentarse el principio que restringe los derechos de todo propietario. Si al retener las aguas, éstas se infiltrasen al predio contiguo y amenazasen las construcciones, el propietario sería responsable del daño que ocasionase y estaría obligado á hacer los trabajos necesarios para desviar tal perjuicio. Se ha fallado, por aplicación de estos principios, que el propietario puede ser obligado á empedrar un patio sobre el cual se han derramado las aguas pluviales, á fin de impedir las infiltraciones que perjudicaban una bodega perteneciente al vecino (2).

72. Resulta del art. 681 que no se puede tener hacia el vecino un techo avanzado, puesto que llevaría á su predio lo que prohíbe la ley. La prohibición resultaba ya del artículo 552, según el cual la propiedad del suelo lleva consigo la propiedad de lo que está encima, lo que implica que mi vecino no puede adelantar ni suspender nada encima de mi heredad, porque ejercería sobre ella una usurpación. Luego si el propietario no puede derramar las aguas á la vía pública, debe establecer canales destinados á llevarlas á un terreno que le pertenece, ó dejar entre su pared y el predio vecino un espacio suficiente para recibir las. Si hace canales debe evitar que avancen hacia el predio del vecino, porque ésta sería una nueva usurpación sobre la propiedad, tal como la define el art. 552 (3).

1 Desgodets, "sobre la costumbre de París," art. 210, núm. 14.

2 Sentencia de denegada apelación, 13 de Marzo de 1827 (*Dalloz, Propiedad*, núm. 165).

3 Pardessus, t. 1<sup>o</sup>, p. 471, núm. 212. Ducaurroy, Bonnier y Rous-  
sain, t. 2<sup>o</sup>, p. 218, núm. 322. Demolombe, t. 12, p. 69, núm. 585.

Si el propietario deja más allá de la pared un espacio de terreno suficiente para recibir las aguas de sus techos, siendo este terreno su propiedad puede hacer de él el uso que quiera. Las más de las veces no lo usará, mientras que el vecino lo aprovechará si tiene un patio ó un jardín contiguo. Entonces pueden surgir algunas dificultades sobre la propiedad del terreno. Si el propietario al construir ha sido el que lo reservó para recibir las aguas pluviales, déjase entender que le pertenece ¿pero como probará que es su propiedad? El no tiene título, y la propiedad no se establece por medio de testigos. Hay algunas sentencias que admiten una presunción de propiedad en favor del que vierte las aguas pluviales sobre el terreno litigioso. La corte de Burdeos ha fallado que se le presume propietario hasta prueba en contrario; en efecto, dice la sentencia, no se puede suponer que la casa haya sido construida de manera que derrame las aguas en un terreno que pertenece al vecino, porque no se presume que nadie viole la ley ni que usurpe la propiedad ajena, luego hay presunción de que el que construyó la casa dejó más allá del paramento exterior de la pared el espacio necesario de terreno para el derrame de las aguas pluviales (1). Según la corte, esta presunción no podría combatirse sino por un título contrario. En varias ocasiones hemos hecho constar la extraña confusión que reina en la jurisprudencia y en la doctrina á propósito de las presunciones. Veamos un nuevo ejemplo. Existen presunciones de propiedad; y esto es, dice el art. 1350, núm. 2, cuando la ley declara la propiedad resultante de ciertas circunstancias determinadas. Luego se necesita un texto para que haya una presunción de propiedad; ¿y el sentido común no es suficiente para resolver que no podría haber presunción

1 Sentencias de Burdeos, 20 de Noviembre y 14 de Diciembre de 1833 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 792).

legal sin ley? ¿Y en dónde está la ley que presuma que el propietario de una casa tiene la propiedad del terreno en el cual vierte sus aguas pluviales? Probable es, sin duda, que él no haya violado la ley usurpando la propiedad de su vecino, pero una probabilidad no es una presunción. Las probabilidades de hecho no producen más que una de esas presunciones simples que se llaman presunciones del hombre, y cuya apreciación abandona la ley á la prudencia de los magistrados. Es lo que expresa muy bien una sentencia de la corte de casación (1). La corte agrega que esta presunción puede combatirse por la presunción contraria de la posesión que el vecino tuviese del terreno litigioso. Claro es que las presunciones simples pueden cambiarse por otras presunciones; por mejor decir, cuando una probabilidad queda destruida por otra contraria, deja de haber presunciones, porque la ley no admite como tales más que las presunciones *graves, precisas y concordantes*, art. 1353. En seguida, la corte habría debido hacer una reserva, y es que las presunciones simples son una prueba excepcional, supuesto que el código no las admite sino en los casos en que se admite la prueba testimonial. En estos límites es como el juez puede resolver una cuestión de propiedad por medio de presunciones.

La corte de casación dice que el vecino puede invocar la posesión, es decir, la prescripción. Se ha objetado que habría, en el caso, dos posesiones contrarias, la del propietario que derrama las aguas pluviales sobre el terreno litigioso y la del vecino que se aprovecha del terreno. Se ha inferido de aquí que el vecino no podía adquirir la propiedad del terreno por la prescripción por toda el tiempo que subsistiese el desagüe (2). Esto es confundir

1 Sentencia de denegada apelación, 28 de Julio de 1851 (Daloz, 1851, 1, 184). En el mismo sentido, Demolombe, t. 12, p. 74, núms. 592, 593.

2 Amies, 20 de Febrero de 1840 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 794).

la cuestión de propiedad con la de servidumbre. Puede haber desagüe á título de servidumbre tanto como á título de propiedad. De hecho estas cuestiones son á menudo muy dudosas; en derecho, no hay duda alguna.

§ VII.—DE LA SERVIDUMBRE DE ENCLAVE.

73. El art. 682 establece: “el propietario cuyos fundos estén enclavados, y que no tienen ninguna salida para la vía pública, puede reclamar un paso por los predios de sus vecinos para la explotación de su heredad.” Esta disposición establece una verdadera servidumbre de paso, que no difiere sino por el origen de la servidumbre de paso constituida por título. Ella existe an virtud de la ley, independientemente de todo convenio. Es cierto que la ley dice que el propietario enclavado puede *reclamar* un paso por los fundos vecinos. De aquí se ha inferido que el establecimiento de esta servidumbre era una especie de expropiación, la cual no existe sino cuando el propietario se ve privado de su propiedad por un fallo ó por un convenio (1). Esta interpretación está en oposición con el texto y con el espíritu de la ley. Hay expropiación según el art. 545, cuando un propietario vese forzado á ceder su propiedad por causa de utilidad pública, y mediante una justa y previa indemnización. Ahora bien, el propietario del predio que debe procurar el paso en caso de enclave conserva la propiedad del terreno al través del cual se ejerce el paso; luego no está privado de su propiedad, sino que únicamente se le impone una servidumbre. Y en el sistema del código el establecimiento de una servidumbre no se considera como una expropiación aunque esté creada por interés público, tales son las servidumbres milita-

1 Valette, según Mourlon, t. 1º, ps. 800 y siguientes. En sentido contrario, Demolombe, t. 12, p. 115, núm. 635; Duranton, t. 5º, pág. 467, núm. 426.

res para las cuales la ley ni siquiera da indemnización; prueba clara de que no hay expropiación en el sentido legal de la expresión. En caso de enclave, hay también una especie de utilidad pública. “Es de derecho natural, dice Domat, que una heredad no permanezca inútil.” Bourjon dice que el bien público es la ley suprema (1). Pero no es al Estado ni por las necesidades públicas por lo que la servidumbre se otorga (2); esto basta para excluir la expropiación que lleva el nombre de expropiación por causa de utilidad pública. Si la ley quiere que el propietario gravado con el paso reciba una indemnización, es porque la servidumbre se constituye por interés de un particular y le aprovecha.

Así, pues, la servidumbre existe en virtud de la ley, es decir, de pleno derecho. Se han invocado en favor de esta opinión las antiguas costumbres. Coquille dice que la costumbre permite tomar, pues, por la heredad del vecino; y la costumbre de Malinas dice que el predio enclavado *debe tener* una salida (3). Pero Bourjon se expresa en un sentido contrario; según él, el propietario enclavado tiene acción contra el vecino “para obligarlo á dejarle un paso”. Llama á esto una “venta forzada,” lo que responde precisamente á la teoría que hemos combatido. Así, pues, la tradición es dudosa. Pero el espíritu de la ley no deja duda alguna. Berlier dice en la exposición de motivos que el propietario que procura el paso debe ser indemnizado, y que el que lo “toma” debe emplearlo de modo que cause al otro el menor daño posible (4). Esta es la

1 Domat, “Leyes civiles, lib. I, tit. 21, sec. I, núm. 10. Bourjon, “el Derecho común de Francia,” t. 2º, p. 9, lib. IV, tit. I, parte II, cap. I, núm. 1.

2 Así lo ha fallado la corte de Lieja, 12 de Junio de 1839 (*Pasicrisia*, 1839 2, 108).

3 Faider, Requisitoria (*Pasicrisia*, 1839, 1, 310).

4 Berlier, Exposición de motivos, núm. 16 (Loeré, t. 4º, p. 182).

expresión de Coquille, que supone la existencia de una servidumbre. La servidumbre la establece la ley, luego no se necesita acción. Volveremos á tratar este punto en los núms. 97 y 106.

*Núm. 1. Condiciones.*

*I. ¿Quién puede reclamar el paso?*

74. El art. 682 dice que el “propietario” enclavado puede reclamar un paso por los predios vecinos. ¿Quiere decir esto que el propietario solo tenga tal derecho? Se podría sostener esto invocando los principios que rigen las servidumbres convencionales. El propietario es el único que tiene calidad para estipular una servidumbre, porque él solo es el representante legal del predio. Ahora bien, en caso de enclave, se trata también de adquirir una servidumbre, lo que parece decidir la cuestión. Hay, sin embargo, una diferencia considerable. El propietario enclavado no estipula nada, “reclama,” dice el código. La ley establece el paso, y por esto se le coloca entre las servidumbres legales. El art. 682 añade que el paso se concede para la explotación de la heredad. Debe inferirse de aquí que todos los que tienen un derecho en el predio, el usufructuario, el enfiteuta, el superficiario, pueden pedir el paso si están enclavados. Ellos tienen derecho de reclamar, á nombre del predio, un derecho que la ley establece por interés de la explotación, puesto que en virtud del derecho real que les pertenece, tienen el mismo derecho de goce que el propietario (1). Hay que hacer, sin embargo, una reserva, así como vamos á decirlo.

75. Una sentencia de la corte de Amiens va más lejos: decide que el arrendatario podría reclamar el paso en ca-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 25 y nota 3, y los autores que citan

so de enclave, para hacer valer el predio que explota (1). Esto es contrario á los principios que rigen el arrendamiento. El arrendatario no tiene derecho en la heredad y ninguna calidad tiene para hablar en su nombre. No es él el que debería pagar la indemnización, luego no es él el que promueve; no tiene acción sino contra el arrendador, que está obligado á hacerlo disfrutar. En vano se diría que la servidumbre existe en virtud de la ley, y que la cuestión no es establecerla, sino ejercerla; nosotros contestamos que para que pueda ejercerse, se necesita fijar el sitio por el cual se practicará el paso, así como el monto de la indemnización. El arrendatario no tiene ninguna calidad para arreglar el ejercicio de una servidumbre, porque no puede estipular á nombre del predio; tampoco puede consentir una indemnización que él no debe pagar. Aquellos mismos que tienen un derecho real en la cosa no pueden, en todo, representar al propietario. La indemnización es un gravamen que pesa á la vez sobre el nudo propietario y sobre el usufructuario; luego se necesita que el nudo propietario tome parte en el arreglo de la indemnización.

## II. *Del enclave.*

76. ¿Cuándo hay enclave? El art. 682 lo dice: cuando “el propietario no tiene ninguna salida hacia la via pública.” Parece resultar del texto de la ley que es precisa una absoluta urgencia para que un propietario enclavado pueda pedir un paso por los predios de sus vecinos, es decir, una imposibilidad absoluta de procurarse una salida por los propios predios. Tal parece ser también el espíritu de la ley. En efecto, la servidumbre que ésta impone á los predios vecinos es una restricción forzosa del derecho de propiedad, y se la ha comparado con una expropiación

1 Amiens, 25 de Mayo de 1813 (Delloz, *Servidumbre*, núm. 847.)

parcial; ahora bien, la expropiación, cuando se pronuncia por interés de un propietario, es una excepción, una derogación del derecho común, y por tanto, es de la más estricta interpretación. Hay autores y sentencias que se pronuncian por este concepto. Pardessus habla de una necesidad absoluta; la corte de Besançon exige una absoluta imposibilidad (1). Este sistema severo ha sido formulado por la corte de Rouen en los siguientes términos: “Conforme á la ley, de acuerdo con la razón y la equidad; el paso forzado por una heredad contigua no debe tener lugar sino en el caso de “imposibilidad física” de llegar al predio enclavado; por lo mismo, se necesita, para concederlo, que haya necesidad absoluta. Por penosa, por prolongada que sea una salida hacia la vía pública, hace desaparecer la obligación de paso forzoso por las propiedades vecinas” (2).

La corte de casación ha condenado esta rigurosa interpretación. La corte de Tolosa había fallado “que era suficiente, en derecho, para que no fuese necesaria la servidumbre, que hubiese una salida, por estrecha y peligrosa que pudiera ser.” La decisión fué casada como contraria á la ley, que quiere que la salida sea suficiente para la explotación de la heredad (3). Así es que la cuestión se vuelve de hecho, al juez corresponde ver, en cada caso, si el propietario que reclama el paso tiene ó nó una salida suficiente. Esta interpretación está más en armonía con el espíritu de la ley. Es cierto que la expropiación es un ataque al derecho de propiedad. Pero se hace mal en considerar este derecho como absoluto, porque recibe muchas limitaciones por interés de buena vecindad, sin que

1 Pardessus, t. 1<sup>o</sup>, p. 493, núm. 218. Besançon, 23 de Mayo de 1828 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 819, 1<sup>o</sup>.)

2 Rouen, 16 de Junio de 1853 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 819, 4<sup>o</sup>)

3 Sentencia de denegada apelación, 10 de Febrero de 1835 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 886).

pueda decirse que esas restricciones se funden en una necesidad absoluta. Aun habiendo verdadera expropiación, la ley se contenta con la "utilidad pública:" ¿por qué había de ser más severa para una simple servidumbre de paso? Es cierto que se ha establecido por interés de un particular, pero tiene también un interés general, el de la explotación de los predios. No quiera decir esto que el propietario pueda reclamar un paso, á título de enclave, para su comodidad ó ventaja particular: existe un interés igual para los vecinos en no conceder el paso, y la ley no sacrifica el interés de uno por el de otro. Esto equivaldría á desviarse del texto, y si no se le debe exagerar con una excesiva severidad, tampoco debe salirse de él por una indulgencia que para favorecer al propietario enclavado, perjudicaría á sus vecinos. Así, pues, tienen que conciliarse varios intereses, y esto es lo que ha hecho la jurisprudencia con una prudente moderación.

76 *bis*. El art. 682 ha dado margen, además, á otra dificultad ¿Qué es lo que debe entenderse por las expresiones "vía pública?" Si el propietario tiene salida hacia un "sendero" ¿podrá decirse que está enclavado, porque dicho sendero no es un camino? Ciertamente que nó. La ley no exige que la "vía pública" sea un camino del Estado, de la provincia ó de la comuna. Es suficiente que la vía sea pública, es decir, que sirva para el uso de los ribereños. Siguese de aquí que los propietarios enclavados pueden reclamar un paso que dé hacia un sendero, porque dicho paso vendrá á terminar en una vía pública (1). La cosa es tan evidente que creemos inútil insistir.

77. Existe una salida, pero no es legal, es decir, que no da al propietario enclavado el derecho de pasar, ¿podrá pedir un paso? El caso se presenta cuando el predio viene

1 Sentencia de casación, de la corte de casación de Bélgica, 8 de Agosto de 1844 *Pasicrisia*, 1844, 1, 217).

á terminar en una ruta de desembarcadero. En efecto, este camino tiene un destino especial, el de la navegación; los tribunales ni siquiera podrían conceder un paso por la calzada la cual se destina exclusivamente á los navegantes, porque se embarazaría el servicio público si los vecinos pudieran pasar por ahí (1). Hay más: la administración de los dominios no podría, en una escritura de venta, conceder un paso por el camino de desembarque. La corte de Bruselas ha fallado que esto no se presumiría fácilmente (2). Esto no es decir lo bastante. La administración no tiene derecho de disponer del terreno que sirve de calzada; fuera del servicio de la navegación, este terreno es una propiedad particular de la que sólo el dueño dispone. En cuanto á la servidumbre de calzada, tiene un destino especial; no puede extenderse á otro servicio que al de la navegación para el cual se ha establecido.

¿Qué debe decidirse si el propietario enclavado tiene una salida de simple tolerancia? Se ha fallado que él no podía reclamar un paso, por todo el tiempo que no se le disputase el paso. En vano se diría que de uno á otro día, podría cesar la tolerancia. La corte de casación contesta que los magistrados no tienen que resolver sino acerca del estado actual de las cosas; cuando al propietario enclavado se le prohíba la facultad de pasar, será cuando los tribunales tengan que examinar cuál de los dos vecinos deberá otorgar el paso (3). Hay en esto una excepción de no-recvibir fundada en la falta de interés.

78. El propietario tiene una salida legal hacia un camino público; pero éste es destruido, es invadido por el desbordamiento de un río. Hay enclave en este caso, pero

1 Burdeos, 15 de Enero de 1835 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 822). Aubry y Rau, t. 3º, p. 26 y rota 7).

2 Bruselas, 23 de Diciembre de 1861 (*Pasicrisia*, 1862, 2, 86).

3 Sentencia de denegada apelación, 30 de Abril de 1835 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 855).

temporal, y el paso es de derecho por los predios ribereños (1). Los propietarios por cuyos fundos se efectúa este paso de necesidad, no tienen que reclamar ninguna indemnización contra los transeuntes; deben proceder contra la comuna, si se trata de un camino vecinal ó contra el Estado, si se trata de un camino público. Puede haber culpa, negligencia por parte de la administración, luego hay lugar á responsabilidad y á daños y perjuicios. Síguese de aquí, que no se puede pedir un paso, por causa de enclave, si hay un camino, y si éste se halla en mal estado. Los propietarios interesados deben dirigirse á la comuna ó al Estado; no podría haber motivo al enclave, cuando existe un camino, por más que se halle en mal estado (2).

79. Hay una salida, pero es peligrosa, con lo que basta para que el propietario que no tiene otra pueda reclamar un paso por los predios vecinos. La corte de casación ha formulado este principio en los más amplios términos: “existe enclave, dice ella, cuando no se puede tener acceso á la vía pública sin graves inconvenientes” (3). Al juez atañe resolver cuándo es grave el inconveniente. La cuestión se presenta muy á menudo cuando el propietario que reclama un paso tiene una salida por agua. Si se trata de un río navegable, y la navegación es peligrosa, casi no hay duda; semejante vía no podría considerarse como suficiente. La corte de Rouen falló que la navegación del Sena presenta tales riesgos en las cercanías de aquella ciudad, que las dificultades para comunicarse equivalen hasta cierto punto á una imposibilidad física (4). La cor-

1 Sentencia de denegada apelación, de 11 de Agosto de 1835 (Daloz. *Servidumbre*, núm. 823). Compárese el t. 7º de esta obra, número 465.

2 Sentencia de denegada apelación, 11 de Junio de 1866 (Daloz, 1867, 1, 10).

3 Sentencia de denegada apelación, 1º de Abril de 1857 (Daloz, 1857, 1, 164).

4 Rouen, 24 de Diciembre de 1841, confirmada por sentencia de

te de Angers ha resuelto que el Loira no ofrece una vía de acceso segura y practicable: este río, dice la sentencia, sobre el cual se habría tenido que efectuar, en el caso de que se trataba, una travesía de 800 metros, es, por propia naturaleza, muy variable en su curso, unas veces elevado, impetuoso y violento, otras veces reducido á las más bajas aguas, y embarazado por las arenas; la reducción del lecho principal, la supresión de diversos canales por efecto de numerosos trabajos, la marcha rápida y agitada de las barcos de vapor, todo contribuye á que la navegación sea difícil y peligrosa; y lo sería, sobre todo, agrega la corte, para las barcas que tuviesen que transportar animales enviados á pastar y para volverlos á traer. La sentencia concluye, y con razón, que comunicaciones tan llenas de escollos y expuestas á funestos naufragios no podían considerarse como practicables, y que por lo mismo, había necesidad de conceder otro paso á los propietarios interesados (1).

Cuando no se trata de un río navegable, sino de un canal, la solución de la dificultad depende, antes que todo, de los usos nacionales. La corte de Holanda falló que no había enclave si el terreno que se pretende enclavado toca á un canal (2). En una región menos acuática, semejante decisión sería demasiado absoluta, y todo en esta materia depende de las circunstancias. La corte de casación de Francia resolvió que no había enclave, cuando el propietario puede pasar por un río que es vadeable casi en todas épocas (3). En los países montañosos, puede haber

31 de Julio de 1844 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 321, 3º). Compárese Gante, 23 de Noviembre de 1838 (*Pasucrisia*, 1838, 2, 237).

1 Angers, 14 de Enero de 1847 (Daloz, 1847, 2, 47).

2 Sentencia de 18 de Noviembre de 1861 (*Weekblad voor het regt*, núm. 2327).

3 Sentencia de denegada apelación, 30 de Abril de 1855 (Daloz, 1855, 1, 158).

enclave, por más que se trate de un simple torrente, si como dice la sentencia, el torrente ofrece un trayecto poco seguro, incómodo y hasta impracticable durante una parte del año (1).

80. Lo que acabamos de decir de las corrientes de agua prueba que no se puede asentar en principio que un predio no está enclavado cuando tiene una salida, sean cuales fueren las dificultades que ésta presente (2). La corte de Besançon, á la vez que repite, siguiendo á Pardessus, que el derecho de exigir un paso se subordina á la imposibilidad absoluta de pasar por otro paraje público, tiene cuidado, al rehusar el paso, de comprobar que existía un camino que no era impracticable, por más que fuese difícil de transitar por él con una carga completa; que tal inconveniente podía desaparecer por una rectificación del declive poco dispendiosa; de suerte que algunos trabajos fáciles pondrían al camino en un estado de veabilidad completa (3). Con estas restricciones puede aceptarse el prinque haya enclave. En cambio, si los gastos que se necesitaren erogar para hacer viable un camino fuesen excesivos, habría enclave, aun cuando no hubiese imposibilidad absoluta. El consejero Mesnard dijo muy bien, que en este caso, hay una imposibilidad moral que equivale á una física; ¿se puede exigir que un propietario gaste diez mil francos para dar una salida á un terreno que no vale 10? (4).

1 Bastia, 2 de Agosto de 1854 (Daloz, 1856, 2, 231).

2 Aubry y Rau, lo dicen en términos demasiado absolutos (t. 3º, p. 26 y nota 8).

3 Besançon, 23 de Mayo de 1828 (Daloz. *Servidumbre*, núm. 819, 1º). Compárese Bruselas, 12 de Abril de 1854 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 200). En el caso los gastos no subían más que á 54 francos, y el vecino ofrecía soportarlos; sin embargo, el pretense neclavado reclamó. cípio de que ciertas dificultades no son suficientes para

4 El caso se ha presentado, París, 24 de Mayo de 1841, y sentenciada de denegada, de 25 de Noviembre de 1845 (Daloz, 1846, 1, 325).

Desde el momento en que los gastos que tendrían que erogarse están fuera de toda proporción con el valor de la heredad, hay enclave (1). Así, pues, la dificultad se resuelve en un cálculo de gastos: si los trabajos son fáciles y poco dispendiosos, no hay enclave. Luego cuando los gastos exceden en poco á la indemnización que el propietario enclavado debería pagar para conseguir un paso por los predios vecinos, el principio de conciliación que domina esta materia exige que el propietario enclavado soporte este ligero gasto antes que hacer que pese sobre los vecinos una servidumbre de paso, onerosa siempre (2).

81. La jurisprudencia ha ido más lejos todavía por esta senda de interpretación equitativa. Se ha fallado que un predio está enclavado cuando tiene una salida, pero insuficiente para las necesidades de explotación (3). Esta decisión se funda tanto en el derecho como en la equidad. ¿Por qué razón la ley concede un paso forzoso al propietario enclavado? El art. 682 lo dice: “para la explotación de su heredad.” El legislador quiere que el propietario tenga siempre una salida para explotar sus predios. ¿Sería suficiente un sendero, cuando para la explotación se necesita pasar con caballos y carros? El propietario que sólo tuviese un sendero, siendo así que necesitaría un camino, realmente está enclavado, supuesto que no puede cultivar su heredad.

82. ¿Basta el enclave para que haya lugar al paso forzoso en virtud del art. 682? Nó, porque hay que ver de

1 París, 24 de Mayo de 1844, )Daloz, *Servidumbre*, núm. 821, 4°) y sentencia de denegada apelación, de 23 de Noviembre de 1845 (Daloz, 1846, 1, 326), de 14 de Abril de 1852 (Daloz, 1852, 1, 154). Caen, 15 de Marzo de 1861 (Daloz, 1861, 2, 167). Bruselas, 7 de Febrero de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 194). Sentencia de denegada apelación, de 14 de Abril de 1852 (Daloz, 1852, 1, 164).

2 Colmar, 26 de Marzo de 1831, y Rennes, 22 de Marzo de 1826 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 819, 2° y 6°).

3 Caen, 16 de Abril de 1859 (Daloz, 1859, 2, 199).

donde procede el enclave. Maleville dice que hay motivo para maravillarse que después de transcurridos tantos siglos desde que la tierra se cultiva, existan todavía predios enclavados (1). Sin embargo, han de ser frecuentes los enclaves, á juzgar por el considerable número de sentencias pronunciadas sobre la servidumbre de paso. ¿Quiere decir esto que todo enclave confiera el derecho de exigir el paso forzado por los predios de los vecinos? El enclave implica una idea de necesidad física ó moral, y la necesidad supone que si un propietario está enclavado lo esté sin su voluntad. Si él se ha privado de una salida haciendo construcciones, no hay enclave entonces (2). Del mismo modo si el enclave proviene de un hecho voluntario en el cual el propietario enclavado ha concurrido con su consentimiento, no puede invocar el beneficio del art. 682. A causa de la igualdad que es el principio fundamental de nuestro sistema de sucesión, los fundos de tierra van sin cesar fragmentándose; por lo que diariamente pasa que, dividida una heredad en gran número de lotes, se hallan fragmentos que no tienen salida hacia la vía pública. Hé aquí unos fundos enclavados. Y ¿acaso los propietarios podrán pedir á sus vecinos, extraños á la partición, un paso forzado en virtud del art. 682? Ciertamente que nó, porque por su voluntad están enclavados, y no pueden por su voluntad imponer una servidumbre á sus vecinos. ¿Se dirá que los predios enclavados, sea cual fuere la causa del enclave, deben obtener una salida, so pena de permanecer inútiles para los que los poseen y para la sociedad? Esto es evidente, pero deben pedir esa salida á sus co-participes. Si la partición se hizo con buena fe y con una poca de previsión, concederá un paso á aquellos cuyos lotes están enclavados. Y si por negligencia ó por dolo uno de los

1 Maleville, "Análisis razonado," t. 2º, p. 129.

2 Denegación, 16 de Marzo de 1870 (Dalloz, 1870, 1, 421).

co-partícipes tiene en su lote un predio sin salida, tendrá acción contra sus co-partícipes para conseguir un paso por el lote de aquél que termina en la vía pública. Esto no es más que una consecuencia de la obligación de garantía que existe entre co-partícipes, los cuales deben garantizarse la propiedad de los inmuebles puestos en sus lotes, luego también una propiedad útil. Ahora bien, mientras que un co-partícipe tiene acción contra sus co-herederos, no puede promover contra terceros; no está realmente enclavado, supuesto que tiene derecho á una salida (1).

Pardessus supone que á causa de negligencia en la redacción de las escrituras ó por el transcurso del tiempo, el co-partícipe enclavado no tenga ya ninguna acción contra sus garantes; en este caso, dice este autor, podrá proceder en virtud del art. 682. Han criticado esta opinión. En efecto, la redacción de la escritura de partición no puede privar á los co-partícipes de la acción que tiende á conseguir una salida. Generalmente la escritura no dirá una palabra; pero el silencio de los co-partícipes no priva á aquél cuyo lote está enclavado del recurso contra las garantías. Si la escritura dijere que los co-partícipes enclavados no tendrían acción de garantía por el capítulo de enclave, esto no impediría que los propietarios enclavados reclamasen un paso de preferencia contra sus co-partícipes, porque la partición jamás puede gravar con una servidumbre los predios vecinos: la cláusula de no-garantía no tendría más efecto que obligar al que pide el paso á pagarlo, estimándose su lote para el efecto. Otra cosa sería si la acción prescribiera; no teniendo ya acción de ga-

1 Durantou, t. 4º, p. 461, núm. 420. Demante, t. 2º, p. 631, número 537 bis, 1º Ducaurroy, Bannier y Roustain, t. 2º, p. 220, número 325. Aubry y Rau, t. 3º, p. 28, nota 18.

rantía contra sus co-partícipes, el propietario enclavado deberá proceder en virtud del art. 682 (1).

83. La jurisprudencia se halla en este sentido. Se ha fallado que la partición de un fundo da un derecho de paso á la parte más alejada del camino público, sobre las demás partes. La sentencia dice que esta “presunción de concesion” resulta de la necesidad de las cosas. Este es un modo malo de expresarse: la servidumbre no nace de una presunción, porque jamás se presume que alguno grave su predio con una servidumbre. Pero, como lo explica la misma corte, la parte del predio que está enclavada no tiene derecho á un paso por el predio del vecino, porque los co-partícipes no pueden crear servidumbres sobre el predio de un tercero; justo es hacer soportar al predio dividido las servidumbre que nacen de su división (2). No solamente es esto justo, sino que también se funda en el derecho, según acabamos de decirlo. Si la escritura no tiene ninguna estipulación á este respecto, los tribunales arreglarán el paso. Caso es éste en que, en apariencia, el juez establece una servidumbre; y á decir verdad, no es el juez, sino la voluntad tácita de las partes contrayentes. Luego no hay que invocar, como lo hace la corte de Bastia, el art. 682 que se opone á que una porción cualquiera de una herencia permanezca inaccesible y condenada á la esterilidad (3). Aquí no se trata de la servidumbre de interés público que crea el art. 682; la partición es un contrato que obliga á los co-partícipes á garantizarse sus lotes, y por una consecuencia necesaria, á dar acceso á los diversos lotes sobre la vía pública. El juez nunca crea servidumbre, como lo diremos más adelante; si en el presente ca-

1 Tolosa, 12 de Mayo de 1866, y sentencia de denegada apelación, de 15 de Enero de 1868 (Daloz, 1868, 1, 166).

2 Riom, 10 de Julio de 1850 (Daloz, 1851, 2, 214).

3 Bastia, 17 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1858, 2, 210).

so la establece, es fundándose en la voluntad de las partes contrayentes; ó por mejor decir, se limita á reglamentar su ejercicio. Algunas veces la escritura de partición contiene una cláusula concerniente á las servidumbres, pero concebida en términos tan generales, que parece autorizar las más excesivas pretensiones. Se ha dicho “que los co-participes deben proporcionarse camino de servidumbre los unos á los otros en todas partes en donde se requiera, en tiempo y razón convenientes.” La corte de Rennes resolvió que esta cláusula no se aplicaba más que á los pasos necesarios para el servicio de las tierras labrantías que constituían el objeto de la partición, y que no podía entenderse de un paso permanente y cotidiano que uno de los co-participes reclamaba para unos almacenes establecidos después de la partición (1).

84. No hay que confundir el paso que se debe en virtud de una partición con el paso del art. 682. Más adelante diremos que el primero se debe sin indemnización. Hay otra diferencia. La servidumbre legal de paso nace de la necesidad, y cesa con la causa que le ha dado origen. Otra cosa sucede con la servidumbre á que están obligados los co-participes; aun cuando el que está enclavado adquiriese un predio ribereño de un camino público, y que, por consiguiente, dejase de estar enclavado, él conservaría el paso que le fué otorgado por la partición, porque ésta es una servidumbre convencional, y servidumbres de esta especie no se extinguen sino cuando vienen á ser inútiles al predio dominante. Esto también se funda en la razón y en la equidad. El propietario enclavado á causa de una partición tiene derecho á un paso porque su predio se habría estimado para el efecto del enclave; ésta es, pues, una servidumbre adquirida á título

1 Rennes, 18 de Noviembre de 1817 (Dalloz, *Servidumbre*, número 1802, 20).

oneroso y por un concurso de consentimiento; ahora bien, los contratos son irrevocables. La jurisprudencia se halla en este sentido (1).

85. Los mismos principios se aplican á la venta. Cuando un predio se divide por una venta y una parte de él se encuentra enclavada, la que tiene acceso á la vía pública queda gravada con una servidumbre de paso á favor de la otra. Esta es una consecuencia lógica de las obligaciones que incumben al vendedor. El debe entregar la cosa vendida al comprador y debe garantirla; ahora bien, por los términos del art. 1615, la obligación de entregar la cosa abraza sus accesorios y todo lo que se ha destinado á su uso perpetuo; y en verdad que el más indispensable de todos los accesorios, es el paso, sin el cual el comprador no puede ser puesto en posesión. ¿Qué debe resolverse si el vendedor es el enclavado? Aquí ya no se puede invocar la obligación, porque el comprador nada debe al vendedor si no es el precio. ¿Quiere decir esto que el vendedor tenga derecho á reclamar un paso en virtud del art. 682? Nó, porque está enclavado por su voluntad, y las partes contrayentes no tienen el derecho de imponer una servidumbre á los predios vecinos. Luego hay que decidir que hay un compromiso tácito en virtud del cual el paso es debido por una de las partes á la otra (2). Este será siempre un paso convencional y no un paso legal.

86. Supuesto que el enclave voluntario, con motivo de venta ó de partición, no da lugar al paso forzado, el artículo 682 no recibirá aplicación sino en los casos en que el enclave resulte de un hecho accidental, tal como el hun-

1 Poitiers, 31 de Enero de 1832 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 857). Sentencia de denegada apelación, de 13 de Agosto de 1861 (Daloz, 1862, 1, 102).

2 Caen, 26 de Mayo de 1824 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 851, 1°). Agen, 16 de Febrero de 1814 (Daloz, *ibid*, núm. 851, 20). Douai, 23 de Noviembre de 1850 (Daloz, 1851, 2, 244). Sentencia de denegada apelación, de 14 de Noviembre de 1859 (Daloz, 1860, 1, 176.)

88. El comprador tiene derecho á un paso contra su comprador. No usa de este derecho, porque un vecino le permite por tolerancia que pase por su predio. Después revende su fundo. ¿El segundo comprador podrá reclamar el paso al que tenía derecho su autor? Nó, se dice, porque él ha comprado un predio enclavado, por lo que no tiene acción en virtud de la venta, y no puede tenerla sino en razón del enclave. La corte de casación ha fallado en este sentido (1). A nosotros nos parece que él comprador tenía acción contra el autor de su vendedor. ¿En qué se funda la acción del comprador tendiendo á conseguir un paso? En la obligación de garantía contraída por el vendedor. Ahora bien, en caso de ventas sucesivas, el último comprador puede ejercer la acción de garantía que pertenecía á su vendedor. Esto será lo que establezcamos en el título de la *Venta*. Si se admite este principio, la cuestión queda resuelta. El paso es un accesorio necesario del fundo; si el vendedor lo hubiese pedido y obtenido, es claro que sin estipulación ninguna, lo habría transmitido al comprador; ahora bien, él tenía una acción para reclamar el paso, y al que tiene una acción se considera que tiene la cosa misma. Si el vendedor transmite el paso al comprador, le transmite también la acción que tiende á obtener el paso.

### *III. Objeto del paso legal.*

89. El art. 682 dice que el propietario enclavado puede reclamar un paso por los predios de sus vecinos para la *explotación de su heredad*. ¿Esta palabra *explotación* debe tomarse al pie de la letra, y deducir que la servidumbre legal de paso no puede reclamarse sino para los predios rústicos? La corte de Pau ha dado este sentido restringido á

1 Sentencia de denegada apelación, 24 de Abril de 1867 (Daloz, 1867, 1, 227).

los términos de que se sirve la ley, pero ha extendido el beneficio de la servidumbre á todas las heredades enclavadas, invocando la razón de analogía (1). Nosotros admitimos la decisión, pero rechazamos los motivos. Si realmente la servidumbre de paso estuviera limitada á las fincas rústicas, no se la podría extender por vía de analogía: no se extienden las servidumbres legales, sobre todo á aquellas que derogan el derecho de propiedad. ¿Pero positivamente es cierto que el texto es restrictivo?

La palabra *explotación* tiene un sentido general; se dice explotar una fábrica, como se dice explotar una hacienda; En este concepto, es como se expresa el orador del gobierno: “el interés general no permite que haya *fundos* puestos fuera del *dominio* de los hombres, y atacados de *inercia* ó condenados á la falta de cultivo” (2). Así es que el texto es general lo mismo que el espíritu de la ley.

90. Se hacen nuevas objeciones cuando la servidumbre la reclama un predio industrial. El paso se hace entonces mucho más oneroso, á causa del gran número de jornaleros que lo practican, así como por los vehículos pesadamente cargados que por ahí pasan; el paso será casi un camino público. No importa, dice con razón la corte de Bruselas: si el paso es más frecuentado, será más molesto, más perjudicial para el predio sirviente, pero también la indemnización será más considerable, supuesto que el artículo 682 quiere que sea proporcionada al daño que la servidumbre puede ocasionar.

Se ha presentado, sin embargo, una singular hipótesis, en la cual han intervenido decisiones en sentido diverso. El propietario de un predio abre en él una cantera; pide, por causa de enclave, un paso por una cantera ya abierto en un predio vecino. Se ha fallado que no había lugar á

1 Paa, 11 de Marzo de 1831 (Deloz, *Servidumbre*, núm. 834.

2 Berlier, Exposición de motivos, núm. 16 (Loché, t. 4º, p. 182).

la servidumbre legal de paso. Esta servidumbre, dice la corte de Amiens, no puede ejercerse sino en la superficie de los predios; en cuanto á las capas inferiores del suelo, están todas enclavadas, por lo que habría que decir que todos los predios están gravados con servidumbre de enclave. Tal no es el objeto del art. 682, que ha querido asegurar una explotación que se hace en la superficie del suelo y una salida para los productos de esta explotación, por medio del paso hacia la vía pública (1). ¿No es esto introducir en la ley distinciones que su texto y su espíritu rechazan igualmente? El art. 682 establece una regla general que se aplica á todo género de propiedades raíces, á toda especie de explotación, tanto á una cantera como á otra propiedad cualquiera, y sin que tenga que distinguirse si es explotada á cielo abierto ó por medio de galerías subterráneas. Esto decide la cuestión en favor del propietario enclavado. Hay una sentencia en este sentido (2).

91. Cuando se trata de servidumbres derivadas de actos del hombre, el propietario del predio dominante no puede hacer en su predio, ni en el sometido, ningún cambio que agrave la condición de éste último (art. 702). Esta regla no se aplica á la servidumbre legal de paso. El propietario del predio enclavado puede hacer en su fondo las innovaciones que juzgue útiles; tiene el derecho de mejorar y de extender su explotación, y si, para satisfacer estas nuevas necesidades, necesita un paso más extenso, puede siempre reclamarlo en virtud del art. 682. No puede objetársele que agrava la condición del predio sirviente, porque la servidumbre legal de paso no está limitada por las necesidades que existen en el momento en que por primera vez se reclama; es una servidumbre cuya exten-

1 Amiens, 2 de Febrero de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 232).

2 Chambery, 10 de Enero de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 175).

sión depende de las necesidades variables del propietario enclavado. El mismo enclave, que es la causa de la servidumbre, es variable. Hay enclave no sólo cuando un fundo no tiene salida, sino también cuando ésta es insuficiente; ¿y cuándo puede decirse que no es suficiente? Esto también es un elemento variable; luego hay enclave en el sentido legal de la palabra, cuando el propietario enclavado no tiene un paso que corresponda á las necesidades de su explotación; y habiendo enclave, el propietario enclavado puede reclamar un paso.

La jurisprudencia es de este sentir. Sin embargo, se ha propuesto una restricción á esta doctrina. Si el propietario de un terreno enclavado y no edificado levántase en él una construcción, y crease un establecimiento industrial, él no podría, dícese, reclamar un paso más extenso que aquél á que tenía derecho según la naturaleza de su predio. En apoyo de esta destrucción se dice, que sobre edificar un predio, no es explotarlo, sino transformarlo en un inmueble de otra naturaleza; y nadie, por actos propios, puede crearse un derecho á un paso más extenso que el que le competía conforme á la naturaleza originaria de su heredad (1). La jurisprudencia rechaza esta distinción: nosotros creemos también que está en oposición con el espíritu y hasta con el texto de la ley. ¿Cuál es el objeto de la servidumbre legal de paso? El art. 682 dice que el propietario enclavado puede reclamarla para la explotación de su heredad. Esto implica, dice la corte de casación, que el paso debe ser suficiente para el servicio del predio y apropiado á todas sus necesidades. ¿Son siempre éstas las mismas? No puede ser. La servidumbre, continúa la corte, es susceptible de modificarse, si la heredad cambia de naturaleza ó recibe legítimamente un destino nuevo que

1 Aubry y Rau, t. 3, p. 28 y nota 14.

haga necesaria esa modificación (1). ¿Cuándo puede decirse que el predio recibe legítimamente un nuevo destino? Todo propietario es libre para explotar su cosa como quiera; así, pues, nada más legítimo que edificar en un terreno ó crear en él un establecimiento industrial. Las necesidades del predio enclavado aumentarán; por mejor decir, habrá un nuevo enclave, por lo que se necesita un paso nuevo ó al menos más extenso. En vano se dirá que el propietario es el que crea el enclave. Nosotros contestamos que está en su derecho, y que hasta es su deber, puesto que todo buen padre de familia debe mejorar su propiedad. El objeto de la ley es precisamente favorecer esos esfuerzos. Cuando el propietario extiende una explotación existente, se conviene en que tiene derecho á una servidumbre proporcionada á sus nuevas necesidades, y que, en este sentido, crea el enclave. Luego puede también reclamar un paso para una construcción ó una fábrica que él levante. El legislador, dice la corte de Agen, ha querido que el propietario sacara de su heredad toda la ventaja que puede ofrecerle; mientras que, en la opinión que estamos combatiendo, el fundo estaría condenado á una eterna inmovilidad; la heredad dominante estaría en cierto modo sujeta en provecho de la heredad sirviente. ¿Es ese el espíritu de la ley? (2).

Rehusar, en este caso, dice la corte de Caen, el paso necesario, sería mantener el predio enclavado en un estado de inferioridad respecto á las demás heredades y estorbar su mejoramiento, lo que sería contrario no sólo al interés del propietario que la ley ha tenido por objeto proteger, sino también al interés general que quiere que cada uno pueda sacar de su propiedad el producto que

1 Sentencia de denegada apelación, 8 de Junio de 1836 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 835, 2º).

2 Agen, 18 de Junio de 1823, y Burdeos 18 de Junio de 1840 (Daloz, *Servidumbre*, número 835, 3º y 5º).

ella pueda procurarle (1). La corte de Poitiers ha inferido de aquí que para comprobar el enclave y para determinar qué paso debe otorgarse, el juez debe recurrir no á una averiguación, sino á un reconocimiento pericial. La averiguación le haría saber de qué manera se ha ejercido la servidumbre del predio y el destino que en otro tiempo tenía; mientras que lo que los peritos darán á conocer será el estado actual del predio, su destino y sus necesidades (2). Déjase entender que si el propietario enclavado pide un nuevo paso, deberá pagar una nueva indemnización.

*IV. ¿Sobre qué predio puede reclamarse el paso?*

92. El art. 682 dice que el propietario enclavado puede reclamar un paso por los "predios de sus vecinos." La ley no distingue, como lo hace para las servidumbres de irrigación, si los predios están ó nó cercados, si son casas, parques ó jardines. Hay una razón para esta diferencia. En el caso de enclave, el paso se funda en la necesidad, y ante ésta todas las conveniencias de los vecinos deben ceder. Tampoco hay que considerar cuál es la naturaleza jurídica de las heredades en las cuales se halla establecida la servidumbre. Hay inmuebles que la ley declara inalienables y que, por consiguiente, no pueden gravarse con servidumbres convencionales: tales son los fundos dotales (art. 1554). Y sin embargo, se les grava con la servidumbre legal de paso, porque aquí hay un interés público que supera al interés particular. El principio de la inalienabilidad dotal tiene, sin embargo, una consecuencia notable, y es que el marido carece de facultad para reconocer la existencia de la servidumbre. El es únicamente administrador de los bienes dotales, y usufructuario; como tal,

1 Caen, 16 de Abril de 1859 (Daloz, 1859, 2, 199).

2 Poitiers, 19 de Marzo de 1861 (Daloz, 1863, 2, 200).

no tiene calidad para gravar los inmuebles dotales con un derecho real, aun cuando no fuesen inalienables; siendo la inalienabilidad una garantía para la mujer, ésta es una razón de más para hacer á un lado todo acto del marido en lo concerniente á la propiedad de sus bienes. Nosotros creemos que el arreglo de la servidumbre debiera hacerse judicialmente, así como la enagenación cuando es permitida (art. 1558); porque la constitución de una servidumbre es una enagenación parcial. Poco importa que la ley la establezca, puesto que siempre hay que reglamentar su ejercicio, y para esto se necesita el concurso de la mujer propietaria y del marido usufructuario. En cuanto al juez él debe intervenir para que no se eluda la garantía de la inalienabilidad. Siguese de aquí que es inoperante todo reconocimiento emanado del marido (1).

El dominio del Estado no está libre de esta servidumbre. Cierta es que no puede enagenarse sin ley; pero la hay respecto al paso legal. Se ha fallado que los bosques señoriales están gravados con la servidumbre legal del artículo 682 (2). Esto no tiene la menor duda. Exceptúanse los bienes que forman parte del dominio público (3). Creemos que esto es demasiado absoluto. Si el dominio público, es porque está afectado á un destino que es incompatible con dos derechos reales que en él ejercitarían los particulares. Mientras que no exista la incompatibilidad, nada impide que los bienes del dominio público estén gravados con una servidumbre. Aquél cuyos bienes quedan enclavados á causa de la construcción de un camino de fierro puede estipular un paso por la vía ferrea, por más

1 Sentencia de casación, 17 de Junio de 1863 (Daloz, 1864, 1, 140). Compárese sentencia de denegada apelación, de 20 de Enero de 1847 (Daloz, 1847, 1, 110). Aubry y Rau, t. 3º, p. 28 y notas 16 y 17.

2 Angers, 20 de Mayo de 1842 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 858).

3 Aubry y Rau, t. 3º, p. 28. Compárese el t. 7º de esta obra, número 130.

que ésta forme parte del dominio público, y que por ella esté prohibida la circulación. Si por dicha vía puede haber un paso convencional, con mayor razón lo habrá legal, salvo el reglamentar el ejercicio de la servidumbre, de modo que no se comprometa el servicio público.

93 Los arts. 683 y 684 reglamentan el ejercicio del paso legal; están concebidos en estos términos: "El paso debe regularmente tomarse por el lado en que es más corto el trayecto del predio enclavado á la vía pública. No obstante, debe fijarse en el sitio menos perjudicial para la persona sobre cuyo predio se ha otorgado." Estas disposiciones están tomadas del antiguo derecho, pero la tradición da lugar á una ligera dificultad. No tiene duda que cuando el paso no puede tomarse sino sobre un solo predio, los tribunales resolverán conciliando los varios intereses (1). Si el paso puede tomarse sobre varios fundos pertenecientes á distintos propietarios ¿cuál será el gravado con la servidumbre? Bourjon contesta: "La disputa entre estos vecinos, para saber quién será el que procure el paso, se determina por la "extensión más pequeña," ésta debe servir de regla; es conveniente entre los interesados, y hasta conforme con el bien público, supuesto que ahorra terreno. Tal era la jurisprudencia de Chatelet." Infiérese de aquí, continúa Bourjon, que el paso debe tomarse del lado en que el trayecto es menor partiendo desde la heredad que está rodeada hasta la vía pública. Además de esto, el pasaje debe estar limitado en el paraje el menos incómodo para el que lo cede (2). Parece que el código ha consagrado esta doctrina tradicional, de la que resultaría que el paso debe tomarse

1 Burdeos, 19 de Noviembre de 1823 (*Pasicrisia*, 1823, p. 534) y 5 de Julio de 1814 (*Pasicrisia*, 1814, p. 132).

2 Bourjon, "Derecho común de Francia," lib. IV, tit. I, parte II, cap. I, núms. 1.3 (t. 2º, p. 9).

siempre en aquel de los predios por donde el trayecto es más corto, y que la cuestión de saber cuál es el trayecto menos perjudicial no puede agitarse entre vecinos; que no puede ser debatida sino por el propietario en cuyo predio, como el más cercano á la vía pública, va á establecerse la servidumbre. Creemos que, en efecto, debe procederse de este modo, porque, como dice Bourjon, esto conviene á todos los interesados. Pero no es ésta una regla absoluta, y el texto mismo del código así lo dice; el art. 683 no prescribe que se tome "siempre" el paso por el predio más cercano á la vía pública, sino que dice que así debe hacerse "regularmente," lo que implica que puede haber excepciones. En efecto, el interés de todas las partes, el cual ha inspirado la regla, puede exigir una excepción. El fundo más cercano es una habitación y más adelante hay un terreno desnudo: ¿se dará el paso por la casa, el jardín, el parque, de preferencia á un terreno de escaso valor? Todos perderían con esto; luego debe aplicarse el principio de equidad establecido por el art. 684, á varios predios, tanto como á las diversas porciones de un solo y mismo fundo. El espíritu de la ley así lo quiere, y el texto lo permite. La doctrina (1) y la jurisprudencia (2).

94. Si el paso es ejercido por un predio ¿el propietario del predio sirviente puede pedir que se transporte la servidumbre? Que él pueda pedir que la translación se haga á sus fundos, esto no tiene la menor duda, porque es de derecho común (art. 701). ¿Puede también pedir que la servidumbre pueda volverse á llevar al predio de un vecino? La jurisprudencia parece contraria. La corte de To-

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 220, número 324. Demolombe, t. 12, p. 28, núm. 618; Duranton, t. 5º, p. 466, núm. 423.

2 Véanse las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 824, sentencia de denegada apelación, de 29 de Diciembre de 1847 (Dalloz, 1848, 1, 204), y Bourges, 9 de Marzo de 1858 (Dalloz, 1859, 2, 38.)

losa se ha fundado en la posesión inmemorial para desechar la demanda del predio sirviente, pero ella ha cuidado de añadir y demostrar que aun cuando no hubiese habido posesión, el paso se habría establecido por el predio que por un tiempo inmemorial estaba gravado con la servidumbre. Lo que implica que la decisión podría haber sido contraria, suponiendo que el reclamante hubiese tenido interés en la translación del paso (1). Nosotros hemos establecido que la servidumbre de paso es variable en lo concerniente al predio dominante. Hay también un elemento variable en cuanto al predio sirviente. En el momento en que empieza la servidumbre, se establece sobre tal ó cual predio por ser menos perjudicial al propietario. Pero puede llegar á serlo en lo sucesivo. El tiene derecho á cambiar su explotación, lo mismo que el propietario del predio dominante; si él edifica, si crea un establecimiento industrial, la servidumbre quedará singularmente agravada: justo es que se cambie de lugar, cuando está probado que no se habría establecido sobre aquel fundo si desde el principio hubiese estado en tal condición.

#### V. De la indemnización.

95. Según los términos del art. 682, el propietario que reclama un paso por causa de enclave debe pagar una indemnización proporcionada al daño que ocasione. La ley supone que se trata del paso forzado. En efecto, el paso se establece, en este caso, en virtud de un convenio expreso ó tácito, que obliga á los co-partícipes ó al vendedor á procurar una salida al fundo enclavado hacia la vía pública; habiéndose dividido ó vendido el fundo enclavado como tal, se le habrá estimado en razón de la salida que va á dársele; la equidad, de acuerdo con el derecho, exige,

1 Tolosa, 26 de Mayo de 1818, (Daloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 829, 1.º.)

pues, que el paso se conceda sin indemnización. Habría excepción si la escritura de partición ó de venta estipulara que el predio enclavado no tendría derecho á una servidumbre de paso; debe suponerse, que en este caso, el propietario enclavado se habrá procurado un paso por los predios vecinos, y por consiguiente, se habrá estimado en un tanto menos el predio; así, pues, el propietario enclavado será indemnizado previamente, salvo el pagar una indemnización al dueño del predio por el cual se ha estipulado una salida (1). Estos principios no se aplican al vendedor, que enclavado á causa de la venta, reclama un paso contra el comprador; éste no está obligado á procurar un paso en virtud del contrato; luego si procura uno, tiene derecho á una indemnización, á menos que en razón de las circunstancias de la causa y del precio estipulado, el juez admita un convenio tácito que reserve al vendedor un paso por el predio vendido (2).

96. ¿El propietario enclavado debe una previa indemnización? Conforme al texto del art. 682, es claro que la indemnización no debe ser previa. Hay más. El código supone que ella no está pagada antes de la reglamentación de la servidumbre. En efecto, el art. 685 da al propietario del predio sirviente una acción de indemnización; esta acción puede prescribir, lo que no impediría, dice la ley, que el paso deba continuarse. Se objeta el art. 545, por cuyos términos nadie puede ser obligado á ceder su propiedad, si no es por causa de utilidad pública y mediante una justa y *previa* indemnización, y de aquí se concluye que la indemnización debe ser siempre previa. La razón es mala. El art. 545 prevee el caso de expropiación; ahora bien, el establecimiento de una servidumbre no es una

1 Duranton, t. 5º, p. 463, núm. 421. Demante, t. 2º, p. 631, número 537 bis, 1º Demolombe, t. 2º, p. 86, núm. 604.

2 Compárese sentencia de Caen, 26 de Mayo de 1821 (Dallez, *Servidumbre*, núm. 851, 1º).

expropiación en el sistema del código civil; luego hay que hacer á un lado el art. 545 y por consiguiente el 11 de la Constitución belga. No hay lugar á indemnización en materia de servidumbre sino cuando la ley la prescribe; y cuando quiere que sea previa, también lo dice. Tal es la servidumbre de irrigación, establecida por la ley de 27 de Abril de 1848, art. 1.º. Podría decirse que, en el espíritu de nuestra Constitución, toda indemnización debe ser previa, porque así lo exige el respeto á la propiedad. Esto es verdad; pero hay casos en que la indemnización no puede ser previa. De ello hemos visto un ejemplo en materia de servidumbres de irrigación (1). La indemnización por causa de enclave es proporcionada al daño que resulta del paso; y el daño puede variar según el cultivo, ó el modo de explotación; luego puede variar de un año al otro, lo que excluye el pago previo.

97. Hay otra consideración que depende de la esencia misma de la servidumbre legal de paso. Esta no está establecida ni por convenio ni por fallo, sino que existe en virtud de la ley, y puede decirse que de la necesidad; una sola cosa hay que arreglar por convenio ó por fallo, y es el ejercicio de la servidumbre y el monto de la indemnización. Siguese de aquí que la servidumbre es preexistente á la indemnización, y que, por lo mismo, la indemnización no podría ser previa. Se ha fallado, por aplicación de estos principios, que como el derecho de paso existe en virtud de la ley, no há lugar á aplicar la disposición del código penal que castiga el paso por el terreno ajeno preparado á sembrado; porque deja de haber contravención en donde hay derecho á pasar (2).

1 Véase el t. 7º de esta obra, núm. 394.

2 Sentencia de la corte de casación, de 25 de Abril de 1846 (Daloz, 1846, 4, 149), y de 16 de Septiembre de 1853 (Daloz, 1853, 5, 151).

¿Si no há lugar á una acción penal lo habrá para daños y perjuicios? Esto depende de las circunstancias. Si el paso se ejerce en el predio que se señaló, no se deben daños y perjuicios, puesto que el paso ha sido legal desde el principio; sólo que si la indemnización se hubiese fijado por anualidades, comenzaría á contarse desde el momento en que el propietario enclavado á empezado á practicar el paso. Pero si la servidumbre estuviese establecida en otro predio, habría daño causado, y por consiguiente, obligación de repararlo.

98. ¿Conforme á qué base se calcula la indemnización? El art. 682 quiere que sea proporcionada al daño que el propietario enclavado causa al fundo por el cual pasa. Luego consiste en una reparación del daño causado. El juez puede fijar una suma capital que represente la disminución de valor que sufre el predio sirviente por el establecimiento de la servidumbre: el precio de la venta forzada será lo que el vecino deba consentir. El juez puede también decidir que el propietario enclavado pague una suma anual á título de indemnización. La corte de casación lo ha juzgado de este modo al decir que la ley no impone al juez la obligación de determinar un capital invariable y pagado de una sola vez; que al abandonar á su poder discrecional el cuidado de fijar la indemnización, le deja la facultad de convertirla en una suma pagadera anualmente y proporcional al daño que puede ocasionar el paso (1). Se ha reprochado á la corte que haya olvidado el art. 545, el cual al prescribir una indemnización previa quiere por esto mismo que consista en un capital pagado de una sola vez (2). Si se tratara de una indemnización, la crítica sería fundada; pero, como acabamos de

1 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Noviembre de 1845 (Daloz, 1846, 1, 325).

2 Demolombe, t. 12, p. 111, núm. 632.

decirlo, el establecimiento de una servidumbre no priva de su cosa al propietario del predio sirviente; luego el artículo 545 es inaplicable. La indemnización puede también ser variable, la sentencia de la corte de casación lo supone y nada más natural, porque el daño puede variar según el cultivo. En este sentido, una indemnización pagadera por anualidades corresponde mejor al espíritu de la ley que una indemnización capitalizada.

La misma sentencia decide que si hay varios propietarios enclavados á los cuales se ha otorgado un solo y mismo paso, esto no impide que se divida entre ellos la indemnización. En esto casi no cabe duda, la indemnización es por naturaleza divisible, luego si hay varios deudores se divide entre ellos en la proporción arreglada por el juez, proporción que depende del daño que cada uno de ellos causa al pasar por el predio sometido. Si las propiedades dominantes están divididas, hay tantas servidumbres como fundos, luego otras tantas indemnizaciones diferentes.

Puede suceder que la indemnización sea recíproca, y esto acaece cuando los diversos predios son á la vez dominantes y sirvientes. La corte de Metz ha resuelto que no hay lugar á indemnización cuando los propietarios de praderas enclavadas tienen la costumbre de cederse recíprocamente paso para la explotación de sus heredades. Esto equivalía á desconocer la disposición formal del artículo 682. Desde el momento en que se reclama la indemnización, el tribunal debe adjudicarla, á menos que haya prescripción. La sentencia fué casada (1).

*Núm. 2. De la prescripción en materia de enclave.*

99. El art. 658 establece: “La acción de indemnización,

1 Sentencia de casación, de 30 de Noviembre de 1864 (Daloz, 1865, 1, 281.)

en el caso previsto por el art. 682, es prescriptible, y el paso debe continuarse, aunque ya no sea recibida la acción de indemnización." Esta disposición ha dado margen á numerosos pleitos, lo que supone grandes dificultades. Ateniéndose al texto y al espíritu de la ley, las dificultades desaparecen, y hay que confesarlo, la jurisprudencia las ha creado. El lenguaje de las sentencias es tan inexacto, que lo vago de las expresiones refluye sobre los principios mismos, y en definitiva, todo se vuelve incierto. Antes que todo debe verse cuál es el objeto de la prescripción. El art. 685 sólo habla de la prescripción de la *acción de indemnización*; en él ni una sola palabra se dice de la prescripción de la servidumbre de paso, y conforme á los principios que rigen el enclave, no puede ser cuestión ni de adquirir el derecho de paso por la prescripción adquisitiva, ni de perderlo por la prescripción extintiva.

La prescripción adquisitiva tiene lugar cuando una servidumbre continua y aparente se ejerce durante treinta años (art. 690); las servidumbres discontinuas no pueden establecerse sino por título (art. 691). Ahora bien, la servidumbre de paso es discontinua (art. 688), luego no puede tratarse de adquirirla por prescripción. ¿Por ventura el art. 682 deroga estos principios elementales? ¿Se permite al propietario enclavado que haga prescribir el paso por los predios vecinos? En el artículo ni una sola palabra se dice de la prescripción del derecho de pasar. La ley dice que el propietario cuyos fundos están enclavados puede *reclamar* un paso por los predios de sus vecinos. Nosotros hemos dicho que la expresión *reclamar* no es exacta, en el sentido de que el propietario enclavado no necesita proceder judicialmente para obtener el paso, porque éste existe en virtud de la ley. Nosotros insistiremos más adelante; poco importa respecto á lo concerniente á la prescripción adquisitiva; es claro que el propietario enclavado, al

suponer que debe *reclamar* no se funda en la prescripción sino en el enclave que es su título. Por mejor decir, su título está en la ley, que le permite reclamar un paso por el hecho de no tener ninguna salida hacia la vía pública. Así, pues, es preciso separar toda idea de prescripción y de posesión. En el momento en que el propietario enclavado reclama un paso, no lo posee ¿cómo podría, pues, invocar la prescripción? Y si, en vez de *reclamar*, ejerce el paso, y esto por espacio de treinta años ¿podrá decirse que ha adquirido la servidumbre de paso por la prescripción? Mas él tenía derecho desde el primer día en que lo ha ejercido tanto como después de los treinta años. ¿Se adquiere por prescripción un derecho que se tiene ya en el momento en que por primera vez se ejerce?

Sin embargo, si nos atuviéramos al lenguaje de las sentencias, incluso las de la corte de casación, podría creerse que prescribe él paso en caso de enclave. Se lee en una sentencia de la corte de casación que la servidumbre de paso necesario, aunque discontinua, se adquiere por la posesión (1). Otra sentencia explica como prescribe esta servidumbre, aun siendo discontinua, y es porque el principio del art. 691 no se aplica á la servidumbre legal de paso, por que en este caso la necesidad hace veces de título (2). Habrá que decir que la ley hace veces de título, porque la ley tiene que reconocer primero la necesidad para otorgar después un derecho. Pero que sea la ley ó la necesidad, de todos modos no es la prescripción, porque en donde hay título, ya la cuestión no es de prescribir. Una sentencia posterior dice, además, que el ejercicio de paso durante treinta años hace que se *adquiera* la servidumbre

1 Sentencia de casación, de 10 de Julio de 1821 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 886.)

2 Sentencia de casación, de 16 de Febrero de 1835 (Dalloz, *ibid.*, p. 237).

misma de paso. La sentencia agrega, y en esto sí está en lo justo: "según el asiento que se le ha dado por esta larga posesión." La expresión carece, no obstante, de exactitud. No es jamás la *servidumbre* lo que se adquiere por la posesión trentenaria; la posesión no hace más que determinar la manera de ejercerla, y aun según creemos (artículo 94), nada irrevocable hay en ese ejercicio, de suerte que no hay nunca una verdadera prescripción, ni siquiera en lo concerniente al ejercicio del paso. Estamos convencidos que el pensamiento de la corte es exacto, porque realmente no cabe duda alguna, no hay siquiera cuestión. Pero, en derecho, es importante que la precisión del lenguaje esté en armonía con la claridad del pensamiento. Por tal motivo nos hemos detenido en este punto que por sí mismo no merece tan largos desenvolvimientos.

Los verdaderos principios fueron expuestos ante la corte de casación por el consejero Mesnard, y lo hizo con su acostumbrada claridad. Era el caso que el propietario enclavado había cesado de ejercitar su derecho durante diez años, y después había reanudado su goce. El actor en casación sostenía que había en esto una interrupción de la prescripción. Para que pueda interrumpirse la prescripción, dice el promotor fiscal, se necesita antes que todo que haya lugar á prescribir. Ahora bien, cuando un propietario está enclavado, el derecho de paso no resulta de la prescripción, sino del enclave; por mejor decir, la *servidumbre* la establece la ley, la posesión no puede tener más efecto que determinar el asiento de la *servidumbre*, es decir, el lugar del paso, y conducir á la prescripción de la indemnización. En ningún caso se adquiere la *servidumbre* por la prescripción, sino únicamente el derecho de pasar sobre tal punto de la heredad sirviente más bien que por tal otro, y el derecho de pasar sin que pueda exigirse una indemnización; la prescripción hace suponer que el tra-

yecto se fijó de común acuerdo, y que la indemnización por el paso fué pagada (1). Tal es también la doctrina de los autores (2).

100. ¿Hay lugar á la prescripción extintiva en materia de enclave? Según el art. 685, la acción de indemnización prescribe, pero ningún texto habla de la prescripción del derecho de paso. Una cosa sí es cierta, y es que el derecho de reclamar el paso es imprescriptible. Todos están de acuerdo en este punto. Fúndanse en el principio de que los derechos de pura facultad no prescriben (3); el principio es cierto pero muy obscuro, y en nuestra materia misma da lugar á dificultad. Hay otro principio que es de una evidencia incontestable, y es que no se prescribe contra el interés público, porque la prescripción supone intereses privados que se pueden renunciar, y de los que se dispone; y no se renuncia á lo que es de interés social, ni se dispone de ello. Ahora bien, el paso en caso de enclave, está establecido por interés general; por lo mismo, no admite ninguna prescripción; por todo el lapso de tiempo que se haya permanecido enclavado sin reclamar el paso se puede siempre ejercitarlo, porque por esa prolongada inacción el propietario enclavado no ha podido renunciar á un derecho que se ha establecido por interés de la sociedad tanto como por el suyo.

Lo mismo sería si el propietario enclavado hubiera reclamado el paso, lo hubiera ejercido, y en seguida hubiera permanecido treinta años sin practicarlo. Esta es la opinión general, con excepción del disentimiento de Duranton (4), que invoca los art. 706 y 707. El primero dice

1 Informe del consejero Mesnard sobre la sentencia de 29 de Diciembre de 1847 (Daloz, 1848, 1, 205).

2 Marcadé, t. 2º, p. 601, art. 682, núm. 2. Demolombe, t. 12, página 101, núm. 624. Aubry y Rau, t. 3º, p. 31 y nota 29.

3 Aubry y Rau, t. 3º, p. 30.

4 Duranton, t. 5º, p. 475, núm. 436. En sentido contrario, Pardessus, t. 1º, p. 503, núm. 225; Marcadé, t. 2º, p. 604, art. 682, núm. 2.

que la servidumbre se extingue por el no-uso durante treinta años, y el segundo agrega, que los treinta años empiezan á contarse desde el día en que se ha cesado de disfrutarlas, cuando se trata de servidumbres discontinuas. Estas disposiciones parecen formales, porque están concebidas en términos generales y absolutos. Para hacerlas á un lado, se dice que se trata de un derecho de pura facultad; pero ¿no tiene razón Duranton al contestar que el ejercicio de toda servidumbre discontinua es un acto de pura facultad, supuesto que ellas exigen actos del hombre para ser ejercidas, y porque depende del propietario hacer ó no hacer? ¡Luego ninguna servidumbre discontinua se extinguiría por la prescripción! Hay otra contestación que dar á Duranton, y es perentoria. El no-uso no implica la renuncia; y el propietario enclavado no puede renunciar á un derecho que no se ha establecido en su favor. Duranton acepta que puede reclamar un paso mientras subsista el enclave, pero sostiene que después de treinta años el propietario enclavado debe pagar una nueva indemnización. Esto es contrario á todo principio. La servidumbre no se ha extinguido después de treinta años de no uso, luego el predio sirviente jamás ha cesado de estar sometido al paso, está desmembrado en virtud de la ley, y el propietario ha recibido una indemnización por esta sujeción, una indemnización que lo compensa para siempre; ¿por qué especie de trastorno de la equidad y del sentido común vendría él á reclamar una nueva indemnización, cuando por espacio de treinta años no ha sufrido ningún daño, bien que haya continuado disfrutando de su indemnización? Distinta es la cuestión de saber si el modo del ejercicio puede perderse por la prescripción, como puede adquirirse por una posesión trentenaria. Vamos á examinarla.

*J. Efecto de la prescripción en cuanto al modo de ejercicio de la servidumbre.*

101. La servidumbre de paso, en caso de enclave, la establece la ley; pero ésta no ha podido determinar sobre qué fundo debe ejercerse, ni el sitio del predio sirviente por el cual se ejercerá. Ella, en este particular, se limitará a reglas generales en los arts. 683 y 684; á las partes interesadas corresponde arreglar el ejercicio del paso; que si no se ponen de acuerdo, el juez resolverá. ¿Si no hay ni convención ni fallo, la posesión trentenaria hará las veces de reglamento? La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo para resolver que la prescripción tiene por efecto determinar de una manera irrevocable el asiento del paso, en el sentido de que el propietario del predio en el cual se ha ejercido el paso á título de servidumbre legal, ya no puede pedir que se tome en el predio de su vecino, ni en otra parte de su propio predio; y que, por su parte, el propietario enclavado no puede reclamar cambio en el asiento de la servidumbre. Se invocan en favor de esta opinión los principios que rigen la prescripción. Ella hace veces de convenio ó ha habido un convenio que se hace imposible probar después de un espacio de tiempo tan largo, ó la voluntad del propietario que ejerce el paso y el consentimiento tácito de aquél que lo sufre equivalen á un título. Las partes interesadas habrían podido determinar el fundo y la parte del fundo por las cuales va á ejercerse el paso; pues bien, lo que el convenio ha podido hacer, la prescripción lo hará. Que no se objete que el paso es una servidumbre discontinua, y que tal servidumbre no puede establecerse por prescripción; no se trata de establecerla, porque lo está por la ley, sino que únicamente se trata de reglamentar su ejercicio. Por otra parte, la ley al consagrar el paso en caso de enclave, deroga

el principio que prohíbe la prescripción de las servidumbres discontinuas; hace veces de título, por lo que debe admitir la posesión para interpretar el título ó completarlo.

102. Esta doctrina nos parece muy dudosa. Por lo menos es muy absoluta. Hay un caso en el cual el propietario del predio sirviente puede pedir el cambio de lugar de la servidumbre. Si, dice el art. 701, la designación primitiva se hubiese hecho más onerosa al propietario del predio sometido, ó si le impidiese hacer reparaciones ventajosas, él podría ofrecer al propietario de la heredad dominante un sitio igualmente cómodo para el ejercicio de sus derechos, y éste no podría rehusarlo. Esta disposición prevee especialmente el caso en que la servidumbre está establecida por título, es decir, por la voluntad del hombre. Con mayor razón es aplicable cuando la servidumbre está establecida por la ley, á pesar del propietario del predio sometido, el cual se halla sujeto á una carga onerosa sin su voluntad. Ciertamente es que él consiente, expresa ó tácitamente, en que el paso se ejerza por tal ó cual parte de su predio; pero este consentimiento que también es forzado, puesto que es la consecuencia necesaria de la servidumbre legal, no puede tener más efecto que un consentimiento puramente voluntario. He aquí una primera restricción á la opinión generalmente admitida.

No es esto todo. Nosotros hemos enseñado que la designación de un predio para el ejercicio de la servidumbre nada tiene de irrevocable. El principio fundamental en esta materia es que el paso por causa de enclave se haga por aquél de los predios vecinos al cual es menos perjudicial. Ahora bien, la condición de los predios puede cambiar; el predio por el cual sería el trayecto más corto era un predio edificado; por consiguiente, la servidumbre fué impuesta á un predio no edificado, por el cual es más

largo el trayecto. Si este estado de cosas cambia, si el edificio es derrumbado, y si el propietario del fundo por el cual se ejerce el paso quiere construir, ¿por qué no había de poder pedir el cambio de lugar de la servidumbre? Tal es ciertamente el espíritu del art. 701, y también en este espíritu debe interpretarse la servidumbre de enclave. Ella pesa sobre todos los predios vecinos, y siempre el que se perjudica menos es el que debe soportarla. Si estos cambios en la servidumbre de enclave pueden hacerse cuando el ejercicio de la servidumbre ha sido arreglado por convenio, hay que admitir que con mayor razón pueden hacerse cuando el modo de ejercer la servidumbre está establecido por la prescripción; porque ésta nunca es otra cosa que un consentimiento presunto, y un consentimiento presunto no puede ser más irrevocable que uno expreso.

Nosotros vamos más lejos. A nuestro juicio, no puede haber prescripción en esta materia. La servidumbre de enclave está establecida por la ley por un interés público. La ley también arregla el modo de ejercerla, y lo hace consultando el interés general tanto como el interés de las partes. Así es como ella quiere que el paso se tome del lado en que es más corto el trayecto del predio enclavado á la vía pública; ella quiere que se fije en el lugar el menos perjudicial. Resulta de esto que, por interés público, esta servidumbre es esencialmente variable. Una sentencia de la corte de Lyon decide que todos los años el propietario del predio sirviente puede señalar al propietario del predio dominante un paso unas veces de un lado, otras del otro, en el sitio menos perjudicial para sus cosechas (1). Tal es el verdadero espíritu de la ley. ¿De qué se quejaría el propietario enclavado? tiene derecho al paso, y se le procura en las condiciones requeridas por la

1 Lyon, 28 de Julio de 1833 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 892):

ley. Pudiendo variar las condiciones, la servidumbre también debe variar en su asiento. Lo que es verdad de un predio lo es de todos los vecinos, porque todos están obligados á procurar el paso, todos están gravados con la servidumbre de enclave; si el paso se ejerce primero por uno de los predios, no es porque éste solo esté sujeto, sino porque, en razón del estado de las heredades, la servidumbre era menos dañosa para este predio. Se supone que en seguida le es más perjudicial, y no obstante esto, se mantendrá el asiento primitivo. Esto es ponerse en oposición con la voluntad formal del legislador: el paso debe fijarse allí en donde cause menos daño, y en principio, por donde es más corto el trayecto. Esto es de interés público; ahora bien, no se deroga el interés público con convenios, y jamás se prescribe contra el interés público.

Las sentencias hacen objeciones. Después de treinta años, dice la corte de Grenoble, el propietario enclavado ya no puede pedir el paso por otros fundos, porque deja de estar enclavado, supuesto que goza de un paso que no puede quitársele (1). En este sentido, agrega la corte de Nancy, es como el art. 685 dispone que el paso debe ser *continuado*, por más que después de treinta años prescriba la acción de indemnización (2). Esta argumentación no es seria. El propietario está enclavado por el hecho sólo de que no tiene ninguna salida propia á la vía pública; si tiene un paso por el predio de su vecino, precisamente es porque está enclavado; pero la ley somete la servidumbre de enclave á condiciones particulares; debe ejercerse siempre, y en cualquier tiempo, sobre el predio al cual es menos perjudicial. Esto no impedirá que continúe después de treinta años, aunque prescriba la acción de indemnización. Ella *continúa* porque es permanente, perpetua, en el

1 Grenoble, 7 de Junio de 1860 (Daloz, 1861, 5, 452).

2 Nancy, 30 de Marzo de 1860 (Daloz, 1861, 5, 453).

sentido de que por todo el tiempo que subsista el enclave, debe procurarse el paso al propietario enclavado. Y si el propietario del fundo sometido pidiese y obtuviese que el paso se ejerza por otro predio, se entiende que debería restituir la indemnización que hubiere percibido, ó indemnizar al propietario enclavado, si éste debiese una indemnización en razón del nuevo asiento del paso, porque después de treinta años el propietario enclavado tiene derecho á un paso sin indemnización (1).

103. En la opinión general, la manera de ejercer la servidumbre de enclave prescribe por una posesión de treinta años. Difícil es conciliar esta doctrina con el principio formulado por los arts. 690 y 691, por cuyos términos las servidumbres discontinuas no se adquieren por la prescripción, y por consiguiente, tampoco la manera de ejercerlas. Se presentan otras dificultades en la aplicación de la opinión aceptada por los autores y la jurisprudencia. La posesión es la base de la prescripción y la posesión debe reunir los caracteres determinados por el art. 2229. Principalmente debe ser continua. Y ¿cómo encontrar la continuidad en una servidumbre que puede variar de asiento de un año para el otro? Ciertamente es que en el caso juzgado por la corte de Lyon (núm. 102) no podía haber prescripción, puesto que todos los años cambiaba el asiento de la servidumbre. La corte de casación ha resuelto que la acción de indemnización prescribía después de treinta años, por más que el paso se hubiese ejercido en diversos puntos del predio sometido (2). En esto no cabe la menor duda, puesto que la prescripción de la acción de indemnización corre desde que se ejerce la servidum -

1 Compárese Vazeille, "De las prescripciones," t. 1°, núm. 409.

2 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Marzo de 1831 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 894). Compárese Metz, 19 de Enero de 1865 (Daloz, 1865, 2, 52).

bre. Pero es igualmente cierto que en este caso, la manera de ejercer la servidumbre no estaba prescrita, supuesto que el paso no tenía asiento fijo, lo que excluye la continuidad de la posesión. Puede también suceder que la acción de indemnización no pueda prescribir cuando el paso se ejerce unas veces por un predio y otras ocasiones por otro perteneciente á un propietario diferente; se ha fallado que en esta hipótesis la acción de indemnización no estaba prescrita, porque la prescripción no reunía las condiciones requeridas por la ley (1); otro tanto hay que decir del asiento de la servidumbre.

104. Hay una dificultad muy seria, en la opinión generalmente admitida, cuando el predio por el cual se ejerce el paso es un predio dotal. Se supone que ese predio no presenta el trayecto más corto para llegar á la vía pública. Y no obstante esto, ¿la servidumbre continuará ejerciéndose después de treinta años? La corte de casación ha fallado que en el caso de que se trata era imposible la prescripción, puesto que tendía á gravar un predio inalienable con una servidumbre legal fuera de las condiciones requeridas por la ley. En efecto, aun cuando la servidumbre puede constituirse en todas las heredades vecinas, *debe*, dice el código, tomarse del lado por donde el trayecto es el más corto desde el predio enclavado á la vía pública (art. 683). Luego el predio dotal no debía gravarse con la servidumbre en virtud de la ley, y como es inalienable no puede desmembrarse sino en virtud de la ley (2). La decisión es muy jurídica; pero ¿no debe irse más lejos, y decir que una servidumbre establecida por la ley, por interés general, jamás puede ser contraria, en su ejercicio, á las condiciones que la misma ley determina?

1 Besançon, 17 de Enero de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 31).

2 Sentencia de denegada apelación, 20 de Enero de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 110) aprobada por Aubry y Rau, t. 3º, p. 31, nota 30, criticada por Demolombe, p. 104, núm. 625.

*II. Efectos de la prescripción en cuanto á la indemnización.*

105. El art. 685 dice que la acción de indemnización es prescriptible. ¿Cuál es esta acción? Es claro que no es la acción en pago de la indemnización, ésta prescribe según el derecho común: lo que ni era necesario decirlo. Pero para que haya lugar á la indemnización, se necesita que se fije la deuda, lo que supone que se ha determinado el asiento de la servidumbre, sea por convenio, sea por fallo, y que el contrato voluntario ó judicial ha reglamentado también el importe de la indemnización. El art. 685 no habla de este caso que era inútil preveer, puesto que es la aplicación de los principios elementales de derecho. El artículo trata de la "acción de indemnización," es decir, que el propietario del predio por el cual se reclama el paso tiene contra el propietario enclavado, para mandar reglamentar la indemnización á la cual está obligado en virtud del art. 682. Se ha preguntado si esta prescripción es adquisitiva ó extintiva. De antemano hemos contestado á la pregunta, al establecer que la servidumbre de enclave jamás se adquiere por la prescripción (núm. 99), por la excelente razón de que el paso se funda en la ley. El propietario enclavado nada tiene que adquirir por la posesión si no es en la opinión general, la manera de ejercer el paso cuando el ejercicio de la servidumbre no está reglamentado convencionalmente. En nuestra opinión, la posesión está siempre subordinada á la ley (núm. 102), de suerte que el propietario enclavado no adquiere nada por la posesión, la posesión no es eficaz sino cuando es conforme á la ley, lo que equivale á decir que la ley es la que confiere todos los derechos al propietario enclavado; pero se los confiere con una condición, y es que indemnice al propietario por cuyo fundo pasa, del perjuicio que le origina. Esta obligación del propietario enclavado da un derecho

al propietario del predio gravado con la servidumbre de paso: esto es lo que el art. 685 llama la acción de indemnización. La acción es prescriptible, dice la ley, es decir, que debe intentarse dentro de los treinta años, como toda acción; si el propietario sometido permanece treinta años sin promover, su derecho se extingue en el sentido de que el propietario enclavado puede rechazarlo por la prescripción. Luego se trata de una prescripción extintiva. Esto es tan evidente, que no valdría la pena de hacerlo notar, si no se presentara en la aplicación una especie de singularidad que á primera vista puede sorprender á los que no están iniciados en la ciencia del derecho. Se lee en todos los autores y en todas las sentencias que la prescripción de la acción de indemnización, aunque sea exclusiva, exige una posesión revestida con los caracteres exigidos en materia de usucapión (1). ¿No equivale esto á decir que la prescripción de que habla el art. 685 es á la vez extintiva y adquisitiva?

En la opinión general esto es cierto. El propietario enclavado que ejerce durante treinta años el paso por un predio, adquiere con esta larga posesión una servidumbre sobre ese fundo, en el sentido de que su asiento está irrevocablemente fijado por la prescripción. Y al mismo tiempo que adquiere por la prescripción adquisitiva la manera de ejercer el paso, se emancipa de la obligación de pagar la indemnización, si el propietario del predio ha permanecido durante treinta años sin intentar su acción. Sigue se de aquí que la prescripción extintiva se confunde con la adquisitiva y que toma sus caracteres. Nosotros hemos rechazado esta opinión. No obstante, mantenemos el principio admitido por la doctrina y la jurisprudencia, de que

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 30, nota 25, y las autoridades que citan, Véanse las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 867. Hay que agregar, Lieja, 2 de Junio de 1849 (*Pasicrisia*, 1850, 1, 289); y 11 de Abril de 1861 (*Pasicrisia*, 1861, 2, 321).

la prescripción de la acción de indemnización, por más que sea extintiva, exige una posesión de la misma naturaleza que la prescripción adquisitiva.

En efecto, la acción de indemnización implica que el propietario enclavado ejerce el paso por el predio vecino; es el ejercicio del paso, es decir, la posesión de la servidumbre lo que origina la acción; y para que la acción prescriba, naturalmente se necesita que el propietario enclavado continúe ejerciendo el paso, y que este ejercicio tenga todos los caracteres de una posesión requerida para la prescripción, porque únicamente el ejercicio del paso á título de servidumbre es lo que hace nacer la acción de indemnización, y lo que, por consiguiente, pone al propietario del predio sirviente en aptitud de promover. Nosotros hemos visto aplicaciones de este principio al tratar de los efectos de la prescripción en lo que concierne á la manera de ejercer el paso si suponemos que el propietario enclavado pasa unas veces por un predio, y otras por otro, su posesión no será continua; no podría servir de base á una prescripción adquisitiva, y la prescripción de la acción de indemnización tampoco correrá. Para que corra, se necesita que se sepa quién tiene derecho, quién puede promover; mientras se ignore en cuál de los predios va á ejercerse el paso, ó habría que decir que todos tienen el derecho de promover, lo que es absurdo, puesto que, según la ley, el paso jamás puede ejercerse sino por uno de los predios, aquél que es el menos perjudicable, núm. 103. Pero si el paso se ejerce durante treinta años por el mismo predio, aunque unas veces por una parte de este predio, y otras veces por otra, esto no impedirá que se lleve á cabo la prescripción extintiva, porque el paso tiene lugar por un predio determinado, á título de servidumbre, lo que basta para poner al propietario del predio en aptitud de promover. Luego, en definitiva, la prescripción le

la acción de indemnización se funda en la posesión del propietario enclavado, y esta posesión debe tener los caracteres que se requieren para la prescripción adquisitiva (1).

106. Hay alguna dificultad en la aplicación del principio en lo concerniente al principio de la prescripción. ¿Comienza ésta á contarse desde el día en que la servidumbre de paso es reclamada y reglamentada, por convenio ó por fallo? ¿ó desde el día en que se ejerce el paso á título de servidumbre legal, aun cuando no hubiese ni convenio ni reglamento judicial? La cuestión es importante, porque muy á menudo sucede que el paso se practica sin que esté reglamentado su ejercicio. La opinión general, con excepción de algunos disidentes que han quedado aislados, es que la prescripción corre desde el día en que se ejerce la servidumbre legal. Esta es una consecuencia lógica de los principios que rigen la servidumbre de paso, así como de los principios sobre la prescripción. El paso por causa de enclave está establecido por la ley, únicamente su ejercicio es lo que deben reglamentar las partes interesadas, pero puede suceder que sea inútil tal reglamento. No hay más que un solo predio por el cual pueda pasar el propietario enclavado; y en este predio único no hay más que un solo paraje, el menos perjudicial, por el cual pueda ejercer el paso: en este caso, el estado de los sitios es lo que sirve de norma. El propietario enclavado pasa porque hay necesidad; luego ejerce la servidumbre, tanto como si se hubiera determinado por convenir el asiento de la servidumbre. Por lo tanto, la prescripción debe correr, porque el vecino está en aptitud de reclamar su indemnización.

Si se ha sostenido la opinión contraria, es porque el

1 Duranton, t. 5º, p. 1168, núms. 429 y 430; Marcadé, t. 2º, p. 602, art. 682, núm. 3.

art. 682 supone que el propietario enclavado debe antes que todo "reclamar" el paso. De aquí se ha concluido que la servidumbre no existe de pleno derecho, que el propietario enclavado tiene únicamente una acción para obtenerla, acción que se ha comparado á la que nace de la expropiación por causa de utilidad pública. En esta opinión el propietario del predio por el cual se ejerce el paso no puede pedir indemnización sino cuando se ha acordado la servidumbre; su acción es de pago más que de indemnización, porque ésta se arregla necesariamente en el momento en que queda establecido el paso, del mismo modo que no hay expropiación sin reglamento de la indemnización. Si no tuviéramos más disposición que la del art. 682, habría una dificultad de texto, pero ésta desaparece en presencia del art. 685. Este abre al propietario del predio por el cual se ejerce el paso una "acción de indemnización," lo que supone que el paso se ejerce sin que se haya arreglado la indemnización, por consiguiente, sin que haya un acuerdo acerca del asunto de la servidumbre. No se habla de una acción perteneciente al propietario enclavado, luego éste no tiene necesidad de promover para tener derecho al paso, su derecho está escrito en la ley, y ésta no hace más que consagrar la necesidad. El art. 685 explica el 682; resulta del texto de estas disposiciones así como del espíritu de la ley, que la palabra "reclamar" no tiene el sentido que se le da, ó si se quiere, que el derecho está "reclamado" por el hecho solo que se "ejerce" la servidumbre (1).

La jurisprudencia se halla en este sentido. Se ha sostenido ante la corte de casación que no puede ejercerse el

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 30 y notas 26 y 27. Demante, t. 2º, página 634, núm. 539 bis, 1º. Demolombe, t. 11, p. 112, núms. 634, 635. Ducarroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 221, núm. 326. En sentido contrario, Valette y Mourlon (*Repeticiones*, t. 1º, p. 800).

paso antes de que la servidumbre esté arreglada contradictoriamente, puesto que el ejercicio sin reglamento sería una vía de hecho, una verdadera usurpación. La corte no ha admitido este sistema (1). Pueden presentarse casos en que sea necesario un reglamento de servidumbre. Supongamos que haya varios predios por donde pueda ejercerse el paso; el vecino por cuyo predio el propietario enclavado quiere pasar niega que su heredad sea aquella á la que va á ser menos perjudicial la servidumbre, ó aquella por la cual sea más corto el trayecto; el propietario enclavado pasa sin tener en cuenta tales reclamaciones. Se entabla un pleito: la servidumbre se establece en otro predio. El propietario enclavado es culpable, en este caso, de vías de hecho, porque nadie puede hacerse justicia por sí mismo. Pero á la vez, en este caso, no habrá dificultad sobre el principio de la prescripción, supuesto que el asiento de las servidumbres se hallará arreglado judicialmente. Y si el paso se ejerce sin disputa alguna, aunque sin reglamento, ya deja de haber usurpación, supuesto que la servidumbre tiene su principio en la ley, y el silencio del propietario interesado equivale á consentimiento; así; pues, la equidad está de acuerdo con el derecho.

107. Puede suceder que el paso se ejerza por varios predios pertenecientes á diferentes propietarios. ¿Habrá tantas prescripciones diversas de la acción de indemnización como diversas heredades? La afirmativa nos parece clara. En efecto, cada propietario tiene un derecho propio, que nace del daño que le ocasiona la servidumbre. Luego el derecho del uno es enteramente independiente del derecho del otro. Se ha invocado ante la corte de casación el principio de la indivisibilidad de las servidumbres para concluir que la prescripción, suspensa respecto á uno

1 Sentencia de denegada apelación, 23 de Agosto de 1827 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 820, 2°).

de los propietarios sometidos, lo está por ese hecho respecto á los demás. La corte ha rechazado esta opinión que reposa en una verdadera confusión de ideas. Se lee en la sentencia que el principio de indivisibilidad debe aplicarse cuando el predio sujeto pertenece al mismo propietario, y que en este concepto es como la servidumbre de paso no puede prescribir por fracción (1). Mejor habría sido decir, que en el caso de enclave, la cuestión no es de prescribir la servidumbre de paso, supuesto que ésta existe en virtud de la ley. Lo que prescribe es la acción de indemnización, acción puramente personal, que nada tiene de común con la indivisibilidad de las servidumbres.

107 *bis*. Los principios que acabamos de exponer suponen que hay enclave, en el sentido legal de la expresión, tal como la hemos definido siguiendo la doctrina y la jurisprudencia. Si el propietario no está enclavado, no tiene derecho á un paso por causa de enclave. En consecuencia, el se halla bajo el imperio de los principios generales que rigen la adquisición de las servidumbres. Lo que equivale á decir que no podrá reclamar paso en virtud del art. 682, y como el paso es una servidumbre discontinua, él no podrá invocar la posesión para establecer su derecho, necesitará un título. El destino del padre de familia no sería suficiente, supuesto que también exige la continuidad de la servidumbre. Síguese de aquí que si no hay enclave, ya no puede tratarse de la prescripción de la acción de indemnización; porque esta acción supone la existencia de un paso fundado en el enclave. Luego la primera cuestión que los tribunales tendrán que examinar, en esta materia, será si hay ó nó enclave. Si el predio no está enclavado, por larga que haya sido la posesión, nin-

1 Sentencia de denegada apelación, 31 de Diciembre de 1868 (Dalloz, 1861, 1, 376).

gún derecho dará al que ha ejercido el paso, ni á aquél por cuyo predio se ha practicado: será un paso de pura tolerancia, lo que excluye á la vez la idea de una servidumbre y el derecho á una indemnización (1).

*Núm. 3. Efectos de la servidumbre de paso.*

108. El paso que el propietario enclavado ejerce es una servidumbre. Luego hay que aplicar los principios generales que rigen los derechos y las obligaciones de los propietarios del predio dominante y del predio sirviente. El propietario enclavado no puede pedir que el vecino le ceda la propiedad del terreno por el cual debe ejercerse el paso, porque no se trata de una expropiación. Por la misma razón, el vecino no puede obligar al propietario enclavado á que compre el terreno por el cual pasa; el artículo 682 dice cuáles son estos derechos: debe ser indemnizado del daño que el ejercicio del paso le ocasiona.

Siendo el paso una servidumbre, el propietario enclavado no tiene más que los derechos que pertenecen á aquél que disfruta de una servidumbre de paso. El no puede edificar en el fundo sirviente, como se deja entender; no puede tener en él luces y vistas sino con las condiciones determinadas por la ley, puesto que éstas caerían hacia la propiedad agena. No puede ceder el paso á un tercero, porque las servidumbres son inherentes al predio; esto es así sobre todo del paso en caso de enclave, supuesto que sólo en razón de éste se le ha otorgado al propietario (2).

1 Demante, t. 2º, p. 634, núm. 539 bis, 1º; Lyon, 18 de Enero de 1827 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 888); Nancy, 23 de Enero de 1838 (Dalloz, *ibid.*, núm. 819, 3º). Besançon, 16 de Julio de 1866, (Dalloz, 1866, 2, 130).

2 Duranton; t. 5º, p. 472, núm. 432. Demolombe, t. 12, p. 119, núms. 636, 637.

109. El propietario del predio sujeto tiene los derechos que pertenecen á aquellos cuyos fundos están gravados con una servidumbre de paso. El puede abrir, en el terreno que sirve de camino de paso, ventanas de aspecto, supuesto que le pertenece. En ciertos conceptos, sus derechos son más extensos que según el derecho común. Esta no es una servidumbre voluntaria, sino forzada. Está en la mente de la ley que se concilien los derechos del propietario sometido con los derechos del propietario enclavado. Se ha fallado por aplicación de estos principios que el propietario del predio sirviente podía todos los años señalar el paraje menos perjudicial para el ejercicio del derecho de paso, núm. 94. Conforme al mismo principio es como debe decidirse la cuestión de saber si puede cercarse. En otro lugar hemos dicho que el art. 647 no es un obstáculo para el ejercicio de este derecho, t. VII, núm. 441. Entiéndase que la cerca debe ser tal que no embarace el derecho de paso. Durantón enseña, contra la opinión de Voet, que el propietario sometido no podría cerrar el paso por medio de una puerta ó de una barrera, ofreciendo al dueño del predio enclavado una llave para pasar (1). Esto nos parece de un rigor extremo. Cuando se trata de una servidumbre ordinaria, se puede invocar el art. 701, que prohíbe al propietario del predio sometido que haga nada con tendencia ó volver más *incómoda* la servidumbre. Pero el paso en caso de enclave, por más que sea una servidumbre, debe interpretarse en otro concepto que el derecho riguroso que nace de un convenio. Un paso ordinario se estipula por razones de comodidad; luego se concibe que no pueda hacerse menos cómodo, porque esto sería faltar á la ley del contrato. Mientras que, en caso de enclave, el paso se establece por causa de

1 Durantón, t. 5º, p. 473, núm. 434. Compárese Demolombe, t. 12, p. 21, núm. 638.

necesidad. Desde el momento en que se satisface á esta necesidad, el propietario enclavado deja de tener derecho á querrellarse. Hay una sentencia en este sentido (1).

*Núm. 4. Extinción de la servidumbre.*

110. ¿La servidumbre de paso se extingue cuando llega á cesar el enclave? Esta cuestión es muy debatida, divide á los autores y á la jurisprudencia (2). Si se tiene en cuenta, como lo hemos hecho, la naturaleza particular de la servidumbre de enclave, casi no hay lugar á duda. El paso, en caso de enclave, está establecido por la ley por motivo de utilidad pública; desde el momento en que la sociedad no está ya interesada en que haya un paso forzado, la servidumbre deja de tener razón de ser: ¿es concebible un paso ejercido á título de enclave, cuando deja de existir éste? En vano se dice que toda servidumbre se establece con un espíritu de perpetuidad (3). Esto es verdad de las servidumbres en general. Si yo estipulo hoy un paso por utilidad de mi heredad, es probable que este paso jamás cesará de ser ventajoso al propietario del predio dominante. Pero si yo ejerzo hoy un paso por estar enclavado, la causa de la servidumbre es transitoria, porque mañana puedo adquirir un predio que me dé salida á la vía pública. Tan cierto es que el paso en caso de enclave no es perpetuo, que todo en él es variable; la servidumbre nada tiene de fijo, de inmutable; cada año puede ejercerse en una parte diferente del predio (núm. 94), puede aumentar de extensión si el propietario del predio en-

1 Bruselas, 3 de Mayo de 1851 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 301). La misma sentencia se encuentra por segunda vez, 1855, 2, 48. En sentido contrario, Bruselas, 26 de Febrero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 316).

2 Véanse las fuentes en Aubry y Rau, t. 3<sup>o</sup>, p. 32, nota 34; Dalloz en la palabra *Servidumbre*, núms. 877, 878; Demolombe, t. 12, página 124, núm. 642.

3 Demolombe, t. 14, p. 125, núm. 642.

clavado extiende su explotación; puede también disminuir si las necesidades minoran, y por lo tanto, si las necesidades cesan por completo, la servidumbre debe también concluir (1). Cuando la causa única que origina un derecho viene á cesar, el derecho se extingue igualmente; es llegado el caso de aplicar el viejo proverbio: “cessante causa, cessat effectus.”

III. No obstante, no escasean las objeciones, y son serias. Durantón dice, en nuestra opinión, que la servidumbre es condicional ó por lo menos á plazo, mientras que la ley la establece pura y sencillamente (2). Nos parece que el texto de la ley contesta suficientemente á esta argumentación. ¿A quién se ha otorgado el paso? “Al propietario cuyos predios están enclavados,” dice el art. 682. Luego el enclave es la condición *sine qua non* del ejercicio del paso. El artículo agrega: “y que no tiene ninguna salida hacia la vía pública.” Volvemos á preguntar: ¿se concibe que un propietario reclame un paso en virtud del art 682, porque no tiene ninguna salida á la vía pública, cuando hay esta salida? *Reclamar*, nó, se dice, pero una vez que la ha reclamado, la servidumbre existe, es una servidumbre ordinaria de paso, por lo que deben aplicarse los principios generales que rigen la extinción de las servidumbres; ahora bien, la ley no coloca la cesación del enclave entre las causas que extinguen las servidumbres. ¿En qué viene á parar, pues, se dice, la opinión que declara extinguida la servidumbre de paso, cuando cesa el enclave? En crear una causa de extinción de las servidumbres, es decir, en hacer la ley. Y se la hace contra la intención del legislador. En efecto, la corte de Lyon había propuesto agregar á la sección que trata de la extinción de las servidumbres una disposición que dijera que si el paso

1 Rouen, 13 de Diciembre de 1862 (Dalloz, 1864, 2, 33).

2 Durantón, t. 5º, p. 474, núm. 435.

concedido al predio enclavado cesare de ser necesario, se suprimiría, y que si se hubiese pagado una indemnización se devolvería el precio. No habiéndose aceptado esta proposición, debe creerse que los autores del código civil rechazaron ese modo de extinción de la servidumbre de paso. Este último argumento sería decisivo si el consejo de Estado hubiera discutido la proposición; pero no estaba formulada en el proyecto de código sometido á sus deliberaciones, y si los autores del proyecto no la han admitido, puede consistir en que juzgaron inútil la disposición. En efecto, los tribunales no declaran extinguida la servidumbre de enclave cuando éste cesa, se limitan á resolver lo que el sentido común resuelve, que no hay lugar á ejercer el paso por causa de enclave, no habiendo enclave. Inútil era decir esto bajo el punto de vista jurídico, porque siendo el enclave la condición ó la causa de la servidumbre, si falta la condición y cesa la causa, no puede tratarse ya de una servidumbre.

Se insiste y se dice que la verdadera causa de la servidumbre está en la ley, y de aquí se concluye que la ley sola que ha creado la servidumbre podría hacerla cesar; que por el hecho solo de no declararla extinguida, ella subsiste, porque toda servidumbre es perpetua, y sobre todo, la servidumbre de paso necesario, la cual es una especie de expropiación. Tal es la argumentación de Demolombe (1), que á nosotros no nos parece seria. Sin duda que toda servidumbre légal tiene su principio en la ley, pero la ley no establece servidumbre sin motivo jurídico; y el motivo es lo que constituye la causa, y en el caso de que se trata, no hay medio de equivocarse, supuesto que el legislador ha cuidado de indicar la razón por la cual da un paso al propietario enclavado, y es porque no tiene salida para la vía pública: gera necesario añadir que desde

1 Demolombe, t. 12, p. 125, núm. 642.

el momento en que tiene una salida, ya no puede ejercer un paso que sólo le fué concedido por la falta de salida? En cuanto á la pretendida perpetuidad de la servidumbre, que resulta de que es una expropiación, la respuesta se halla en el texto del art. 645 que define la expropiación por causa de utilidad pública (1).

112. En la jurisprudencia nos encontramos con una objeción mucho más seria; la corte de casación la ha sancionado con su autoridad, después de que fué desarrollada en un excelente informe del consejero Mesnard. Se conviene en que la causa que ha hecho que se establezca la servidumbre, es decir, la necesidad que resulta del enclave puede llegar á cesar; pero no sucede con frecuencia que causas movibles y cambiantes producen efectos permanentes é invariables? Los contratos convencionales nos dan un ejemplo de esto; son irrevocables, por más que la causa que los ha originado sea una voluntad cambiante. De aquí el viejo proverbio: *Ab initio voluntatis, ex postfacto necessitatis*. Los jurisconsultos romanos han consagrado esta máxima, y Justiniano le ha dado cabida entre sus reglas de derecho. "Lo que una vez se ha establecido conforme á la ley, y con mayor razón en virtud de la ley, subsiste aun cuando sobrevenga un suceso que haya impedido que nazca el hecho jurídico, si desde el principio hubiese existido" (2). La servidumbre se establece por que hay enclave, un convenio determina su asiento y fija la indemnización que el propietario enclavado debe pagar; por lo mismo todo está consumado y es irrevocable. ¿Sería otra cosa si en lugar de un convenio, hubiera prescripción? Los principios son los mismos, porque el prolongado ejercicio de la servi-

1 Véase el tomo 7º de esta obra, núm. 424.

2 "Quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit a quo initium capert non potuerunt." (L. 85, D., de regul. jur.).

dumbre hace presumir que se ha celebrado un convenio sobre el paso y que se ha pagado la indemnización. En virtud de este dictamen, la corte de casación resolvió que el ejercicio del paso necesario por causa de enclave, cuando se ha prolongado por más de treinta años, hace adquirir al propietario de la heredad enclavada la servidumbre misma del paso, según el asiento que le ha sido dado por esa prolongada posesión; que adquirido de esta suerte el derecho *absoluto* de servidumbre, no puede recibir ningún ataque á causa del suceso ulterior que viene á hacer cesar el estado primitivo de enclave (1).

A nosotros nos parece que esta argumentación descansa en una confusión de ideas. Ella supone que el convenio, ó la prescripción que hace sus veces, cría un *derecho absoluto* de paso. ¿Cómo había de crear el convenio lo que ya existe? La servidumbre de paso necesario, nunca se cría por el convenio ni por la prescripción, sino que existe en virtud de la ley. ¿Se quiere una prueba palpable? Yo estoy enclavado, y no hay más que un solo predio y un solo lugar de éste por el cual pueda yo pasar, y paso inmediatamente, sin que haya convenio ni prescripción. ¿Acaso ejerzo un derecho? Si la servidumbre nace del convenio ó de la prescripción, debe decirse: Nó, hay aquí vía de hecho, invasión de la propiedad del vecino, contravención á la ley penal. Pues bien, la corte de casación resolvió que no había contravención, luego hay derecho, y por lo tanto, la servidumbre existe. Luego ella es preexistente á la convención y á la prescripción; éstas no crían la servidumbre, sino que únicamente determinan su asiento. Este mismo asiento no es irrevocable; hay controversia acerca de la extensión de las variaciones que pueden experimentar, pero todos convienen en que es variable. En lo que con-

1 Sentencia de denegada apelación, de 19 de Enero de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 6).

cierne á la servidumbre misma, no puede invocarse ni el convenio ni la prescripción, porque no tiene otra causa, otra razón de ser que la necesidad, la falta de salida; luego cuando esta causa única desaparece, el efecto debe desaparecer. En cuanto á los proverbios que se citan, suponen que se ha constituido definitivamente un derecho por el concurso de voluntades de las partes interesadas, y en el caso en cuestión, no hay ningún concurso de voluntades, todo depende de la ley, y ésta hace de la necesidad una condición de existencia de la servidumbre (1).

113 Aceptando que la servidumbre cesa, se presentan nuevas dificultades. ¿El propietario enclavado puede pedir la restitución de la indemnización que él ha pagado? Se admite que él tiene derecho á una restitución sea cual fuere, pero no hay acuerdo sobre la extinción de ese derecho. ¿Es toda la indemnización? ¿es una parte de ella? (2). Si son verdaderos los principios que hemos establecido, la solución es muy sencilla. La indemnización fué pagada por una causa que cesa de existir; desde el instante en que cesa el enclave, el que ha recibido la indemnización deja de tener motivo jurídico para conservarla, porque la retendría sin causa; luego el propietario que la ha pagado puede reclamarla (3). Esta es una consecuencia de los principios generales que rigen el pago de lo indebido. Esto es inadmisibile. ¿Puede haber daños y perjuicios sin una culpa, sin un hecho imputable al propietario de la heredad sirviente? ¿El no ha hecho más que

1 Esto está muy bien establecido en una sentencia de Rouen de 13 de Diciembre de 1862, Dalloz, 1864, 2, 33). Compárese Aubry y Rau, t. 3º, p. 27 y las notas.

2 Véanse las diversas opiniones en Demolombe, t. 12, p. 128, número 643.

3 Lyon, 24 de Diciembre de 1841 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 880, 2º). Limoges, 20 de Noviembre de 1843 (Dalloz, *ibid*, núm. 878. Aubry y Rau, t. 3º, p. 32 y nota 35.

sufrir el paso, muy á su pesar y se le había de condenar á daños y perjuicios!

Al decir que la indemnización debe restituirse, no pretendemos privar de toda compensación al propietario por cuyo predio se ha ejercido el paso. Como el paso le ha causado un daño, tiene derecho á una indemnización por tal capítulo. ¿Cómo se calculará ésta? El medio más sencillo será valuar la indemnización por anualidades, y adjudicarlas tantas de ellas como años han transcurrido desde que se practicó el paso. El no restituirá la indemnización sino haciendo deducción de esa suma.

114. ¿El que reclama la restitución de la indemnización debe probar que la ha pagado? La afirmativa no es dudosa en principio, puesto que él es actor y el pago es el fundamento de su demanda de restitución. ¿Qué debe decirse si él ha ejercido la servidumbre durante treinta años? Hay sentencias que deciden que en este caso hay prescripción de pago, lo que dispensaría al actor de probarlo. Hay que rechazar esta pretendida presunción como todas las que se imaginan sin que haya un texto de ley que las consagre. La corte de Agen dice que la prescripción de la acción de indemnización supone *necesariamente* que se ha pagado la indemnización (1). Nó, no hay más que una simple probabilidad, porque la prescripción extintiva de treinta años no se funda en una presunción de pago, y una probabilidad no se convierte en una presunción sino cuando el legislador la ha sancionado. La corte de Limoges alega las más singulares razones para inferir una presunción legal sin ley (2). Se trata de una *especie de expropiación*, lo que implica que la servidumbre no se debe sino después del pago de la indemnización. ¿Qué quiere

1 Agen, 14 de Agosto de 1834 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 878.

2 Limoges, 20 de Noviembre de 1843 (Daloz, *Servidumbre*, número 878). En el mismo sentido, Lyon 24 de Diciembre del 841 (Daloz, *ibid.* núm. 880 2<sup>o</sup>), y Demolombe, t. 12, p. 129, núm. 643.

decir eso de una *especie* de expropiación? ó hay expropiación verdadera ó no la hay en lo absoluto. Ahora bien, la expropiación verdadera no existe sino cuando un propietario es privado de su cosa (art. 545). Desterremos las expresiones *especies* de una ciencia que exige la precisión más rigurosa. La corte de Limoges agrega que se presume que la servidumbre no se ha ejercido sino por medio de una compensación, porque se subentiende que cada uno vigila sus intereses y no abandona sus derechos sino después de que se le ha desinteresado. Una nueva probabilidad. Que el legislador la tenga en cuenta, sea; pero con qué derecho el intérprete exige una probabilidad en presunción? Por último, la corte dice que la antigüedad del pago dispensa de aducir su prueba. Por de pronto, la corte hace la ley, y la hace muy mal. Esto en ninguna parte se ha dicho, y el legislador se ha cuidado bien de asentar un principio tan peligroso. La corte de Angers reduce á la nada todas estas razones malas, por la sencilla razón de que si el que reclama un paso por el predio ageno está obligado á indemnizar al propietario, de esto no resulta la presunción legal de que se haya pagado la indemnización; que aun el art. 685 supone que el paso se ha ejercido sin pago, lo que, en la práctica, sucede con mucha frecuencia (1).

115. Cuando el enclave resulta de una partición ó de una venta, los principios que acabamos de establecer dejan de tener aplicación. El paso que entonces debe concederse no es el resultado de la necesidad; por lo mismo ya no puede decirse, cesando la necesidad, cesa la servidumbre. La servidumbre es convencional, sea tácita ó expresa la convención. Al establecerse conforme al derecho común, debe también extinguirse conforme al

1 Angers, 20 de Mayo de 1842 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 858). Aubry y Rau, t. 3º, p. 32, nota 35.

mismo derecho. El propietario que cesa de estar enclavado conserva, pues, el paso á que tiene derecho, y si hubiese pagado un precio, no podría redemandarlo, aun cuando renunciase al paso que ya no necesita. Aquí todo es definitivo é irrevocable. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo (1).

#### § VIII.—DEL TURNO DE LA ESCALA.

116. Entiéndese *por turno de la escala* una servidumbre en cuya virtud el propietario del predio domitante puede colocar en la heredad de su vecino, y ocupar el espacio de terreno que sea necesario para hacer reparaciones y construcciones en la parte de su casa que cae hacia el lado de esa heredad. A veces se da el nombre de *turno de la escala* al espacio que se ha dejado para aquel uso por el propietario que construye una casa. Los dos casos son esencialmente diferentes, puesto que por una parte hay servidumbre y por la otra ejercicio de la propiedad (2).

En el antiguo derecho, había una servidumbre legal de *escala*. Citamos el art. 204 de la costumbre de Melun que dice: "Cuando alguno edifica ó repara su heredad, su vecino está obligado á darle *paciencia y paso* para reconstruir, reparando lo que se haya roto, demolido ó echado á perder." Los autores fundaban esta costumbre en la humanidad, caridad y equidad naturales, estando cada uno á servir á su vecino. Sin embargo, había algunas costumbres que mantenían respecto de la *escala* el principio de que no hay servidumbre sin título.

No hay que confundir la *escala* con el *cerramiento* (*inves-*

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 33 y nota 36. Sentencias de denegada apelación, de 1º de Agosto de 1861 (Daloz, 1862, 1, 161), y de 14 de Noviembre de 1859 (Daloz, 1860, 1, 176).

2 Merlin, "Repertorio," en la expresión "Turno de la escala," párrafo 1º, (t. 34, ps. 338 y siguientes.

*tison*). Los romanos dejaban un espacio entre sus edificios y los de sus vecinos: de aquí el nombre de *isla* para designar lo que nosotros llamamos *heredad*. Este uso pasó á las Galias, se mantuvo en las naciones de derecho escrito con el nombre de *investison*, sin duda porque dicho espacio rodea las propiedades de cada uno, y las *cerca*, por decirlo así.

117. El código no habla ni de *escala* ni de *cerramiento*. Esto decide la cuestión de saber si, como lo prescribían las leyes romanas, el propietario debe dejar un espacio de terreno entre su edificio y el de su vecino. La negativa es cierta, supuesto que el código ya no impone esta obligación. El orador del Tribunado dice que la intención de legislador ha sido la de emancipar á los propietarios del esa restricción al derecho que tienen para edificar en su suelo como mejor se les ocurra (1). Sucede lo mismo con la servidumbre de escala; no puede tratarse de una servidumbre legal de turno de escala, cuando la ley no la establece y ni siquiera pronuncia el nombre.

118. Pero si la escala y el *cercos* (*investison*) ya no existen en virtud de la ley, nada impide establecerlas por voluntad de los propietarios. Sin decirlo se comprende de que el que construye una cosa puede dejar más allá de la pared un espacio de terreno destinado para que sirva de turno de escala. Surge, en este caso, una dificultad concerniente á la prueba; más adelante volveremos á tratar el punto. Suponiendo probada la propiedad, se aplican los principios generales que rigen el derecho de dominio. El propietario podrá hacer de los terrenos lo que quiera, mientras que el vecino nada podrá hacer; ni siquiera podrá adquirir la medianería de la pared, supuesto que ésta no separa las dos heredades. (2).

1 Discurso de Gillet, núm. 11 (Loché, t. 4º, p. 195).

2 Toullier, t. 2º, p. 254, núm. 562. Durantou, t. 5º, p. 324, número 316.

119 La servidumbres de turno de la escala puede también establecerse, pero únicamente por título, puesto que es una servidumbre discontinua (arts. 688 y 691). Hay una sentencia en este sentido. Invocábase el consentimiento tácito de las partes contrayentes; la corte resolvió que al celebrar el contrato, las partes no pensaban ni en reservar el turno de la escala, ni someterse á él (1). Precisaba haber dicho más. El consentimiento tácito de las partes interesadas no equivale á título sino cuando hay destino del padre de familia, y este destino no puede invocarse sino cuando la servidumbre es continua á la vez que aparente.

¿Qué debe resolverse de las servidumbres adquiridas en el antiguo derecho? El código mantiene las que estaban establecidas por una posesión inmemorial (art. 691). ¿Sucede lo mismo con las servidumbres legales anteriores á la publicación del código? Sí, en principio, porque la ley equivale á título. Esto, no obstante, es muy dudoso, respecto al turno de la escala. Servidumbre de escala, en el sentido escrito de la expresión, no la había; era más bien una obligación de buena vecindad fundada en la equidad. Las costumbres mismas que consagraban ese deber añadían una reserva. Hemos citado la costumbre de Melun, que obligaba al vecino á sufrir *paciencia y paso*, pero el art. 75 decía: “la tolerancia de quien ha permitido á otro que tenga escala en su heredad, no da ni hace adquirir el goce sin título expreso,” salvo si hubiese contradicción. Sólo en este último caso había verdadera servidumbre, y podría ser mantenida por el código civil. En cuanto al deber de humanidad que las costumbres prescribían, ha venido ha ser, por la abrogación de las costumbres, un deber puramente moral, del cual no tiene que ocuparse el

1 Douai, 21 de Agosto de 1865 (Daloz, 1866, 5, 437. Compárese Bruselas, 21 de Enero de 1869 (*Pasicrisja*, 1869, 2, 80).

derecho. Hay una sentencia en sentido contrario de la corte de Rouen (1). Invoca la costumbre de Nantes; pero esta costumbre á la vez que prescribía al vecino que tuviese paciencia al que tiene que emprender reparaciones, agregaba esta reserva: "el que edifica no puede, en razón de lo antes dicho, adquirir *derecho* ni *posesión* contra *aquello*, con perjuicio del que ha dado ó sufrido dicha *paciencia*." Luego era una simple *paciencia* y nó un derecho.

120. Cuando el turno de la escala constituye una servidumbre, los derechos del propietario dominante son mucho menos extensos que cuando el terreno que sirve de turno de escala pertenece al propietario del edificio. No puede servirse de aquél sino para hacer las reparaciones necesarias á su casa, mientras que el vecino, siendo propietario del terreno, dispone de él como le ocurre, con tal que no estorbe el ejercicio de la servidumbre. Luego el propietario del edificio tiene interés en sostener que posee más allá de su pared un terreno del cual dispone. Esto es muy importante, sobre todo, cuando se trata de probar su derecho; la propiedad se adquiere por la prescripción, y se prueba por una posesión trentenaria, mientras que la servidumbre de turno de la escala, como que es discontinua, no se adquiere sino por título; y muy á menudo, para las casas viejas, no hay título, ni para la servidumbre ni para la propiedad. Queda por saber de qué manera el propietario de la casa probará que el terreno que reclama le pertenece. La ley no establece ninguna presunción de propiedad, y ni podría haberla, porque el que edifica tiene el derecho de edificar en el límite separativo de su heredad. Se permanece, pues, bajo el imperio de los principios generales. Rara vez habrá lugar á la prueba testimonial, en razón del valor pecuniario del terreno litigioso. Luego se necesitarán escritos. Los tribunales se mues-

1 Rouen, 8 de Febrero de 1828 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 805, 2°).

tran bastante fáciles en la admisión de estas pruebas. Como no hay escrituras propiamente dichas, el juez se conforma con una prueba más ó menos vaga, resultante de los hechos, del estado natural de las heredades; bien entendido que la propiedad del predio mismo debe establecerse por título; después de esto ya no se trata más que de determinar los límites precisos. La corte de casación ha fallado que las indicaciones del catastro, la plantación de árboles en el límite de la heredad podían servir de prueba de que el propietario de un parque que confina con unos prados es propietario de un terreno que sirve de turno de escala (1).

121. Estas mismas condiciones y este conjunto de pruebas suelen muy á menudo faltar cuando se trata de un edificio. Puede suceder que en realidad no haya ni cerco, ni turno de escala. Cuando se hacen necesarios algunos trabajos, ¿cómo emprenderlos si sólo se pueden hacer pasando por el terreno del vecino? ¿Podrá el propietario reclamar el paso? En derecho estricto, debe contestarse negativamente. No hay paso sino á título de servidumbre ó como ejercicio de la propiedad, y nosotros estamos suponiendo que el dueño del edificio no tiene servidumbre y que no es propietario, ó lo que viene á ser lo mismo, que no puede establecer su derecho. Los autores han tratado de eludir el rigor del derecho, distinguiéndose las diversas hipótesis que pueden presentarse.

Se distingue desde luego, si la pared es ó nó medianera. Si se trata de reparar una pared medianera, cada vecino debe procurar el paso necesario para la reparación. Esto es admisible, hasta en derecho estricto, porque estando obligados los dos co-propietarios á contribuir á las

1 Sentencia de París, de 10 de Marzo de 1865, confirmada por una de denegada apelación, de 17 de Diciembre de 1866 (Daloz, 1867, 1, 495).

reparaciones, art. 655, deben por esto mismo facilitar un paso, sin el cual serían imposibles las reparaciones. El paso se reclama, en este caso, no á título de turno de escala, sino como una consecuencia de la comunidad. Si la pared no es medianera, se admite además que, en las ciudades y arrabales en donde es forzoso el cerco, el propietario de la pared podría obligar al vecino á sufrir el paso de los obreros empleados en la reparación de la pared, porque también podría obligarlo á la construcción y reparación de un cercado común. No podemos participar de tal opinión, por más que esté adoptada generalmente. Toullier tiene razón al decir que por todo el tiempo que el propietario de una pared tiene su propiedad exclusiva, no puede prevalerse de los derechos que podría ejercer si fuese medianera: hay en esto una falta de lógica que salta á la vista (1). Demolombe confiesa que la opinión general está fuera de los principios rigurosos de derecho, pero que es favorable; y no se sorprendería, dice él, de verla triunfar alguna vez en la práctica (2). No gustamos de ver que se subordine el derecho al hecho, porque esto casi es incitar al juez á que se coloque encima de la ley, siendo así que el derecho debería ser la regla invariable de sus decisiones.

122. También se admite el paso forzado, cuando se trata de reparaciones que deben hacerse en el techo de un edificio en el cual el propietario tiene el derecho de desagüe. Esto, dicen, es una consecuencia necesaria de esta servidumbre. En este punto Toullier tiene también razón contra Pardessus (3). Las dos servidumbres son esencial-

1 Toullier, t. 2º, p. 253, núm. 559. En sentido contrario, Delvincourt, Pardessus y Durantón (t. 5º, p. 323, núm. 316).

2 Demolombe, t. 11, p. 491, núm. 424.

3 Toullier, t. 2º, p. 254, núm. 560. Aubry y Rau, t. 3º, p. 89, nota 3. En sentido contrario, Pardessus, t. 1º, p. 507, núm. 227. Durantón, t. 5º, p. 49.

mente diferentes, una es continua y la otra discontinua; lo que se considera como lo accesorio puede ser más embarazoso que la servidumbre principal: así, pues, no hay que concluir de la una para la otra. Es razonar mal el decir, como lo hacen, que si el paso no existe precisamente á título de derecho, será en razón de una especie de fuerza mayor, de una necesidad absoluta que no permite rehusar el paso (1). Una cuasi-fuerza mayor no da derecho contra el derecho. Si la necesidad bastara para que hubiese un derecho de paso, el legislador no habría tenido necesidad de organizar la servidumbre de enclave, es preciso una ley para que la necesidad engendre un derecho.

123. Así, pues, no podemos afiliarnos al parecer de Pardessus, el cual enseña que si el propietario justifica que no tiene medio ninguno de hacer las reparaciones, estará fundado por una inducción tan justa como natural del artículo 682, á exigir de su vecino que le conceda el paso mediante una indemnización. Esta opinión ha sido sostenida con alguna vivacidad por Mauguin en su "Ensayo sobre el código Napoleón," y ha sido consagrada por una sentencia de la corte de Bruselas. Nunca faltan malas razones para defender una mala causa. Comprendemos que se coloque uno en el terreno de la equidad y que se diga con la corte de Bruselas, que rehusar el paso en caso de necesidad sería lastimar las conveniencias entre vecinos; ¿no es llegado el caso de decir con los jurisconsultos romanos: "quod tibi, non nocet, et alteri prodest, facile concedendum?" (2). La corte echa en olvido que bajo el imperio de un código los tribunales cesan de ser jueces de equidad, y que no son ya más que los ministros de la

1 Dalloz, *Servidumbre*, núm. 811:

2 Bruselas, 28 de Marzo de 1823 (*Pasicrisia*, 1823, p. 378), Compárese Burdeos, 20 de Diciembre de 1836 (Dalloz, *Servidumbre*, número 812, 1°).

ley (1). Así, pues, hagamos á un lado las conveniencias y consultemos el derecho. No hay que sacar inducciones del art 682, porque no se extienden las derogaciones de la propiedad; si alguna disposición es de estricta interpretación, es la del art. 782 que obliga á un propietario á soportar una servidumbre. En vano se dice que el vecino que rehusase el paso ocasionaría la ruina del edificio, porque por falta de paso no podría ser reparado. Contestaremos con Toullier que al que edifica incumbe velar por la conservación de su cosa y no á su vecino. Singular justicia y singular equidad la que impone una servidumbre al vecino, porque al propietario le ha parecido bien construir en el límite preciso de su heredad, sin reservarse ni propiedad, ni servidumbre para hacer las reparaciones cuya necesidad debería prever! En derecho como en equidad, el imprudente es el que tiene que soportar las consecuencias de su imprudencia (2).

124. Hay una sentencia que parece admitir el turno de escala en favor de las iglesias, en el sentido de que los propietarios vecinos estarán obligados á procurar el paso para llegar á los intervalos de los machones y hacer las reparaciones indispensables (3). Formulada en términos tan absolutos, la decisión es evidentemente inadmisibile. Las iglesias están regidas por el derecho común, y no pueden disfrutar de una servidumbre de escala, puesto que esta servidumbre no existe sino en virtud de una estipulación. ¿Cómo es que la corte de Agen ha llegado á tal conclusión? Los pilares exteriores, dice la sentencia, y los estribos que sostienen los muros de la iglesia forman cuerpo con ella, y como ella son imprescriptibles. Esto es evidente. La sentencia agrega que el terreno ó espacio exis-

1 Véase el t. 1º de esta obra, núm. 29.

2 Toullier, t. 2º, p. 252, núm. 559. En sentido contrario, Pardessus, t. 1º, p. 508, núm. 227.

3 Agen, 2 de Julio de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 150).

tente entre los pilares es un accesorio de la iglesia y su parte integrante. Aquí nos metemos al dominio de las probabilidades, y en consecuencia, de las presunciones. Que tal terreno sea una dependencia de la iglesia, es muy probable, pero una probabilidad no es una prueba, y presunción legal no la hay. En vano dice la corte que el espacio comprendido entre los machones no puede llegar á ser propiedad privada, puesto que la ocupación de ese terreno haría imposible las reparaciones; todo propietario de un edificio podría decir otro tanto para pretender que debe tener la propiedad del terreno que toca su pared. No existe más presunción en favor de las iglesias que en favor de los particulares. Este mismo motivo decide también la cuestión de la servidumbre de escala. Es necesario que la fábrica pruebe su derecho de propiedad en los terrenos intermedios, entonces podrá pedir que las construcciones que allí se han levantado sean derrumbadas. Si reclama el paso por las heredades contiguas debe también establecer ó que es propietario ó que tiene un derecho de servidumbre.

