

SECCION II.—Como se establecen las servidumbres.

144. El código civil acepta tres modos de establecer las

1 Durantón, t. 5º, p. 526, núm. 497. Aubry y Rau, t. 3º, p. 68 y notas 14 y 15.

2 Demolombe, t. 12, p. 227, núm. 722. Compárese Aubry y Rau, t. 3º, p. 68, nota 14.

da indicaba que las aguas fuesen transmitidas por estos canales á los predios del vecino (1).

141. Una servidumbre de toma de agua se ejerce por medio de una vertiente. Es continua, pero en un caso que se presentó á la corte de casación, se había fallado que no era aparente. Las primeras diligencias comprobaban que la compuerta se componía de tres tablas aisladas que se colocaban á mano de hombre, unas veces dos, otras tres; cuando no funcionaban, yacían tiradas en la calzada. De que se empleasen ora dos, ora tres tablas, dice la sentencia de casación, no puede concluirse nada contra la apariencia de servidumbre; todo lo que de aquí resultaba, es que había un reflejo más ó menos considerable del agua según las necesidades de la fábrica en cuyo provecho se ejercía la toma de agua. No por esto dejaba de haber un canal vertiente, que se manifestaba por trabajos exteriores que ninguna duda dejaban acerca de su destino; lo que era suficiente para constituir la apariencia exigida por la ley (2).

142. ¿La servidumbre de inundación ó de sumersión puede adquirirse por prescripción? Ella es continua, supuesto que se ejerce sin el hecho actual del hombre; para que sea aparente, se necesita que haya obras exteriores que tengan por objeto el ejercicio mismo de la servidumbre. Así fué resuelto por la corte de Montpellier contra la compañía del canal del Mediodía (3). Esta reclamaba la servidumbre como por haberla adquirido por la prescripción; no invocaba otro signo que indicase la existen-

1 Sentencia de Poitiers, de 4 de Mayo de 1864, confirmada por otra de denegada apelación, de 19 de Junio de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 478).

2 Sentencia de casación, de 24 de Enero de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 79).

3 Sentencia de denegada apelación, de 14 de Junio de 1852 (Dalloz, 1854, 1, 154).

servidumbres por el hecho del hombre: el título, la posesión de treinta años y el destino del padre de familia (artículos 690 y 692). ¿Existe un cuarto modo? Pardessus dice que el juez cría á veces y constituye servidumbres que todavía no existían (1). Pero las explicaciones en que entra prueban que la verdad es que las servidumbres no se establecen por fallo judicial, resultan de un consentimiento voluntario ó forzado que el juez no tiene más que hacer constar conforme á los principios que rigen las servidumbres así como la misión del poder judicial, y en esto no cabe la menor duda. La servidumbre es un desmembramiento de la propiedad, y por esto es de principio, como vamos á decirlo, que las servidumbres no pueden establecerse sino por el propietario que tiene la capacidad de enagenar. Hay que preguntar si los tribunales son propietarios ó si la ley les confiere el derecho de enagenar en todo ó en parte las heredades de los particulares. Se opera una partición judicial. A causa de la composición de los lotes, sucede que uno de los predios queda enclavado; los peritos proponen que se establezca un paso por el predio ribereño de la vía pública. ¿Es esta una servidumbre judicial? Nó, porque la partición que se hace judicialmente es un contrato judicial que implica un concurso de voluntades, y por lo tanto, la servidumbre es convencional. Lo mismo sería si una escritura de partición extrajudicial no hiciera niuguna mención de un paso en provecho del lote enclavado, no por ello el propietario dejaría de tener el derecho de reclamar un paso; al concederlo el tribunal no constituiría una servidumbre, no haría más que reconocer y hacer constar la voluntad de las partes contratantes (2).

1 Pardessus, t. 2º, p. 65, núm. 273. Ducaurroy, Bonnier y Rous-tain, t. 2º, p. 232, núm. 346.

2 Sentencia de denegada apelación, de 19 de Abril de 1843 de la sala de lo civil (Daloz, *Servidumbre*, núm. 980).

¿Puede también el tribunal ordenar que algunas partes de la heredad, como el patio y la parte cochera, permanezcan comunes entre los co-partícipes? Se ha fallado por la corte de casación que esta decisión no contraviene al art. 815 que prohíbe la indivisión forzada, "porque la comunidad de ciertas partes de los objetos divididos constituye una servidumbre recíproca de uno de los propietarios hacia el otro" (1). La servidumbre suscita más de una duda. En primer lugar, no es exacto decir que la indivisión forzada es una servidumbre: esto es confundir la servidumbre con la co-propiedad. El juez que mantiene la comunidad de ciertos objetos, con indivisión forzada, establece, pues, en realidad, una indivisión perpetua, lo que está ciertamente en oposición con el art. 815. A las partes corresponde ver lo que harán si ciertos objetos no pueden repartirse; la vía legal en este caso es el remate y no la indivisión forzada (art. 1686). En todo caso, la cuestión no es de servidumbre, supuesto que la comunidad, aun cuando esté acompañada de indivisión forzada, sigue siendo una co-propiedad, y el uso de la propiedad excluye toda idea de servidumbre.

Hay otro caso en el cual parece que una servidumbre se ha establecido en virtud de un fallo, y es cuando á causa de un remate ó de una expropiación el juez pronuncia la adjudicación del inmueble, bajo ciertas condiciones expresadas en cláusula formal. Si estas cargas constituyen servidumbres, no emanarán de la voluntad del juez, sino del concurso de consentimiento de los vendedores que imponen el gravamen, y del adjudicatario que la acepta. Jamás es de la incumbencia del juez establecer una servidumbre por su propia voluntad, él es llamado no para crear derechos, sino para declarar los que resultan de los actos jurídicos celebrados entre los litigantes.

1 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Agosto de 1832 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 33, 2°).

§ I.—DEL TITULO.

145. Según los términos de los arts. 690 y siguientes, las servidumbres se adquieren todas por título, sean continuas ó discontinuas, aparentes ó no aparentes. ¿Qué se entiende en estas disposiciones por *título*? La misma palabra se encuentra en el art 695, y allí la expresión “título constitutivo de la servidumbre,” estando opuesta á la de “título recognitivo de la servidumbre,” significa evidentemente una escritura auténtica ó bajo forma privada que compruebe el establecimiento de la servidumbre. ¿Acaso está tomada en el mismo sentido la palabra título en los artículos 690 y 691? Puede tener otro sentido, el de hecho jurídico ó de causa que engendra la servidumbre. Cuando se toma la palabra título en este sentido, se distingue el título gratuito y el título oneroso. En derecho francés hay dos títulos gratuitos, la donación y el testamento; los títulos onerosos más usuales por los cuales se establece una servidumbre son la venta y la partición. Nace ahora la cuestión de saber si para la validez ó para la existencia de la servidumbre, se necesita, además, del título jurídico que la produce, una escritura ó un escrito. Para resolverla, hay que distinguir el establecimiento de la servidumbre entre las partes y un efecto respecto á terceros.

*Núm. 1. Formas.**1. Entre las partes.*

146. Cuando la servidumbre se constituye á título gratuito, claro es que se necesita una escritura. En efecto, la donación es un contrato solemne, no existe sino cuando ha sido recibida por un notario, en las formas prescritas por la ley; cuando no se han observado dichas formas, la donación no tiene ningún efecto, es inexistente. Luego si se

establece una servidumbre por una donación nula en la forma, la servidumbre no existe. Se aplican entonces los principios que rigen los actos inexistentes, principios que hemos expuesto en varias ocasiones, y de los cuales volveremos á tratar en el título de las *Obligaciones*. Sucede lo mismo si la servidumbre se establece por testamento, por éste es también un acto solemne, que exige para su existencia ciertas formas, como lo diremos en el título de las *Donaciones*.

147. Los contratos á título oneroso, tales como la venta y la partición, por medio de los cuales se establecen ordinariamente las servidumbres, son contratos no solemnes, es decir que existen independientemente del escrito que sólo sirve de prueba. Así es que la venta es perfecta, y produce todos sus efectos entre las partes contrayentes, desde el momento en que hay concurso de consentimiento sobre la cosa y sobre el precio; el escrito, si las partes levantan alguno, no tiene más objeto que probar la venta; pero la prueba puede también hacerse por los demás medios legales, tales como la prueba testimonial, las presunciones, la confesión y el juramento. Tales son los principios generales: ¿los arts. 690 y 691 los han derogado en el sentido de que sea necesario un escrito para la existencia y validez de la servidumbre?

Planteada de tal modo, la cuestión casi no es dudosa. Siendo la regla que la venta es perfecta por el solo concurso de consentimiento, se necesitaría una excepción escrita en la ley para que fuese necesario un documento cuando la servidumbre constituye el objeto de la venta. Y no hay excedción ni en el texto ni en el espíritu de la ley. El art. 690 establece que las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por *título* ó por la posesión de treinta años, es decir por prescripción. Como la palabra *título* tiene dos sentidos, puede decirse que aquí significa

un escrito; pero también puede decirse que está tomada en el sentido de hecho jurídico. Como el texto deja indecisa la cuestión, hay que consultar el espíritu de la ley. ¿Acaso se dijo en los trabajos preparatorios que sea necesario un escrito para que exista la servidumbre? No. ¿Resulta eso de la naturaleza de la servidumbre? Tampoco. ¿Existe una razón, sea la que fuere, para que la servidumbre deba establecerse por escritura? Se puede vender un inmueble que valga cien mil francos por medio de un contrato verbal; y no había de poderse vender una servidumbre que vale quinientos. Esto vendrían á parar en hacer de la servidumbre un contrato solemne. Ahora bien; para que haya un contrato solemne, se necesita un texto formal, nos falta dicho texto, esto es decisivo.

El art. 691 confirma esta opinión, pues dice que: “las servidumbres continuas no aparentes y las servidumbres discontinuas, aparentes ó no aparentes, no pueden establecerse sino por *títulos*.” ¿Qué significa aquí la palabra *títulos*? El segundo inciso del artículo nos lo dice; agrega que aun la posesión inmemorial no es suficiente para establecer estas servidumbres. Luego la palabra *título* está tomada por oposición á la palabra *posesión ó prescripción*, esta oposición nada tiene de común con los escritos, se dirige únicamente al hecho jurídico que engendra la servidumbre. Y si, en el art. 691, la palabra *título* significa hecho jurídico, debe tener el mismo sentido en el art. 690, porque los dos artículos no constituyen más que una sola disposición. Hay, por otra parte, una razón perentoria para que, en el art. 690, la palabra *título* no pueda tener el sentido de acta ó escrito. Si tuviese dicho sentido, de ello resultaría que la venta de una servidumbre sería un contrato solemne; de donde se seguiría que no podría probarse ni por testigos, ni por confesión. Sin embargo, según el art. 690, las servidumbres continuas y aparentes se adquie-

rén por la posesión de treinta años; y la posesión se prueba siempre por testigos. Así, pues, no sería uno admitido á probar por testigos que se ha vendido una servidumbre, aun cuando hubiese un principio de prueba por escrito, y sería uno admitido á probar exclusivamente por medio de testigos que una servidumbre se ha adquirido por prescripción! Por el hecho solo de que la prescripción es suficiente para establecer las servidumbres, es imposible que la servidumbre sea un contrato solemne. Luego en el artículo 690, tanto como en el 691, la palabra *título* no está tomada en el sentido de escrito.

148. Tal es la opinión casi unánime de los autores (1). Pardessus es el único que dice que, en general, las servidumbres convencionales deben fundarse en títulos, y que por esta palabra se entiende toda clase de *documentos* á propósito para procurar una prueba por escrito; pero como no da motivo en apoyo de su disenso, carece de autoridad. En Francia, las cortes han seguido siempre la opinión que acabamos de sostener. Hay en sentido contrario una sentencia de la corte de Bruselas, bastante mal redactada (2). La corte comienza por establecer como principio que el legislador ha sometido la adquisición de las servidumbres continuas y aparentes á las reglas ordinarias sobre la adquisición de los derechos inmobiliarios. ¿Cuáles son estas reglas? Nosotros las hemos resumido; pueden formularse en una sola palabra, y es que los contratos á título oneroso, translativos de derechos reales inmobiliarios, no son contratos solemnes, que existen y son plenamente válidos, aun cuando no hubiese ningún escrito. Luego por aplicación de esta regla, no se necesita es-

1 Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. 3^o, p. 71, nota 1, y por Demolombe, t. 12, p. 231, núm. 730. Compárese Pardessus, t. 2^o, p. 3, núm. 242.

2 Bruselas, 30 de Enero de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 34).

crito para el establecimiento de una servidumbre. Hasta aquí la corte de Bruselas parece estar de acuerdo con nosotros. Pero después de haber asentado este principio, agrega que no puede entenderse la palabra *título* de que se sirve el art. 690 en otro sentido que en el de *prueba escrita*, lo que viene á parar en decir que se necesita un escrito para la constitución de una servidumbre convencional. La contradicción es completa cuando se atiende uno á los términos de la sentencia. Quizás la corte no ha querido decir lo que parece que dice. El apelante pretendía que un signo aparente de una servidumbre podía reemplazar el título, pretensión inadmisibile; para rechazarla es por lo que la sentencia insiste en la necesidad de una prueba escrita: bastaba con remitir al texto de la ley. Esta sentencia ha quedado aislada en Bélgica; nuestra corte de casación se ha pronunciado por la opinión general, por la razón determinante de que los principios generales concernientes á la prueba deben recibir su aplicación, supuesto que el código no los deroga en el título de las "Servidumbres" (1).

Hay una sentencia mejor de la alta corte de La Haya en favor de la opinión que estamos combatiendo (2). Ella dice que la palabra *título* significa en general una acta ó un escrito, por más que también designe algunas veces la causa ó el fundamento jurídico de un derecho. Supuesto que la palabra *título* tiene dos significaciones en el lenguaje del código, queda por ver en qué sentido la emplea el art. 690. La sentencia pretende que la continuación del artículo decide la cuestión; estas expresiones: "ó por la posesión de treinta años," implican, según la corte, que por *título* la ley entiende una acta escrita. El argumento

1 Sentencia de denegada apelación, de 26 de Diciembre de 1868 (*Pasicrisia*, 1869, 1, 269).

2 La Haya, 16 de Mayo de 1851 ("Bélgica judicial," 1851, p. 1041).

es débil y de antemano lo hemos contestado. No hay más que una disposición que ofrezca cierta duda, y es el artículo 695, que más adelante examinaremos.

149. Las consecuencias que se desprenden de la opinión general son evidentes. Supuesto que el escrito sólo sirve de prueba, la servidumbre puede probarse por cualquier otro medio legal. La prueba testimonial sería admisible si el precio de la venta no pasare de ciento cincuenta francos. Y si existiera un principio de prueba por escrito, la prueba por testigos sería indefinidamente admisible, cualquiera que fuese el valor de la servidumbre (1). Déjase entender que el principio de prueba debería reunir las condiciones requeridas por el art. 1347, supuesto que es de principio que las reglas sobre las pruebas trazadas en el título de las *Obligaciones* deben aplicarse en materia de derechos reales, á menos que la ley las derogue (2). Luego la servidumbre podría igualmente probarse por presunciones, por confesión y por juramento, conforme á los principios generales que estableceremos en otro lugar.

150. Para que el escrito haga prueba de la servidumbre, se necesita que emane del propietario del predio sirviente. Si en una escritura de venta el vendedor dice que el predio disfruta de tal ó cual servidumbre en la heredad del vecino, esta enunciación no será prueba de la existencia de la servidumbre. El art. 695, lo dice del título recognitivo, y esto es cierto también del título constitutivo. Es decir, que así como el reconocimiento de una servidumbre no puede hacerse sino por el propietario del predio sometido, del mismo modo él solo puede

1 París, 14 de Junio de 1843 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 977. Sentencia de denegada apelación, de 16 de Diciembre de 1863 (Daloz, 1864, 1, 215), Agen, 12 de Febrero de 1869 (Daloz, 1870, 2, 115.) Aubry y Rau, t. 2º, p. 76, y notas 23 y 24.

2 La corte de casación de Bélgica parece decir lo contrario en la sentencia de 26 de Diciembre de 1868 (*Pasierista*, 1869, 1, 280).

constituir una servidumbre; el escrito emanado de un tercero no puede, pues, probar que un predio esté gravado de una servidumbre, porque nadie puede crearse á sí mismo una servidumbre (1). En el antiguo derecho se admitía una excepción de este principio, y todavía en nuestros días se cita el viejo proverbio: *in antiquis enuntiativa probant*. Desde luego dejemos sentado que esta máxima no tiene el sentido absoluto que se le atribuye. Como lo diremos en el título de las *Obligaciones*, las enunciaciones no hacían fe en las antiguas escrituras sino cuando iban apoyadas en una prolongada posesión. Pothier lo dice al tratar de las servidumbres: “aunque, dice él, el uso prolongado no atribuye derecho de servidumbre, no obstante, si mi casa tiene desde hace mucho tiempo vista hacia la del vecino, y en los antiquísimos contratos de adquisición que celebraron mis autores, esté enunciado que la casa tiene esa vista, esos antiguos contratos sostenidos con mi posesión, harán fe del derecho de vista contra el propietario de la casa vecina, aun cuando sea un tercero y aun cuando sus autores jamás hayan sido partes en estos contratos” (2). Esta doctrina no tiene ya aplicación en el derecho moderno. Las enumeraciones que se hallan en una escritura no hacen fe sino entre las partes (art 1320), y jamás se pueden invocar contra un tercero. Sin duda que si la escritura es auténtica, prueba que dichas enunciaciones se hicieron; en este sentido, no hay ninguna diferencia entre las enunciaciones y lo dispositivo; pero las enunciaciones no pueden oponerse al que no las ha hecho, y acabamos de dar la razón. Para que pudiera ad-

1 Pothier, “Introducción al título 13 de la costumbre de Orleans,” núm. 12.

2 Pathier, “De las obligaciones,” núm. 740. Compárese una enudita requisitoria de De Paepé, promotor fiscal (“*Bélgica judicial*,” 1871, p. 310), y sentencia de Gante, de 26 de Noviembre de 1870, *Pasicrisia*, 1871, 2, 198).

mitirse una excepción en favor de las enunciaciones antiguas, se necesitaría un texto; el silencio del código es suficiente para que quede abrogado el viejo proverbio. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo (1).

151. El art. 695 establece: "El título constitutivo de la servidumbre, respecto de las que no pueden adquirirse por la prescripción, no puede ser reemplazado sino por un título recognitivo de la servidumbre, y emanado del propietario del predio sometido." Esta disposición está mal redactada, de ella se han sacado consecuencias que están en contradicción con los principios, y en el verdadero sentido que ella presenta es inútil. ¿Qué cosa es un título recognitivo? Un escrito por medio del cual las partes reconocen la existencia de un derecho que consta en una escritura anterior que se llama primordial. Ateniéndose al texto del art. 695, el título primordial que comprueba el establecimiento de una servidumbre no podría ser reemplazado por un título recognitivo sino para las servidumbres que no se adquieren por la prescripción. Entendida de esta manera, la disposición no tendría sentido: ¿qué tiene de común el título recognitivo con la naturaleza de las servidumbres? Que sean continuas ó discontinuas, aparentes ó nó, el propietario del predio sirviente puede, en todo caso, reconocer que su predio está gravado con una servidumbre. Esto no tiene ni asomos de duda. ¿Por qué, pues, el código dice: "respecto á las servidumbres que no pueden adquirirse por la prescripción?" Cuando se trata de una servidumbre que se adquiere por la prescripción, no se necesita procurarse un título recognitivo, puesto que á toda hora se puede probar por medio de la posesión, es decir, por medio de testigos; mientras que las servidumbres que no se adquieren por la prescripción no se prue-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 76 y nota 24. Demolombe, t. 12, p. 246, núms. 752 y siguientes. Sentencias de Burdeos, de 14 de Enero y de 28 de Mayo de 1834, Dalloz *Servidumbre*, núms. 995 y 996.

ban, en general al menos, por medio de testigos porque el valor del litigio supera ordinariamente á quinientos francos; luego es prudente hacer que se compruebe la servidumbre por medio de un escrito, y en caso necesario, formular un título recognitivo (1).

¿Quiere decir esto que la prueba testimonial jamás sea admisible para probar la existencia de una servidumbre? La corte de La Haya ha sacado esta consecuencia del artículo 695. Consecuencia inadmisibile, porque el art. 695 no hace más que aplicar el derecho común; ¿y cómo una disposición que aplica el derecho común había de derogar el derecho común? Hay más, el texto mismo del código prueba que no es ese el sentido del art. 695. Se constituye una servidumbre por medio de una escritura de venta; un incendio destruye el documento. En virtud del art. 1348, núm. 4, el propietario del predio dominante será admitido á probar la venta por medio de testigos (2). Por otra parte, nunca debe hacerse decir á las leyes una cosa en la cual no ha podido pensar el legislador al escribirlas. ¿Cuál es el objeto del art. 695? ¿Acaso decidir la cuestión de saber si se necesita un escrito para probar una servidumbre? Nada de eso, la ley sólo se refiere á la escritura recognitiva, por lo que supone la existencia de una escritura primordial; ahora bien, suponer que existe una escritura y decir que ésta puede reemplazarse por una escritura recognitiva ¿equivale á decir que sea necesaria una escritura para el establecimiento de una servidumbre?

En definitiva, el art. 695 es inútil; el reconocimiento es una confesión, y ciertamente que la confesión que consta por escrito hace fe contra el propietario del predio sir-

1 Duranton, t. 5º, p. 594, núm. 565. Demolombe, t. 12, p. 247, núm. 754. Aubry y Rau, t. 3º, p. 75 y nota 18.

2 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 241, núm. 355. Demolombe, t. 12, p. 248, núm. 755.

viente de quien la confesión emana. El código dice en el art. 1356: "la confesión hace fe plena contra el que la rinde." ¿Para qué repetir esto en el art. 695? Razón de más para no dar á esta disposición una significación y una importancia de que carece.

152. Una acta recognitiva es un escrito en que consta un reconocimiento; así, pues, cuando se trata de una servidumbre es preciso que contenga la confesión de que tal ó cual predio está gravado con una carga en provecho de otro predio; si no hay reconocimiento de una servidumbre anteriormente existente, el escrito no es un título recognitivo (1). Pero si hay confesión, el reconocimiento subsiste y puede invocarse aun cuando se hubiere hecho en un acto jurídico que fuese revocado ó anulado. Unos beneficiarios venden un inmueble judicialmente; en el cuaderno de cargas, ellos reconocen la existencia de una servidumbre sobre el inmueble; se hace la adjudicación, y en seguida se anula por falta de continencia, y se procede á una nueva adjudicación. En el segundo cuaderno de las cargas había igualmente una cláusula concerniente á la servidumbre, pero menos explícita que la primera. Se ha fallado que el reconocimiento hecho en la primera adjudicación subsistía á pesar de la resolución de la venta, porque esta resolución es por completo extraña á la confesión consignada en el cuaderno (2).

Para que el reconocimiento reemplace al título constitutivo de la servidumbre se necesita, en segundo lugar, que emane del propietario del predio sometido (art. 695). Ya dijimos la razón: el propietario es el único que podía constituir una servidumbre y el único que puede recono-

1 Burdeos, 14 de Enero de 1834 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 995).

2 Sentencia de la corte de casación de la Reunión, de 30 de Marzo de 1855, confirmada por una sentencia de denegada apelación, de 11 de Diciembre de 1861 (Daloz, 1862, 1, 79).

cer su existencia (1). Se ha fallado por la sentencia que acabamos de citar que el heredero beneficiario tiene calidad para hacer la confesión de una servidumbre; en efecto, él es propietario y puede enagenar, por más que haya formas prescritas por interés de los acreedores.

¿Se necesita que haya concurso de voluntades para que sea válido el reconocimiento de una servidumbre? En principio, debe contestarse negativamente. La confesión no es un contrato, es la constancia de un hecho que resulta de la manifestación unilateral de la voluntad del que hace el reconocimiento. Este principio que estableceremos en el título de las *Obligaciones*, se aplica al reconocimiento de una servidumbre, puesto que el art. 695 no lo deroga. Hay una sentencia de denegada apelación que parece exigir la aceptación de la confesión para que tenga el valor de título reconocitivo (2). Si tal fuera el sentido de la decisión, sería contraria á la esencia misma del reconocimiento: una cosa es constituir una servidumbre por contrato y otra reconocer la existencia de una servidumbre. Respecto á la constitución de una servidumbre, se necesita naturalmente el concurso de voluntades de las dos partes, mientras que el reconocimiento es válido desde que emana del propietario del predio sirviente, como lo dice el art. 695. Si ha de decirse la verdad, la sentencia de la corte de casación no tiene el alcance que querría dársele. La corte ha confirmado una sentencia de la corte de Burdeos; ahora bien, las sentencias de denegación implican una sola cosa, y es que la corte cuya sentencia la confirma no ha violado ley ninguna. ¿Y qué era lo que la corte de Burdeos había resuelto? Ella había considerado la confesión como un principio de prueba por escrito, y

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 75 y nota 19.

2 Sentencia de denegada apelación, de 16 de Diciembre de 1863 (Dalloz, 1864, 1, 215). Compárese Aubry y Rau, t. 3º, p. 76 y nota 21; Demolombe, t. 12, p. 252, núm. 757 bis.

la había completado por medio de la prueba testimonial; pero ella no había fallado que la confesión no aceptada no tenía más fuerza probatoria que la de un principio de prueba; esta cuestión no estaba, pues, sometida á la corte suprema, y por lo tanto no puede ser resuelta por ella.

152 bis. ¿La escritura confirmativa debe estar redactada en las formas prescritas por el art. 1337? Generalmente se admite la negativa, pero se la funda en una razón mala. Una sentencia de la corte de casación dice que el art. 695, especial para las servidumbres, excluye la aplicación de las disposiciones que contiene el art. 1337 sobre los títulos recognitivos en general (1). Esto es razonar mal. El código establece las reglas concernientes á las pruebas en el título de las *Obligaciones*; es de principio que estas reglas son generales y reciben su aplicación en materia de derechos reales. Luego habría que decir que las formas prescritas por el art. 1337 para la validez de un título recognitivo, deben ser observadas en todos los casos en que consta por escrito una confesión. Pero el principio que acabamos de recordar recibe una restricción. Como el código traza las reglas sobre las pruebas en el título de las "Obligaciones," las adapta á la materia de que se ocupa; luego hay que ver si las formas que establece no tienen su única razón de ser en los derechos de crédito que constan en la escritura. Y tal es precisamente el art. 1337. En el título de las *Obligaciones* diremos que esta disposición deroga los principios generales; es una excepción que no se explica sino por motivos históricos; lejos de considerarla como una regla general, hay que limitarla y restringirla. El verdadero principio general está asentado en el art. 1356, por cuyos términos la confesión hace

1 Sentencia de denegada apelación, de 16 de Noviembre de 1829 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 997). Compárese Aubry y Rau, t. 3º, página 75 y nota 20; Demolombe, t. 12, p. 250, núm. 757. En sentido contrario, Mourlon, t. 1º, p. 807, nota 1.

fe plena contra el que la ha rendido; desde el momento en que consta una confesión en el escrito, todo queda resuelto.

153. Se pregunta si el art. 2263 es aplicable en materia de servidumbres; el artículo dice: "que después de veintiocho años de la fecha del último título, el deudor de una renta puede ser forzado á proporcionar á sus expensas un título nuevo á su acreedor ó los cointeresados con éste." Ni siquiera debería plantearse la cuestión. Basta leer el art. 2263 para convencerse de que nada tiene de común con las servidumbres; el texto habla del deudor de una renta, y una servidumbre ciertamente que no es una renta. Los motivos de estas disposiciones son todavía más extraños á las servidumbres. Cuando yo soy acreedor de una renta, arriesgo perder mi derecho por la prescripción, aun cuando los vencimientos se hayan pagado regularmente, porque los recibos que comprueban el pago están en manos del deudor; luego después de treinta años, éste podría oponerme la prescripción, para prevenir este fraude la ley me permite que exija al deudor un reconocimiento después de veintiocho años. ¿Acaso arriesgo también perder mi servidumbre después de treinta años? Para conservarla, no tengo más que ejercerla, y yo puedo probar por medio de testigos que he hecho uso de mi derecho (1).

¿Significa esto que el propietario del predio dominante nunca puede perder un título nuevo? El tiene un interés grande si las cosas se hallan en tal estado que ya no puede usar la servidumbre, pero que se hallan en estado de poder restablecerse, de manera que pueda usarlas; arriesga entonces perder su derecho sin transcurrir treinta años sin que él ejerza la servidumbre. Para prevenir la extinción, él puede pedir un reconocimiento, pero como ninguna ley obliga al propietario del predio sirviente á propor-

1 Demolombe, t. 12, p. 249, núm. 756. Aubry y Rau, t. 3º, p. 76.

cionarle un título nuevo, él es el que deberá pagar los gastos. No obstante, si el propietario del predio deudor de la servidumbre se rehusare á firmar un reconocimiento, el propietario del predio al cual se debe la servidumbre tendría derecho á promover judicialmente para obtener una declaración en que conste la existencia de la servidumbre; si el propietario del predio sirviente pierde en esta instancia, deberá reportar los gastos (1).

II. Respecto á terceros.

154. Bajo el imperio del código civil, la propiedad de los inmuebles se transfería respecto á terceros como entre las partes, por el efecto solo del contrato, es decir, por el concurso de voluntades de las partes contrayentes. Este principio se aplicaba igualmente á la transmisión de los derechos reales, tales como las servidumbres. Recibía excepción respecto á las donaciones de inmuebles susceptibles de hipotecas (art. 939); no pudiendo hipotecarse las servidumbres, la donación de una servidumbre no estaba sujeta á transcripción. Nosotros expondremos el sistema del código civil en el título de las *Obligaciones*.

155. Ha sido profundamente modificado, en Francia y Bélgica, por las leyes nuevas que han prescrito la transcripción de las escrituras transmitivas ó declarativas de derechos reales inmobiliarios. Según los términos del artículo 1º de nuestra ley hipotecaria, se deben transcribir dichas escrituras para que se puedan oponer á los terceros de buena fe. En el título de las *Obligaciones* diremos los motivos de esta importante innovación. Por el momento, nos limitamos á hacer constar los principios, y las consecuencias que de ellos se derivan en cuanto á las ser-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 16 y notas 25 y 26. Duranton, t. 5º, página 592, núms. 580 y 581. Pardessus, t. 2º, p. 130, núm. 296. Toullier, t. 2º, p. 338, núm. 722.

vidumbres. Entre las partes, la servidumbre existe desde el momento en que la acta jurídica que la constituye se ha perfeccionado. Si es un acto á título gratuito, hay que observar las formas prescritas para las donaciones y los testamentos, pero no se necesita transcripción. Respecto á los terceros, hay que distinguir. Según la ley nueva (de 16 de Diciembre de 1851), la donación de una servidumbre está sometida á la transcripción, porque el art. 1.^o quiere que los actos entre vivos "á título gratuito" translativo de "derechos reales inmobiliarios" se transcriban; él deroga á este respecto el art. 939 del código Napoleón. En la ley hipotecaria no existe la inscripción de las escrituras de última voluntad; luego una servidumbre establecida por testamento no debería registrarse. La innovación es todavía más profunda en lo concerniente á las escrituras á título oneroso. Según el código civil, no se necesitaba escrito para la validez de la servidumbre ni entre las partes, ni respecto á terceros. Según la ley nueva, la servidumbre no existe respecto á terceros sino cuando la escritura que la comprueba se ha registrado; así, pues, se necesita un escrito, y en principio un escrito auténtico, supuesto que la ley no recibe á registro sino los fallos, las escrituras privadas reconocidas judicialmente ó ante notario (art. 2). No hay que distinguir entre las servidumbres aparentes y las que no lo son; porque la ley es general, se aplica á todo género de derechos inmobiliarios: la distinción entre las diversas especies de servidumbres, propuesta al discutirse la ley belga, no ha sido admitida, porque el interés de los terceros exige que el registro de las transcripciones les dé informes exactos y completos sobre los derechos que pueden gravar un inmueble.

El sistema de publicidad, introducido en Bélgica por la ley de 16 de Diciembre de 1851, ha sido consagrado tam-

bién en Francia por una ley especial sobre la transcripción de 23 de Marzo de 1855 (1).

Núm 2. ¿Quién puede constituir una servidumbre?

156. El código no lo dice, pero los principios no dejan duda alguna. Como la servidumbre constituye un desmembramiento de la propiedad, constituye una enagenación parcial del inmueble; ahora bien, el propietario es el único que puede enagenar, porque hacerlo es uno de los atributos esenciales del derecho de propiedad. No basta ser propietario, se necesita, además, tener la capacidad de enagenar; los incapaces que, no obstante que son propietarios, no pueden ejercer los derechos inherentes á la propiedad; no pudiendo disponer, no pueden por eso mismo constituir una servidumbre.

I. Se necesita ser propietario.

157. Como el propietario es el único que puede constituir una servidumbre, síguese de aquí que el poseedor no tiene ese derecho, aun cuando lo fuese de buena fe (2). Si posee en virtud de un título translativo de propiedad cuyos vicios ignora, él podrá prescribir, y después que lo haya hecho, podrá conceder servidumbres; en tanto que no se venza la prescripción, todos los actos de propiedad que él ejecuta son nulos, porque él no puede conceder á terceras personas derechos que él mismo no tiene; todos estos actos caen cuando el propietario viene á despojarlo jurídicamente. En el antiguo derecho; habíanse imaginado servidumbres de un nuevo género, que se llamaban *superficiales*, y se permitía al poseedor imponerlas al predio. El orador del Tribunado dijo en su discurso que deben

1 Aubry y Rau, t. 3º, ps. 74 y siguientes.

2 Pothier, "Introducción al tít. XIII de la costumbre de Orleans," núm. 8.

borrarse las servidumbres superficiales del diccionario de las sutilizas (1). Vamos á ver como los intérpretes no aprovecharon la lección.

158. ¿El co-proprietario de un predio puede establecer una servidumbre en el predio? Hay alguna incertidumbre en la doctrina acerca de esta cuestión. Pothier la decide negativamente (2). Es una consecuencia rigurosa del principio que domina en esta materia: el propietario es el único que puede constituir una servidumbre; ahora bien, cuando una cosa pertenece á varios, cada cual no es propietario sino por la porción que representa, luego no podría conceder la servidumbre sino por ésta, y esto no puede ser, porque, siendo indivisibles las servidumbres, una heredad no puede ser gravada de servidumbre por una de sus partes. Pothier deduce de esto una consecuencia muy lógica, y es que la servidumbre consentida por uno de los co-proprietarios no se vuelve válida sino por el concurso de voluntad de los demás comunistas; de donde se sigue que si el que concede vende su parte, el adquirente no estará obligado á respetar el compromiso que su autor ha contraído.

Los autores modernos comienzan por establecer como principio, de conformidad con esta doctrina, que el co-proprietario no puede conceder servidumbre (3). No se aperciben de que Pothier razonaba siguiendo el antiguo derecho, y que éste ha sido transformado por el código civil. La partición que en otro tiempo era translativa de propiedad, en nuestros días es declarativa de propiedad.

1 Gillet, Discursos, núm. 12 (Locré, t. 4°, p. 196). Pardessus, t. 2°, p. 11, núm. 244.

2 Pothier, "Introducción al tít. XIII de la costumbre de Orleans, núm. 6.

3 Toullier, t. 2°, p. 258, núm. 573. Pardessus, t. 2°, p. 27, números 250 y 251. Demolombe, t. 12, p. 239, núm. 742.

De esto resulta que teniendo cada propietario un derecho en todo el inmueble puede gravarlo con derechos reales, tales como servidumbres ó hipotecas; la partición resolverá si han de subsistir esos derechos. Ellos serán válidos si el que los ha establecido llega á ser propietario de todo el inmueble. Luego no se puede decir, como lo hacía Pothier, que el co-propietario que consiente una servidumbre no es él solo propietario, esto depende del efecto de la partición; si el inmueble cae en su lote, se tiene por haber tenido siempre su propiedad exclusiva, y por consiguiente, la servidumbre está válidamente constituida. ¿Qué cosa es, pues, una servidumbre establecida por un co-propietario? Es un derecho condicional; viene abajo si el inmueble se pone en el lote de otro co-propietario. Ahora bien, un derecho condicional es un derecho válidamente constituido. Nuestra conclusión es que ya no se puede asentar como principio que el co-propietario no tiene el derecho de establecer una servidumbre (1). Déjase entender que antes de la partición, la servidumbre no producirá efecto, precisamente porque es condicional; por otra parte, uno de los comunistas, nada puede hacer que dañe á sus co-propietarios.

Pardessus y la mayor parte de los autores enseñan que el co-propietario de un predio indiviso puede consentir válidamente una servidumbre *por su porción* (2). En realidad no hay ninguna diferencia entre esta hipótesis y la que acabamos de examinar. Durante la indivisión, dicha servidumbre no tendrá efecto, en primer lugar, por motivo de que uno de los comunistas no puede hacer nada que perjudique á sus co-propietarios, y en seguida, por la razón que da Pothier; siendo indivisibles las servidumbres,

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 71 y nota 3. Bruselas, 25 de Enero de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, p. 26).

2 Pardessus, t. 2º, p. 31, núm. 254. Demolombe, t. 12, p. 240, número 743.

no pueden constituirse por partes. ¿Quiere decir esto que la constitución sea nula? Nó; en vano el co-proprietario dice que él establece la servidumbre por su porción; en el sistema del código, no se sabe, en tanto que dure la indivisión, quién será propietario del inmueble; y la partición será lo que determine á quien ha pertenecido siempre. Y también por la partición será como se haga posible el ejercicio de la servidumbre. La servidumbre es un derecho real, que supone una cosa determinada sobre la cual ejerce: ¿se concibe para un tercero el derecho de pasar por un inmueble indiviso?

159. ¿Puede el usufructuario establecer una servidumbre en el predio de que disfruta? En este punto los intérpretes han reproducido las sutilezas cuyas fuentes creían haber agotado los autores del código. Se conviene, y ello es evidente, que el usufructuario no tiene, propiamente hablando, derecho para gravar el predio con servidumbres de que obliguen á su propietario. Puede, no obstante, conceder algunos derechos semejantes por su ejercicio y sus efectos materiales á las servidumbres, con tal que no afecten más que su goce (1). Luego habría dos especies de servidumbres, unas servidumbres “propiamente hablando,” y otras que no se sabe á punto fijo cómo calificar, “materiales” ó “usufructuarias.” ¿Qué cosa es esto en definitiva? Desconfiemos de lo que es vago é indeciso, porque no es jurídico. Nó, el usufructuario no puede gravar el predio con servidumbres por la razón decisiva de que no es propietario, sólo tiene una posesión precaria en relación con el nudo propietario; éste puede consentir servidumbres, como ya lo hemos dicho (t. VII, núm. 36), y por esto mismo el usufructuario no puede hacerlo. El puede, sin duda, permitir á un vecino que pase, que tome

1 Pardessus, t. 2º, p. 18, núm. 247. Compárese Demolombe, t. 12, p. 237, núm. 736. Aubry y Rau, t. 3º, p. 72 y nota 4.

agua, que haga todos los actos que constituyen servidumbres, pero esas no serán servidumbres, y si se comprometiera á sufrirlas de ello no resultaría más que un derecho de crédito, una obligación que le sería personal y que con tal título no pasaría al comprador del derecho de usufructo.

II. Capacidad de enagenar.

160. Todos están de acuerdo en que para constituir una servidumbre, se necesita ser capaz para enagenar el predio. Acerca de este punto hay un texto que debe aplicarse por vía de analogía: "Las hipotecas convencionales no pueden consentirlas sino aquellos que tienen la capacidad de enagenar los inmuebles que someten á aquellas hipotecas" (art. 2124 y ley hipotecaria belga, art. 73). No obstante, en la aplicación del principio, hay alguna confusión. Se va á ver cuánto importa en derecho el ser preciso, la falta de precisión conduce á errores hasta en las materias más sencillas.

¿Cuáles son las personas capaces ó incapaces de enagenar? Duranton contesta que esta condición no es otra cosa que la aplicación del derecho común tal como lo establece el art. 1124 al decir: "Los incapaces para contratar son los menores, los incapacitados son las mujeres casadas, en los casos determinados por la ley." De esto resultaría que ninguno de los dichos incapaces puede establecer una servidumbre. Esto no es exacto. Una servidumbre puede ser legada; ahora bien, la mujer casada puede testar sin autorización marital (art. 226); luego puede también legar una servidumbre sin estar autorizada para ello. Lo mismo pasa con el menor (art. 904). Por otra parte, la servidumbre puede constituirse por donación; así, pues, esta capacidad especial es la que se necesita para dar una servidumbre; la capacidad general de contraer no es sufi-

ciente. Nosotros concluimos que el constituyente debe tener la capacidad de enagenar, sea á título oneroso, sea á título gratuito, según el carácter de la disposición (1).

Puede suceder que un incapaz tenga la capacidad de contratar: ¿basta esto para que tenga derecho á consentir una servidumbre? Habría que contestar que sí, según el principio tal como Duranton lo ha formulado, lo que sería un error. La mujer casada que está separada en bienes puede contratar para las necesidades de su administración, y sin embargo, no puede consentir una servidumbre, porque ella no puede enagenar sus inmuebles (arts. 1449, 1436 y 1576). Así, pues, la capacidad para contratar no debe confundirse con la capacidad para enagenar. Sucede lo mismo con el menor emancipado, él puede obligarse para las necesidades de su administración, pero permanece incapaz para disponer de sus bienes (art. 484), luego incapaz también para consentir una servidumbre.

161. Si una persona incapaz para enagenar constituye una servidumbre ¿será nulo el acto? ¿Quién puede pedir la nulidad y bajo qué condiciones? Acerca de todos estos puntos se aplican los principios generales, tales como los hemos expuesto en el libro primero, en lo que concierne á las mujeres casadas, los incapacitados y las personas colocadas bajo consejo. En cuanto á los menores, el lugar de la materia está en el título de las *Obligaciones*. Duranton dice que los menores no podrán atacar una constitución de servidumbre sino por causa de lesión (2). Esto no es exacto. Aun cuando el convenio no les causare ningún perjuicio ellos pueden pedir su nulidad si no se han observado las formalidades prescritas para las enagenaciones (arts. 457-459); en efecto, el acto sería nulo por la

1 Duranton, t. 5º, p. 550, núm. 537. Demolombe, t. 12, p. 237, número 754.

2 Duranton, t. 5º, p. 550, núm. 538.

forma, luego atacable por inobservancia de las formas, aun cuando el menor no saliese lesionado (art. 1311). Pasaría lo mismo si la servidumbre fuese concedida por una mujer casada, por un incapacitado, un pródigo ó un pobre de espíritu; los actos que se celebran sin observar las formas prescritas por el código son nulos, haciendo abstracción de todo perjuicio. La ley prescribe formas para la garantía de los incapaces; luego están lesionados desde el momento en que no han disfrutado de las garantías que la ley ha querido asegurarles.

162. ¿El que ha establecido una servidumbre en un inmueble, puede constituir otras nuevas? En principio, sí, supuesto que la servidumbre no es más que un desmembramiento parcial de la propiedad, y la propiedad puede restringirse de mil maneras diferentes. Existe, no obstante, una restricción de este derecho: y es que según los términos del art. 701, “el propietario del predio deudor de la servidumbre no puede hacer nada que tienda á disminuir su uso y hacerlo más incómodo.” La servidumbre establecida en un inmueble da un derecho al propietario del predio dominante; este derecho no puede arrebatarle por una nueva servidumbre; afecta á la heredad sirviente, y el dueño no puede disponer de ella sino en el estado de desmembramiento en que se halla. Precisa, pues, que la nueva servidumbre sea compatible con la que grava ya al predio. ¿Cuándo es compatible y cuándo no lo es? Esta es una cuestión de hecho (1). El propietario del predio dominante debe probar que la nueva servidumbre le causa un perjuicio, haciendo que su servidumbre sea menos ventajosa ó más incómoda; el hecho sólo de que exista ya una servidumbre en el predio no es suficiente para motivar una querrela, puesto que es el derecho del propieta-

1 Toullier, t. 2º, p. 258, núm. 372. Demolombe, t. 12, p. 241, número 747. Aubry y Rau, t. 3º, p. 72 y nota 6.

rio del predio sirviente (1). Lo que estamos diciendo del propietario que ha constituido la servidumbre, se aplica naturalmente al caso en que un fundo gravado con servidumbre es poseído por un tercero.

163. ¿Un inmueble hipotecado puede ser gravado con servidumbre por el deudor que ha consentido la hipoteca? Hay que aplicar á la hipoteca el principio que acabamos de establecer para las servidumbres. El que ha hipotecado un predio conserva su propiedad y el derecho de disposición, por lo que también el derecho de consentir nuevas restricciones á su propiedad. Entre las partes, estas concesiones son perfectamente válidas. En cuanto á los terceros que ya tienen un derecho real en la cosa, su derecho no puede alterarse por una nueva concesión. Nuestra ley hipotecaria ha consagrado este principio (art. 45). Da lugar á grandes dificultades en la aplicación (2); volveremos á tratar de esto en el título de las *Hipotecas*.

Núm. 3. Quién puede adquirir una servidumbre.

164. Los autores están de acuerdo en enseñar que para adquirir una servidumbre se debe ser propietario del predio en cuyo favor aquélla se establece. Debe agregarse que el propietario del predio dominante debe también ser capaz de recibir á título gratuito, si la servidumbre es donada ó legada, y que debe ser capaz de contratar, si la servidumbre se constituye á título oneroso. Acerca de la condición de capacidad, no hay duda ni dificultad ninguna, porque se aplican los principios generales. No sucede lo mismo con la condición de propiedad ¿Por qué hay que ser propietario del predio en cuyo provecho se estipula la servidumbre? ¿Y si el estipulante no es propieta-

1 Rennes, 14 de Marzo de 1818 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1162, 1°).

2 Aubry y Rau, t. 3°, p. 72 y nota 7. Duranton, t. 5°, p. 555, números 546, 547. Demolombe, t. 12, p. 243, núms. 748, 749.

rio, es nula la servidumbre? Acerca de estas cuestiones, hay grande incertidumbre en la doctrina.

Adquirir una servidumbre es mejorar la condición del predio dominante, y como la servidumbre se ha adquirido en provecho del predio y no en provecho de la persona, podría creerse que todo detentor del predio puede estipular una servidumbre, con tal que sea capaz para contratar y para recibir, como acabamos de decirlo. ¿Por qué, pues, asienta la doctrina como principio que se necesita ser propietario? Precisamente porque el predio es el que adquiere la servidumbre; pero como el predio no puede hablar en el contrato, se necesita que esté representado. y ¿por quién? ¿Tiene todo detentor calidad para hablar en nombre del predio? No, se necesita que haya un vínculo entre el poseedor y el predio, y éste vínculo debe ser permanente, perpetuo, supuesto que la servidumbre se adquiere con la mente de perpetuidad. Síguese de aquí que los simples detentores que ningún derecho tienen sobre el predio no pueden estipular una servidumbre á nombre del predio; tales son los inquilinos y los arrendadores. Acerca de este punto no hay duda alguna, y él nos pondrá en la vía del verdadero principio. Duranton pregunta por qué el arrendador y el inquilino no tienen calidad para adquirir una servidumbre. Y contesta que no se puede estipular en propio nombre por otro (art. 1121); ahora bien, al estipular una servidumbre por el predio que tiene en arrendamiento, el tomador estipula realmente por otro, porque no existe ningún vínculo entre él y el predio, puesto que, en principio, el arrendamiento no engendra más que un vínculo de obligación entre el tomador y el arrendador. El carece de interés como de derecho. En efecto, ¿qué le importa que el predio adquiriera una servidumbre? Mientras dure su arrendamiento, sin duda que está interesado, pero para satisfacer este interés, no es ne-

cesario estipular una servidumbre, pues basta con un derecho de crédito (1). El principio es, pues, que es necesario tener un derecho en el predio, y que este derecho debe ser permanente, perpetuo; lo que nos lleva á la consecuencia de que sólo el propietario puede adquirir una servidumbre, porque él solo tiene con el predio ese vínculo permanente que permite hablar en su nombre. Cualquiera otro detentor, aun cuando tuviese un derecho real, carece de calidad, puesto que los derechos reales no son más que temporales, y no dan, por consiguiente, ni interés ni calidad para estipular un derecho perpetuo (2).

En la aplicación, la mayor parte de los autores vuelven del principio que acabamos de formular, y que es el del derecho romano (3). Ellos tratan la doctrina romana de sutileza. ¿Qué quiere decir esto? ¿Una doctrina es falsa por el hecho solo de que sea sutil? Por lo menos debería probarse en qué es falsa á fuerza de sutileza. Y si el principio tal como lo han formulado los jurisconsultos romanos es falso, debe decirse cuál es el verdadero principio. En vano se buscaría una respuesta á estas cuestiones en los autores; los mejores se limitan á decidir las dificultades que se presentan, ora por una razón, ora por otra (4). Esto no es ya un principio. Es lo que vamos á ver al entrar en pormenores.

165. ¿El co-proprietario puede adquirir una servidumbre para el predio que le pertenece en parte? Según nuestro principio, nó, al menos en el sentido de que aquél que no es propietario del predio sino por una tercera ó cuarta

1 Duranton, t. 5º, p. 559, núm. 549.

2 Taulier, "Teoría del código civil, t. 2º, p. 437.

3 Pothier "Introducción al título XIII de la costumbre de Orleans," núm. 9.

4 Aubry y Rau, t. 3º, ps. 37 y siguientes, y notas 10-12 y los autores que citan.

parte no tiene calidad para estipular á nombre de dicho predio, cuando la servidumbre debe aprovechar á todo predio. Pero este principio abstracto está modificado por la regla que el código civil establece acerca de los efectos de la partición. Supuesto que ésta es declarativa de propiedad, no puede decidirse definitivamente, por todo el tiempo que dure la indivisión, si el comunista que ha adquirido la servidumbre tenía ó nó calidad para hablar á nombre de la heredad común; la partición será lo que decida la cuestión, como antes (núm 158) lo hemos dicho.

Pardessus trata la teoría romana de sutileza. Pero él mismo no acepta que la adquisición de la servidumbre hecha por un co-propietario sea plenamente válida. El que llegue á ser propietario del predio dominante, en virtud de la partición, no estará ligado por el contrato, dice él, pero el propietario del predio sirviente si lo estará. ¿En qué se funda esta distinción? La comunidad, dicese, da el derecho de hacer lo que es provechoso á los comunistas así como á aquél que estipula. ¿Qué debe inferirse de esto? Qué la servidumbre está válidamente construida? Nó, porque la estipulación no liga al propietario del predio dominante. Luego, en realidad, el derecho real no existe. Demolombe tiene, además, otra razón: se puede estipular en provecho de un tercero, cuando tal es la condición de una estipulación que uno hace por sí mismo (1). Se abusa de un modo singular del art. 1121. ¿En dónde está, en el presente caso, la estipulación principal que haga válida la estipulación accesoria hecha en provecho de un tercero? No existe más que una sola y misma estipulación: ¿es ella válida ó no lo es? ¿engendra una servidumbre, sí ó nó? Se necesita un principio, sea el que fuere para decidir la cuestión.

1 Pardessus, t. 2º, p. 40, núms. 262 y 263. Demolombe, t. 12, página 256, núm. 761; Duranton, t. 5º, p. 561, núm. 550.

Merlin da un singular efecto á las servidumbres estipuladas por un co-proprietario: "Ellas valdrán por la totalidad del predio, por la naturaleza de las cosas; pero el derecho residirá siempre en la persona del propietario que ha estipulado dicha ventaja, y de él dependerá renunciarla cuando lo estime oportuno (1)." ¿No equivale esto á decir que la servidumbre será á la vez real y personal? En verdad que no merecía la pena rechazar las sutilezas romanas, para venir á caer en nuevas sutilezas que tienen el inconveniente de ser menos jurídicas que las que se reprochan á los jurisconsultos romanos. Debemos agregar que ya Voet se había separado del rigor romano (2). En hora buena; que se admita otro principio, pero ¿cuál es éste? ¿en dónde se haya escrito? En cada cuestión se establece un principio diferente.

166. ¿El poseedor puede adquirir una servidumbre para el predio que posee? Según nuestro principio, nó. El poseedor ni siquiera tiene un derecho real en el predio; puede de un momento á otro ser despojado, y si lo es, probado está que no tiene ninguna calidad para hablar á nombre del predio; él es un tercero, y la estipulación que hace no tiene más que la fuerza de un simple vínculo de obligación. Generalmente se enseña la opinión contraria. Preguntaremos ¿en virtud de qué principio? Hay tantos principios como autores. El poseedor, dice Toullier, puede adquirir servidumbres, y el que las hubiese concedido no podría revocar su consentimiento, porque la servidumbre se concede al predio y no á la persona (3). Podría hacerse el mismo razonamiento en cuanto al tomador. Luego hay detentores que pueden estipular á nombre del

1 Merlier, "Repertorio," en la palabra *Servidumbre*, pfo. 1^o, número 2, t. 31, p. 37.

2 Noet, "Comentario," t. 8^o, 4, 10, p. 518.

3 Toullier, t. 2^o, p. 260, núm. 576.

predio, y hay otros que no pueden hacerlo. ¿Cuál es el principio según el cuál se decidirá de la capacidad? Respecto al poseedor, la cuestión es bien sencilla: no teniendo derecho real, no hay vínculo entre él y el predio. El poseedor, cierto es, tiene ciertos derechos, pero estos mismos hablan en su contra; en efecto, la posesión que es un hecho, no da más derechos que la ley le atribuye expresamente; luego basta que el código no le dé el derecho de estipular una servidumbre para negársela.

Duvergier no aprueba el motivo alegado por Toullier. Según él, el propietario del predio sirviente está ligado por una estipulación válida cuyo beneficio puede reclamar el propietario. Si es que comprendemos bien, el caso entraría bajo la aplicación del art. 1121. De nuevo preguntaremos ¿en dónde está la estipulación accesoria hecha en favor de un tercero? ¿Puede decirse que el poseedor estipule en favor del propietario, cuando él mismo se cree propietario? y ¿puede decirse que el que despoja al propietario estipule en su favor?

Admitamos que el propietario del predio para el cual se adquiere la servidumbre pueda reclamar el beneficio de la estipulación. ¿Si la servidumbre se ha establecido á título oneroso, el propietario deberá pagar el precio de la concesión? Nó, dice Pardessus, no está obligado á mantener la servidumbre. ¿Acaso es un derecho real aquél cuya existencia depende de la voluntad del propietario? Duvergier quiere que se aplique el art. 555 (1). Este artículo distingue entre el poseedor de buena y de mala fe; ¿habrá que hacer la misma distinción cuando el poseedor ha constituido una servidumbre? ¿En qué dédalo de dificultades viene á caer uno cuando se desvía de los principios!

167. ¿El usufructuario puede adquirir una servidumbre

1 Pardessus, t. 2º, p. 87, núm. 260. Duvergier, acerca de Toullier, t. 2º, p. 260, nota a.

para el predio cuyo goce tiene? Acerca de esta cuestión los autores se dividen. Duranton coloca al usufructuario en la misma línea que al arrendatario (1). La asimilación no es exacta en teoría, puesto que el usufructuario tiene un vínculo con el predio en el cual tiene un derecho real. ¿Pero este vínculo es suficiente para que él pueda hablar á nombre del predio? En derecho romano, él no podía hacerlo. El mismo Proudhon, clama contra la sutileza. La pretendida sutileza no es otra cosa que el derecho en su delicadeza y en su rigor. Nuestro código coloca al usufructuario entre los poseedores precarios; en efecto, él debe devolver el predio al nudo propietario de quien lo tiene. Detentor temporal, carece de derecho y de interés cuando se trata de estipular una ventaja, no para el tiempo de su goce, sino para el predio. En este sentido, Duranton tiene razón en asimilarlo con el arrendatario.

¿Toda servidumbre estipulada por el usufructuario es adquirida para el predio? Distinguese en la opinión general. Si el usufructuario estipula la servidumbre para su ventaja personal, se decide que la servidumbre no la ha adquirido el predio: tal sería una servidumbre establecida á título gratuito. ¿Pero puede haber una servidumbre estipulada para ventaja personal del usufructuario? ¿Sería ésta una servidumbre? ¿no es de la esencia de la servidumbre el estar establecida para el predio? (2). Queda por averiguar, en la oposición general, cuándo está constituida la servidumbre por interés del usufructuario, y cuándo lo estará por interés del predio: ésta es una nueva dificultad, que ha dado margen á un nuevo disentimiento. Unos contestan que se *presumen* que el usufructuario ha adquirido la servidumbre *in perpetuum*, y para ventaja del

1 Duranton, t. 5º, p. 561, núm. 550. Proudhon, "Del usufructo," t. 3º, p. 424, núms. 1452 y 1453.

2 Véase el t. 7º de estos "Principios," núm. 144.

predio, á menos que resulte lo contrario del título constitutivo (1). Otros son un poco menos explícitos y se conforman con decir que fácilmente se tendrá al usufructuario por haber querido proceder para el predio, por consiguiente en nombre del propietario, salvo para éste la facultad de ratificar (2). Así, pues, ¿se necesita una ratificación? Nó, dice Proudhon, porque el usufructuario tiene un mandato tácito de hacer por interés del dueño, todo lo que puede ser útil á su goce. En otro lugar hemos examinado la teoría del mandato de que estará investido el usufructuario: remitimos al lector al tomo VII de esta obra, núm. 46.

168. El mandatario, así como el encargado de negocios pueden estipular una servidumbre (3). Cuando se trata de un mandato ordinario, el art. 1988 resuelve que, si está concebido en términos generales, sólo es concerniente á los actos de administración. ¿Y adquirir una servidumbre es un acto de administración? La cuestión es dudosa, puesto que el código no define lo que entiende por acto de administración. Nos inclinaremos á contestar afirmativamente. El mandatario general podría emplear, por lo tanto adquirir la propiedad; con mayor razón puede adquirir un desmembramiento de la propiedad. Volveremos á tratar la cuestión en el título del *Mandato*. Debe aplicarse el mismo principio á los administradores legales, tales como el tutor y el marido; es claro que ellos pueden comprar inmuebles, luego también pueden estipular servicios prediales.

169. ¿Un compromisario puede adquirir una servidumbre? La mayor parte de los autores dicen que sí (4). ¿Cómo conciliar ésta opinión con el art. 1121? Según los términos

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 73, nota 11, y los autores que citan.

2 Demante, t. 2º, p. 637, núm. 541 bis 5º

3 Aubry y Rau, t. 3º, p. 74.

4 Aubry y Rau, t. 3º, p. 74 y nota 12, y los autores que citan.

del art. 1119 no se puede en general, comprometerse ni estipular en propio nombre, sino por sí mismo. El art. 1120, pone una restricción á este principio, en lo concerniente á las promesas; permite tomar compromiso por otro, prometiéndolo de este. En seguida viene el art. 1121, que autoriza también en ciertos casos, la estipulación en favor de tercero, pero no reproduce la excepción establecida por el art. 1120 para las promesas de que los que por otros estipulan. Luego no puede estipular por un tercero comprometiéndose por él (1). Volveremos á tratar el punto en el título de las *Obligaciones*, en donde igualmente explicaremos los casos en los que es válida la estipulación por tercera persona en virtud del art. 1121.

170. Queda una última cuestión en esta materia, tan elemental á la vez que tan difícil. ¿Un propietario cuyo derecho es resoluble estipula la servidumbre? ¿Subsiste ésta en caso de resolución? A nuestro juicio, la pregunta sola es una herejía. Aquél cuya propiedad está resuelta, se reputa que jamás ha sido propietario ni poseedor; ¿en virtud de qué principio podía él bablar á nombre de un predio sobre el cual no tiene ningún derecho? Demolombé distingue. Si el propietario con condición no ha pretendido adquirir la servidumbre sino por su propia cuenta y únicamente por la duración eventual de su derecho, entonces evidentemente que la servidumbre se extingue con el derecho personal del estipulante. Pero si él ha estipulado la servidumbre en términos absolutos para el predio, en este caso, dicese, el antiguo propietario puede pedir que se mantenga la servidumbre. En primer lugar, dicen, el propietario con condición puede mejorar la condición del predio. ¿Y trátase acaso de esto? Antes de responder que él puede mejorar la condición del predio al estipular una servidumbre, hay que ver si él tiene dere-

1 Tal es la opinión de Duranton, t. 5º, p. 560, núm. 549.

cho de hablar á nombre del predio; ahora bien, el propietario solo tiene este derecho, y aquél cuya propiedad está resuelta jamás ha sido propietario. No insistimos, porque no consideramos dudosa la cuestión (1).

Núm. 4. Modalidad.

171. ¿Las servidumbres pueden establecerse á plazo ó con condición? El derecho romano lo admitía, por medio de una excepción de dolo. En derecho moderno, ya no existe la necesidad de esa excepción. Es de principio que las partes interesadas pueden hacer los convenios que estimen oportunos. El art. 686 aplica este principio á las servidumbres, y sólo pone una restricción que resulta del derecho común: "con tal de que los servicios nada tengan de contrario al orden público." Ahora bien, el orden público no entra en la cuestión cuando se trata de un término ó de una condición (2).

Por aplicación de este principio, debe resolverse que se puede establecer una servidumbre en un predio que se propone uno adquirir. Esta es la opinión general (3). Hay, sin embargo, un ligero motivo para dudar. El art. 1174 dice que: "toda obligación es nula cuando ha sido contraída bajo una condición potestativa por parte del que se obliga." ¿Y acaso no hay condición potestativa en el caso de que se trata, puesto que el que promete la servidumbre es libre para adquirir ó no adquirir el predio sobre el cual ha de constituirse la servidumbre? Se contesta, y la respuesta es decisiva, que sin duda, el que promete es libre para no comprar, pero si compra, no es libre para no

1 Duranton, t. 5º, p. 563, núms. 554, 555. En sentido contrario, Demolombe, t. 12, p. 254, núm. 758; según Demante, t. 2º, p. 654, número 560 *bis*.

2 Demolombe, t. 12, p. 209, núm. 703.

3 Toullier, t. 2º, p. 260, núm. 578. Duranton, t. 5º, p. 485, número 443.

establecer servidumbre en el predio, porque la servidumbre existe á su pesar; luego está ligado, y por lo tanto, no hay condición potestativa.

En un caso que se presentó ante la corte de Montpellier, se hizo otra objeción; se atacó el convenio como celebrado únicamente en favor de la persona. En virtud de antiguas escrituras, los habitantes de una comuna habían estipulado el derecho de servirse de las aguas de canal, para las tierras que les pertenecían en esa comuna, así como para todas las que pudieran poseer fuera de su territorio. Se les disputó este último derecho, porque estando estipulado para predios que los habitantes no poseían todavía, la estipulación se había hecho realmente por consideraciones puramente personales, lo que es contrario al art. 686, el cual no permite que se estipulen servicios prediales en favor de la persona. La objeción no era seria; todo lo que hay de personal en la constitución de una semejante servidumbre, es que se necesita ser habitante de la comuna para aprovecharse de ella; por lo demás se ha estipulado, no para uso de las personas, sino para utilidad de las heredades. Es una servidumbre condicional y nada impide que se constituya una servidumbre con condición (1).

§ II.—DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA.

Núm. 1. Definición.

172. Según los términos del art. 692, “el destino del padre de familia equivale á título respecto á las servidumbres continuas y aparentes.” Este principio está tomado de las costumbres de Orleans y de París, las cuales declaraban que “el destino del padre de familia equivale á título.” Pothier va á decirnos lo que se entiende por esto.

1 Montpellier, 29 de Junio de 1849 (Dalloz, 1851, 2, 214).

Dos heredades pertenecen al mismo dueño, él emplea uno de los predios al servicio del otro, practicando, por ejemplo, vistas en una casa que caen hacia otra heredad. Mientras los dos predios permanezcan en las mismas manos, el servicio que uno de ellos presta al otro no es servidumbre, porque nadie puede tener servidumbre en su propia cosa: esto es *destino del padre de familia*. ¿Cómo es que este destino, que no es más que el ejercicio del derecho de propiedad, puede volverse una servidumbre? Si dichas heredades, continúa Pothier, llegan á pertenecer á diferentes dueños, sea por la enagenación que el propietario hace de uno de los predios, sea por la partición que tiene lugar entre sus herederos, el servicio que una de las heredades sacaba de la otra se vuelve un derecho de servidumbre, sin que para la enagenación ó para la partición se necesite que dicha servidumbre se haya expresamente constituido (1).

¿Cómo es que una servidumbre nace, de derecho pleno, en el momento en que se separan los dos predios? Ateniéndose al proverbio del antiguo derecho, destino equivale á título, podría creerse que la servidumbre nace de la voluntad tácita del propietario que ha destinado uno de los predios al servicio del otro y que quiere que las cosas continúen subsistiendo en el mismo estado. Esto así se ha dicho (2). A nosotros nos parece que esa manera de explicar el proverbio no da cuenta de su verdadero sentido. *Destino equivale á título*, dicen nuestras antiguas servidumbres. ¿Y cuándo hay título? Cuando, como lo dice Pothier, las partes interesadas convienen “expresamente” en que las cosas se quedarán en el estado en que las había puesto el propietario, y serán mantenidas á título de servidumbre. ¿Se necesita para esto un convenio expreso? Nó, con-

1 Pothier, “Costumbre de Orleans,” art. 228.

2 Duranton, t. 5º, p. 575, núm. 568.

testa Pothier, porque los predios se vendieron en el estado en que se encuentran, y pasa lo mismo con la partición. Así, pues, la voluntad de las partes es, á menos que expresen lo contrario, que continúe el servicio establecido por el antiguo propietario en provecho de uno de los predios, pero como los predios pertenecen en lo de adelante á dueños diferentes, el servicio se hace ya no á título de propiedad, sino á título de servidumbre, que es como puede hacerse. En este sentido es como las costumbres asimilaban el destino al título; hay, en efecto, analogía completa; el título es un convenio expreso, y el destino un convenio tácito. Síguese de aquí que la servidumbre nace, no de la voluntad exclusiva del propietario que ha destinado uno de los predios al servicio del otro, sino del concurso de voluntades de los que toman parte en el contrato por el cual se opera la división de los predios. En caso de partición, habiendo muerto el propietario, su voluntad no entra para nada en el establecimiento de la servidumbre; él no interviene sino por el destino que ha dado á los predios (1).

173. Hay, sin embargo, una diferencia considerable entre el título y el destino del padre de familia, como más adelante lo diremos. Por el momento, se debe insistir en el principio jurídico que da origen á la servidumbre por causa de destino, y no hay otro más que el concurso de voluntades de las partes contrayentes. Pero su consentimiento no es tácito, de donde se infiere que si ellas se han explicado acerca de la existencia de las servidumbres, la hacer la enagenación ó partición, la cuestión no puede ser de destino del padre de familia, porque no puede tratarse de voluntad tácita cuando las partes han manifestado su voluntad de una manera expresa. Luego si surge entre ellas un debate sobre las servidumbres, quedará evacua-

1 Compárese Demolombe, t. 12, p. 318, núm. 804 y p. 323, número 809.

do por los títulos y no por los arts. 692 y 693. Ni asomo de duda hay acerca de este punto, y sin embargo, la cuestión se ha llevado en varias ocasiones ante la corte de casación, y en todas ha recibido la sanción que acabamos de darle (1).

174. ¿Cuándo hay destino de padre de familia? El artículo 693 contesta: "No hay destino de padre de familia sino cuando se prueba que los dos predios actualmente divididos han pertenecido al mismo propietario, y que por él han sido puestas las cosas en el estado del cual resulta la servidumbre." Así, pues, la primera condición que se requiere para que haya destino es que el *propietario* haya destinado uno de los predios al servicio del otro. Déjase entender que los inquilinos y arrendatarios no pueden establecer un destino del padre de familia: no teniendo ningún vínculo con el predio, ninguna calidad tienen para destinar uno de los predios al servicio del otro. ¿Qué debe decirse del usufructuario? En la opinión que nosotros hemos enseñado, no hay duda alguna. No pudiendo el usufructuario establecer una servidumbre en los predios de que disfruta, tampoco tiene el derecho de dar á éstos un destino de donde nazca una servidumbre. Esto lo aceptan todos, aun aquellos que enseñan que el usufructuario puede constituir una servidumbre por título. Demolombe dice muy bien que no teniendo el usufructuario más que un derecho temporal, no puede tener la mente de perpetuidad que exige el destino (2). ¿Pero acaso no toda servidumbre implica una idea de perpetuidad? y si el usufructuario no puede concurrir tácitamente al establecimiento de una servidumbre por destino, porque le falta el espíritu de perpetuidad, ¿cómo había de tener el derecho

1 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Abril de 1836 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1004, 5^o) y de 15 de Enero de 1839 (*ibid.*, número 1005, 2^o).

2 Demolombe, t. 12, p. 325, núm. 811.

de establecer por su voluntad expresa una servidumbre que exige este mismo espíritu de perpetuidad? La contradicción nos parece patente.

175. Los autores están de acuerdo en exigir una segunda condición que no está escrita en el texto de la ley: se necesita que el servicio que uno de los predios presta al otro tenga un carácter de perpetuidad. Dumoulin lo dice ya en su comentario sobre la costumbre de París. El código, dice el relator del Tribunado, no tenía necesidad de enunciar esta condición, porque ella es una consecuencia necesaria del conjunto de su teoría (1). En efecto, el destino, ó el servicio que uno de los predios presta al otro, es una de las causas que conducen al establecimiento de las servidumbres; ahora bien, toda servidumbre se crea con una mente de perpetuidad; es una modificación de la perpetuidad, permanente como ésta misma. La misma palabra *destino* implica una idea de perpetuidad en el lenguaje jurídico. Hay objetos mobiliarios que se vuelven inmuebles por destino; el propietario sólo tiene el derecho de inmovilizar cosas mobiliarias, sea fijándolas á perpetuidad á un predio, sea colocándolas en éste para su explotación. ¿Por qué el propietario solo tiene este derecho? Porque él solo puede proceder á nombre y por interés del predio, aun cuando no hiciere más que trabajos temporales. Con mayor razón él solo tiene calidad cuando se trata de imprimir á los predios una modificación definitiva y permanente.

Síguese de aquí que si se establece un servicio entre dos predios, no para utilidad de éstos, sino en vista de consecuencias personales, para facilitar relaciones de familia y de vecindad, no hay destino, y por consiguiente, si los predios se reparan, no nacerá servidumbre; una causa pa-

1 Albisson, Informe rendido al Tribunal, núm. 16 (Loché; t. 4º, p. 190).

sajera no puede producir sino un efecto igualmente pasajero (1). Así es que siempre hay una cuestión de hecho por examinar. No basta que uno de los predios preste un servicio al otro, se necesita que ese servicio constituya un estado de cosas permanente, colocando una de las heredades en un estado de dependencia respecto á la otra (2). A los tribunales corresponde apreciar los hechos y las circunstancias.

176. ¿Se necesita que haya dos predios distintos? El artículo 693 parece exigirlo: debe haber dos predios actualmente divididos, y se necesita que estos predios hayan pertenecido al mismo propietario antes de su división. Seguiríase de aquí que si el propietario de un solo predio hiciese servir una parte de éste para otro, y si en seguida se dividiera el predio por una enagenación ó por una partición, no habría destino ni servidumbre. Esta interpretación es inadmisibile: que el propietario de una casa practique ventanas de aspecto en su pared, y que en seguida venda el patio hacia el cual miran dichas ventanas ¿no hay en esto todos los elementos que constituyen el destino, tanto como si las ventanas se hubieran abierto en un terreno separado? Sin duda que si el texto fuera formal, habría que ceñirse á él, pero la ley no exige, como condición del destino, que haya dos predios. Todo lo que el art. 693 quiere, es que haya dos predios actualmente divididos, y que en otro tiempo hayan pertenecido á un solo y mismo propietario; no se prescribe que desde entonces los predios hayan constituido heredades distintas. Lo que constituye el destino, es la intención del propietario de consagrar una parte de su predio al servicio del otro: desde el momento en que existe dicha intención, hay

1 Bruselas, 14 de Julio de 1859 (*Pasicrisia*, 1862, 2, 297).

2 Lieja, 1.º de Diciembre de 1869 (*Pasicrisia*, 1870, 2, 283).

destino. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en este punto (1).

177. El art. 693 exige además otra condición para que haya destino del padre de familia; quiere que las cosas hayan sido *puestas* en el estado del cual resulta la servidumbre por el propietario al cual han pertenecido los dos predios actualmente divididos. Parece resultar de esto que el destino debe ser establecido por el propietario que ha reunido las dos heredades y durante esta reunión. De donde se seguiría que si el estado de las cosas fuese preexistente á la reunión, y el propietario lo hubiese mantenido, no habría destino. ¿Esta interpretación rigurosa del texto corresponde al espíritu de la ley? Si al reunirse en unas solas manos los dos predios, una de las heredades presta un servicio á la otra, y si el propietario mantiene este estado de cosas ¿no puede decirse que él destina uno de los predios al servicio del otro? ¿Qué importa que él *deje* las cosas en el estado en que se hallaban ó que las *ponga* en él? Se tiene al padre de familia, dice Toullier, por haber puesto las cosas en ese estado, cuando, pudiendo cambiarlo, no lo ha hecho. Es claro que la intención de destinar uno de los predios al servicio del otro es tan evidente en el primer caso como en el segundo. Y aun puede ser más evidente. Por lo común, cuando el destino preexiste á la reunión de las dos heredades en manos de un solo propietario, hay servidumbre, y ésta se extinguirá por la confusión; pero si el propietario mantiene el servicio ¿no manifiesta con esto la voluntad de que lo que era servidumbre siga siendo un servicio permanente y perpetuo? ¿Y si el servicio era una servidumbre antes de la reunión de los dos predios, no es natural que vuelva á ser

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 83 y nota 1ª, y las autoridades que citan. Sentencia de denegada apelación, de 26 de Abril de 1837 y de 24 de Febrero de 1840 (Daloz, *Servidumbre*, núms. 1021, 1º y 1022). Bruselas, 18 de Agosto de 1816 (*Pasicrisia*, 1816, p. 107).

una servidumbre después de su separación? La circunstancia de que el destino preexistía á título de servidumbre no deja ninguna duda acerca de la intención del propietario, mientras que sí puede haber duda cuando él es el primero que ha creado el estado de cosas que constituye el destino (1).

178. Los predios deben estar divididos: así es que la servidumbre nace al hacerse la división, y entonces únicamente es cuando puede nacer, supuesto que hasta ese momento el servicio que una de las heredades prestaba á la otra era el ejercicio del derecho de propiedad. En el momento mismo en que los predios se dividen, la servidumbre nace, importando poco la causa de la división. Las causas habituales son la enagenación de uno de los predios ó de los dos, y la partición. Habría servidumbre por destino, aun cuando la venta fuese forzada (2). Podría creerse que la venta forzada excluye el consentimiento del propietario, y por consiguiente, el destino. Nó, en la venta forzada hay también consentimiento, supuesto que hay contrato. Por otra parte, el destino no reposa en el consentimiento dado al hecho jurídico que provoca la división de los predios, se funda en el mantenimiento del destino, del servicio que uno de los predios presta al otro. Cuando los predios están divididos, no hay ningún consentimiento al antiguo propietario, y hay, no obstante, servidumbre por destino.

179. La jurisprudencia exige, sin embargo, una condición concerniente á la división de los predios, y es que el propietario que ha establecido el destino, haya tenido la

1 Esta es la opinión adoptada con más generalidad. Aubry y Rau, t. 3º, p. 84, y nota 2. Burdeos, 21 de Febrero de 1826 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1017). En sentido contrario, Duranton, t. 5º, página 577, núm. 570 y Duvergier sobre Toullier, t. 2º, p. 276, nota a.

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 84 y nota 4. Compárese sentencia de casación, de 30 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1854, 1, 17).

propiedad irrevocable de los dos predios (1). Si ha hecho servir uno de los predios al otro, cuando sólo tenía una propiedad revocable, resoluble ó anulable de una de las heredades, y si en seguida hay revocación, resolución ó anulación, no había destino. En apariencia, podría creerse que los dos predios han pertenecido al mismo propietario, y que están actualmente divididos; en realidad, como se considera que quien ha establecido el servicio jamás ha sido propietario de uno de los predios, no ha habido ni reunión ni división de las heredades, ni por consiguiente, derecho para destinar uno de los predios al servicio del otro. Así es que faltan todas las condiciones del destino.

Del mismo modo se ha fallado que no hay destino del padre de familia cuando el hecho jurídico que opera la división no constituye más que una devolución temporal de goce; tal sería una donación como anticipo de herencia. El informe reduce á la nada el traslado de propiedad, para no dejar más que un goce de los frutos al donatario; pero estando considerada la donación, en derecho, como que nunca ha existido, tampoco ha habido legalmente división de los predios, es decir, que se tiene á las partes por no haber querido perpetuar un servicio á título de servidumbre, cuando la separación de donde nace la servidumbre no es más que temporal (2).

180. Se presenta una última cuestión á propósito de la división de las heredades. El propietario vende la heredad en su conjunto, sin fraccionarla, á varios adquirentes. No es posteriormente á la venta cuando los adquirentes dividen entre sí el inmueble. ¿Había servidumbre por destino si una parte del predio presta servicio á la otra? Se ha fallado que la división debía ser un hecho del propietario mis-

1 París, 11 de Abril de 1836 (Daloz, *Servidumbre*, p. 1016).

2 Bastia, 17 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1858, 2, 211).

mo que ha establecido el estado de cosas de donde debe resultar la servidumbre (1). El código no dice esto. En caso de partición por los herederos del propietario, la división no procede ciertamente de él. Poco importa, por otra parte, de donde proceda la división, con tal que los que la hacen mantengan el servicio que las partes divididas se prestaban antes de la división. En el caso resuelto por la corte de Lieja, uno de los adquirentes había hecho trabajos que habían cambiado notablemente el estado de los sitios. La sentencia insiste acerca de este punto. Sin duda que si el servicio fuere posterior á la división, ya no podría tratarse de destino ni de servidumbre, se necesita que el servicio exista al hacerse la división, y que en este momento el consentimiento tácito de las partes contrayentes lo mantenga. Pero si el estado de las cosas existentes al hacerse la división constituyese un destino del padre de familia, la servidumbre nacería inmediatamente, aun cuando uno de los adquirentes hiciera después innovaciones, salvo el aplicar el art. 701 que norma los derechos y las obligaciones que resultan del establecimiento de una servidumbre.

181. El que invoca el destino del padre de familia, á guisa de título, debe probar que los requisitos de la ley existen si la cosa es disputada. ¿Cuál es el objeto preciso de la prueba? ¿y cómo se rinde ella? Según el art. 693, el actor debe probar, en primer lugar, que los dos predios actualmente divididos han pertenecido al mismo propietario; en seguida, que por él se *pusieron* las cosas en el estado del cual resulta la servidumbre, ó si se adopta nuestra interpretación, que él las ha *dejado* en ese estado. ¿Esta doble prueba puede hacerse por testigos? Hay alguna incertidumbre acerca de este punto en la doctrina. La duda se remonta al antiguo derecho. La primera redacción de

1 Lieja, 1º de Diciembre de 1869 (*Pasicrisia*, 1870, 2, 283).

la costumbre de París no existía escrita, mientras que la nueva redacción dice (art 216): "Destino del padre de familia equivale á título, cuando es, ó ha sido por escrito, y no de otra manera." Ferrière dice que sin escrito habría mucho abuso, que todas las empresas llevadas á cabo clandestinamente estarían sostenidas por el destino. Este motivo cae por tierra cuando las servidumbres son aparentes, ó como se decía en otro tiempo, cuando las cosas son visibles. Por esto, á pesar de los términos absolutos de la costumbre, los intérpretes admitían la prueba testimonial cuando no había ningún riesgo de fraude (1).

Los autores del código civil no han reproducido la disposición de la costumbre que exigía un escrito. ¿Debe inferirse que han dado á entender que aceptaban la prueba testimonial? (2). La conclusión nos parece demasiado absoluta y poco jurídica. Existen reglas generales acerca de las pruebas en el título de las *Obligaciones*, deben recibir su aplicación á todos los casos en que la ley no hace una derogación formal. ¿Qué es lo que prueba, pues, el silencio del art 692? Que está mantenido el derecho común. Así, pues, la cuestión debe resolverse conforme á los principios generales. Hay acuerdo en admitir la prueba testimonial para establecer que el estado de las cosas de donde resulta la servidumbre existía antes de la separación de los dos predios. En efecto ¿qué cosa es ese estado de las cosas de que habla el art. 693? Trabajos ejecutados en uno de los predios: tal sería una ventana de aspecto practicada en la pared de un edificio. Ahora bien, éstos son hechos materiales que es permitido probar indefinidamente por medio de testigos, sea cual fuere el valor pecuniario del litigio, como lo diremos en el título de las

1 Ferrière, "Comentario sobre la costumbre de París," t. 2º, pág. 1771, núm. 2.

2 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 238, núm. 353.

Obligaciones. Queda la segunda prueba: que los dos predios han pertenecido á la misma persona. ¿Es esto un hecho jurídico que cae bajo la aplicación del art. 1341, ó es un hecho puro y sencillo? Pardessus dice que es un hecho jurídico, porque se trata de una cuestión de propiedad; ahora bien, la propiedad se establece por medio de títulos, que se pueden y se deben comprobar por escrito. Esto es muy cierto cuando el que se pretende propietario es el que pide rendir prueba de su derecho; y aun precisa hacer una excepción si él alega la prescripción, porque la posesión se prueba siempre por testigos. Pero en el caso presente no se trata de una cuestión de reivindicación: es un adquirente ó un co-partícipe el que pide probar que dos predios han sido reunidos en manos de un solo y mismo propietario; á ese respecto, esta circunstancia no constituye un hecho jurídico, sino un hecho material. Por otra parte, él es el tercero, el puede estar en la imposibilidad de procurarse la prueba literal del hecho de que los dos predios han pertenecido á un mismo propietario; luego puede invocar la excepción del art. 1348. En definitiva, la prueba testimonial será admisible, no en virtud del artículo 692, sino por aplicación de los principios generales que rigen esta prueba (1).

Núm. 2. Cuales servidumbres pueden adquirirse por destino.

182. Según los términos del art. 692, el destino del padre de familia equivale á título, pero únicamente respecto á las servidumbres continuas y aparentes. ¿Por qué exige la ley la doble condición de la apariencia y de la con-

1 Toulier, t. 2º, p. 677, núms. 610 y 611. Demolombe, t. 12, p. 326, núm. 812. Aubry y Rau, t. 3º, p. 85 y nota 6. En sentido contrario, Pardessus, t. 2º, p. 122, núms. 290 y 291, y Delvincourt, t. 1º, página 165, nota 7.

tinuidad? Estas condiciones se derivan de la misma naturaleza del destino. Este se funda en el consentimiento tácito de las partes interesadas, consentimiento que interviene en el momento en que se dividen dos predios, de los cuales uno se ha destinado á que preste un servicio al otro; el consentimiento resulta de la voluntad que tienen las partes interesadas en mantener ese estado de cosas; ahora bien, estas partes son extrañas á los trabajos que han producido el destino; éste es un adquirente ó un copartícipe. Para que pueda decirse que ellos consienten en mantener el destino, antes que todo se necesita que conozcan ese destino; luego es preciso que lo vean; de aquí la condición de la apariencia. Si el servicio que uno de los predios presta al otro no es aparente, no puede decirse que las partes interesadas concientan en mantenerlo á título de servidumbre, puesto que ningún signo exterior les revela existencia de ese servicio, é ignorando que existe, no pueden tener la intención de perpetuarlo.

Es más difícil darse cuenta de la segunda condición, la de la continuidad. Se practica un paso entre dos predios que pertenecen al mismo propietario, paso que se anuncia por medio de una puerta ó de un camino. Se separan los dos predios; las partes interesadas mantienen la puerta y el camino: no nacerá servidumbre. ¿Por qué? Porque hay duda acerca de la intención de las partes; ellas conservan el paso, pero ¿con qué título? Puede ser por tolerancia, por relaciones de buena vecindad. Puede ser también á título de servidumbre. En la duda no se podía admitir la voluntad de establecer una servidumbre por consentimiento tácito, porque no existe éste sino cuando es imposible dar otra interpretación al hecho de donde puede inferirse el concurso de voluntades. [En materia de servidumbre, sobre todo, es preciso que haya dudas acerca de la voluntad de construir, porque está en juego la libertad de

las heredades; en las dudas debe uno pronunciarse por la libertad contra la servidumbre.

183. Se ha fallado que una servidumbre de acueducto podía establecerse por destino, por más que las aguas estuviesen conducidas por canales subterráneos. En el caso al debate, existían obras exteriores á la entrada y á la salida del acueducto, y la derivación de las aguas era patente; así, pues, ninguna duda había acerca del carácter aparente de la servidumbre (1). La servidumbre de derrame es igualmente aparente y continua; el art. 688 la coloca entre las servidumbres continuas, lo mismo que la de acueducto; en cuanto á la apariencia, es una cuestión de hecho (2). Se ha fallado que el derrame de las aguas pluviales es una servidumbre aparente, supuesto que se manifiesta por la disposición del techo en voladizo hacia la heredad vecina (3). Antes hemos dicho (núm. 142) que la servidumbre de indemnización ó de sumersión ha sido declarada no aparente, porque ninguna obra exterior anuncia su existencia.

Se ha sostenido que una servidumbre de toma de agua es continua y aparente cuando se ejerce mediante una bomba que se halla en el predio dominante, bomba que comunica mediante un tubo con el pozo del vecino. El texto mismo del código rechaza tal pretensión, puesto que el art. 688 coloca el derecho de toma de agua entre las servidumbres discontinuas; en efecto, aun cuando la toma de agua tenga lugar por medio de una bomba, se necesita tan á menudo como se saque agua, que intervenga el hecho del hombre, lo que hace discontinua la servidumbre (4).

La servidumbre de no edificar más arriba da lugar á un

1 Sentencia de denegada apelación, 20 de Diciembre de 1825 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1010).

2 Burdeos, 1º de Febrero de 1829 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 417).

3 Bruselas, 18 de Abril de 1816 (*Pasicrisia*, 1816, p. 107).

4 Bruselas, 25 de Noviembre de 1854 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 22).

debate más serio. Es claro que considerada en sí misma, esta servidumbre no es aparente; pero en el caso no era reclamada como servidumbre principal. El adquirente de un inmueble había estipulado sobre el predio contiguo perteneciente á su heredad unas ventanas destinadas á dar á su predio aire y luz. Pretendió que este convenio implicaba una servidumbre de no edificar, servidumbre que en el caso se anunciaba por ventanas de aspecto. Habiéndose mantenido las ventanas al separarse las dos heredades, resultaba de esto, según él, que la servidumbre de no edificar era aparte. Este medio no halló favor ante la corte de casación, ella lo rechazó resolviendo que la servidumbre *altius non tollendi* no es aparente, de donde se sigue que no puede establecerse por destino (1). Había otro motivo perentorio para desechar el recurso. En el caso existía un título que establecía una servidumbre de vista. Por lo mismo, la cuestión ya no era del destino del padre de familia; cuando hay voluntad expresa ya no se puede alegar una voluntad tácita. Así, pues, se podía contestar al actor: reclama la servidumbre *altius non tollendi* como de accesorio ó dependencia de la servidumbre de vista, y el título decidirá; y en presencia del título ya no puede haber cuestión de destino. Si reclama esa servidumbre en virtud del signo aparente de las ventanas, su pretensión es inadmisibile, supuesto que la servidumbre *altius non tollendi* jamás es aparente.

Núm. 3. Del caso previsto por el art. 694

184. El art. 694 dice: "Si el propietario de dos heredades entre las cuales existe un signo aparente de servidumbre dispone de una de ellas sin que el contrato contenga ningún convenio tácito relativo á la servidumbre, continúa ésta existiendo activa ó pasivamente en favor del pre-

1 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. 3^o, p. 85, nota 9.

dio enagenado ó sobre el predio enagenado." Esta disposición ha dado margen á varias controversias, no hay menos de cinco interpretaciones diferentes (1). Hacemos á un lado las opiniones que se han abandonado: ¿para qué combatir doctrinas que ninguno piensa ya sostener? La lucha verdadera está entre la explicación dada por Albisson, el relator del Tribunado, y el sistema consagrado por la jurisprudencia constante de la corte de casación de Francia. No vacilamos en pronunciarnos á favor de la opinión de Albisson contra la jurisprudencia francesa.

Una heredad debe un servicio á otra, quiere decir que está gravada con una servidumbre; si los dos predios se reúnen en una misma mano, la servidumbre se extingue por confusión, aun cuando el predio en otro tiempo sirviente quede afecto al servicio del predio en otro tiempo dominante; este servicio se hace ahora á título de propiedad. Después el propietario dispone de una de las dos heredades, sin que se haga mención ninguna de servidumbre en la escritura de enagenación. Nace entonces la cuestión de saber si continúa la servidumbre, ó por mejor decir, si revive. El derecho romano decidía la cuestión negativamente. Como la servidumbre realmente estaba extinguida, precisaba una declaración expresa de voluntad para hacerla revivir. El código civil mantiene este principio. Pero hace excepción cuando existe un signo aparente de servidumbre; la reserva ya es necesaria en este caso, dice el relator del Tribunado, porque la cosa habla por sí misma. Luego si entre las dos heredades existe un signo aparente de servidumbre, el silencio de las partes no impide que subsista la servidumbre, activa ó pasivamente, en favor del predio enagenado ó sobre el predio enagenado (2).

1 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. 3º, p. 85, nota 9.

2 Albisson, Informe rendido de Tribunales, núm. 16 (Loché, t. 4º, p. 190).

Tal es la aplicación de Albisson. El art. 694 interpretado de esta manera se concilia perfectamente con los artículos 692 y 693. Estos previenen el caso en que una servidumbre se establece por destino del padre de familia, y exigen que la servidumbre sea á la vez continua y anuncie su existencia; de suerte que una servidumbre de paso que se manifiesta por una puerta, cae bajo la aplicación del art. 694; ella revive si, después de haberse extinguido por la confusión, ésta llega á cesar. Pero no puede establecerse por destino del padre de familia en virtud de los arts. 692 y 693, supuesto que es discontinua.

Esta opinión, adoptada por Zachariæ y Pardessus (1), no tiene á su favor más que una sentencia de la corte de Lyon, y algunas de la corte de Bruselas (2); está muy bien defendida por Marcadé, pero la mayor parte de los autores la repudian así como la jurisprudencia. Se rechaza la interpretación de Albisson por ser puramente divinatoria (3). Esta, se dice, es una opinión general del relator; nada prueba que la hayan compartido ni el consejo de Estado, ni el cuerpo Legislativo; ni siquiera está reproducida en el discurso del orador del Tribunado. Nosotros contestaremos, con la corte de Bruselas, que la autoridad de Albisson es superior á la de los intérpretes, por más que sean muy sabios (4). No es exacto decir que esta sea una opinión puramente individual; en efecto, Albisson habla como relator de la sección de legislación del Tribunado; luego un informe adoptado por la sección de

1 Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. 2º, p. 203, nota 10.

2 Lyon, 11 de Junio de 1881 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1024). Bruselas, casación, de 31 de Enero de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, p. 33); 14 de Julio de 1859 (*Pasicrisia*, 1862, 2, 299), y 20 de Diciembre de 1862 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 46).

3 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 240, núm. 354. Gante, 11 de Marzo de 1839 (*Pasicrisia*, 1839, 2, 49).

4 Bruselas, 20 de Diciembre de 1862 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 51).

legislación es obra de ésta, y por consiguiente, del Tribunalado, que á dictamen de Albisson, emite un voto de aceptación; así, pues, esta interpretación tiene á su favor la autoridad de uno de los cuerpos que, bajo la constitución del año VIII, tomaban una parte activa en la codificación. Sin duda que esto es decisivo; Albisson y el Tribunalado al seguirlo pudieren haberse equivocado. Luego debe verse si esta interpretación es contraria, como se pretende, al texto y al espíritu de la ley.

En cuanto al texto, se hace á un lado la interpretación de Albisson por una especie de excepción de no recibir. Si el art. 594, dicen, tuviera el sentido que le atribuye el relator del Tribunalado, habría debido ser puesto á continuación del art. 705, que trata de la *extinción* de las servidumbres por la confusión, disposición que en la opinión del Tribunalado derogaría el art. 694; siendo así que este artículo está colocado en la sección que se ocupa del "establecimiento" de las servidumbres. Se pretende que esto prueba que la interpretación es errónea. Contestamos que la objeción, suponiéndola fundada, no probaría más que un defecto de clasificación, como hay más de uno en el código. ¿Pero realmente es cierto que el art. 694 sea enteramente extraño á la materia del establecimiento de las servidumbres por destino del padre de familia? La servidumbre estaba extinguida y revive. Ahora bien, un derecho que renace después de haber estado extinguido, es un derecho que se establece, ¿y de qué manera se establece? Por una razón que tiene la analogía más grande con lo que se llama destino. Había una servidumbre de paso, que se extingue por confusión; pero el propietario de los dos predios mantiene el paso, conserva la puerta que anuncia la existencia del servicio que uno de los predios continúa prestando al otro; ¿no es esto un verdadero destino? Únicamente falta una de las condiciones del destino ordina-

rio: la servidumbre es discontinua, luego se necesitaba, si se quería que la servidumbre naciese de esta especie de destino, que el legislador lo decidiera, y la disposición que lo decide tenía su sitio natural á continuación de los arts. 692 y 693, á los cuales, en mi concepto, deroga, puesto que admite que se establezca una servidumbre, por consentimiento tácito, en razón de un destino y sin que la servidumbre sea continua.

Veamos ahora si la interpretación de Albisson es divinatoria, y sin ningún apoyo tiene en el texto ni en los principios. El art. 694 comienza por decir que dos heredades se hallan en manos de un mismo propietario, y que existe entre ellas un “signo aparente de servidumbre.” ¿Qué quiere decir esto? No hay servidumbre actual, supuesto que *res sua nemini servit*. Luego si existe un “signo aparente de servidumbre,” este signo marca que ha habido una servidumbre, que por el momento está extinguida de derecho. El artículo continúa y dice que el propietario dispone de una de las heredades; se levanta una acta, y el contrato, dice el art. 694, no contiene ningún “convenio relativo á la servidumbre. ¡Otra vez este término característico de *servidumbre!* ¿Por qué el contrato habría hablado de servidumbre? Porque existía una que se extinguió por confusión, y se trata de saber si la voluntad de las partes es hacerla revivir. Si tal es su voluntad, precisa que la expliquen, precisa que digan que su intención es mantener la servidumbre; en este concepto se necesita “un convenio relativo á la servidumbre.” Pero ¿qué se resolverá si el contrato guarda silencio, si no hay en él ninguna cláusula concerniente á la servidumbre? Ella *continúa*, no obstante, existiendo, dice la ley, si hay un signo aparente de servidumbre entre las dos heredades. El art. 694 no dice que una servidumbre está *establecida*, no dice que la servidumbre *revive*, ella *existía y continúa existiendo*. Esta expresión

enérgica marca bien que no se trata del establecimiento de una nueva servidumbre, de una servidumbre que nunca ha existido; había una servidumbre, *existía y continúa existiendo*, con tal que haya un *signo aparente* que la anuncie. Esta es ciertamente la hipótesis de Albisson; está escrita en nuestro código; el relator del Tribunado no la ha imaginado, no ha hecho más que explicarla: su explicación no es más que el texto parafraseado.

Aquí se nos detiene para decirnos que no podemos prevalernos del texto, que la expresión *continúa existiendo*, es inexacta; que según nuestra opinión, la servidumbre, que se supone haber existido, está extinguida por confusión; luego no puede decirse que la servidumbre *continúa*, sino que habría debido decirse que revive. A nuestro juicio, la expresión de que se sirve el art. 694 es muy jurídica. La confusión es una manera de extinción de todo género de derechos, personales ó reales; pero tiene de particular que la extinción se funda únicamente en la imposibilidad de ejercer el derecho, porque el acreedor ha venido á ser deudor ó el deudor ha venido á ser acreedor; en realidad, el derecho subsiste, nada más que no se puede perseguir su ejecución. Si tal es el efecto de la confusión en materia de obligaciones, tal también debe ser su efecto en materia de servidumbre, porque aquí también hay un predio que debe la servidumbre y un predio al que se debe, hay un predio deudor, tal es la expresión del código, luego hay también un predio acreedor; el predio acreedor no puede ejercer su derecho, supuesto que el predio deudor pertenece al mismo propietario, y las dos heredades no forman ya más que una sola y misma propiedad, que á la vez es deudora y acreedora. Luego si la servidumbre se extingue, es únicamente porque su ejercicio se vuelve imposible; en realidad, ella subsiste y *continúa*, como lo dice el art. 694, si desaparece el obstáculo que impedía ejercerla. Así, pues,

el texto confirma plenamente la interpretación de Albisson, y la decisión del código se halla justificada por los principios generales de derecho.

Nó, se dice, añadís á la ley una condición que no se encuentra en ella, dicen los eruditos intérpretes de Zachariæ, los cuales, en esta cuestión, han abandonado la opinión de su autor. En efecto, obligáis al que invoca el art. 694 á que produzca el título por el cual la servidumbre se constituyó originariamente, siendo así que la ley no pone á un cargo más que una prueba, la de la existencia de un signo aparente de servidumbre (1). De antemano hemos contestado á la objeción; si es cierto que el art. 694 prevee el caso de una servidumbre extinguida por confusión, se necesita naturalmente que el que pretende que ella *contin'è existiendo* pruebe que ha *existido*. Así, pues, la necesidad de la prueba resulta de los términos mismos de la ley, si se interpreta tal como lo hace el relator del Tribuñado. Se pretende que el espíritu de la ley se opone á ello; los que combaten nuestra opinión nos desafían á que demos un motivo razonable de la diferencia que el legislador habría establecido entre el caso en que el destino resulta de la existencia de una servidumbre anterior, extinguida pero mantenida de hecho, y el caso de un destino establecido por el propietario de ambos predios. En este último caso, el art. 692 exige que la servidumbre sea continua y aparente; de suerte que un paso, por más que se haya practicado cuando los dos predios estaban en poder del mismo dueño, por más que se anuncie por una obra exterior, no se establecerá sino por destino en el momento en que las dos heredades queden separadas. Mientras que este mismo paso vendrá á ser una servidumbre, si antes de la reunión de los dos predios había sido practicado á título de servidumbre. ¿En dónde está la razón de esta diferencia

1 Aubry y Rau, t. 3^o, p. 87, nota 9.

tan considerable? ¿No es evidente, dicen, que los dos casos son en el fondo, absolutamente idénticos? ¿Por qué, pues, aplicarles reglas diferentes? “Jamás habrá alguien que logre dar la justificación de semejante distinción (1).” Creo que hemos contestado el reto. Las dos hipótesis son enteramente diferentes; en la una, la del verdadero destino del padre de familia (art. 692), se trata de *establecer* una servidumbre que *jamás ha existido*; para crearla, el legislador no puede fundarse sino en la voluntad tácita de las partes contrayentes, esta voluntad es dudosa cuando la servidumbre, aunque aparente, es discontinua, por lo mismo no se podía admitir que la servidumbre se estableciese por destino. En la otra hipótesis, la servidumbre ha *existido*, ha sido practicada, luego había motivos serios para establecerla; ya no puede suponerse la tolerancia, la buena vecindad, supuesto que el servicio se ha hecho á título de derecho riguroso. La utilidad que ha hecho que se constituya la servidumbre, la ha hecho también mantener mientras que los predios están reunidos en una misma mano. Después las dos heredades se separan, hay un signo aparente de esa servidumbre, necesaria ó útil. Cesando la causa que hacía imposible el ejercicio de la servidumbre, la confusión, ¿no debe decirse que la servidumbre recobra su curso, que *continúa existiendo*, como lo dice el artículo 694? No habrá más que un solo motivo para dudar: ¿acaso el comprador tiene conocimiento de la servidumbre? Si la ignora ¿puede haber una servidumbre á su cargo ó á su favor sin que lo sepa, sin que lo quiera? Por esto es que la ley exige un signo aparente de servidumbre en el silencio del contrato.

185. Como la opinión contraria tiene á su favor la ju-

1 Estas son palabras de Mourlon (t. 1^o, p. 812) que no hace más que repetir lo que dicen Demante y Demolombe.

risprudencia constante de las cortes de Francia y la autoridad de jurisconsultos de consideración, debemos darla á conocer, salvo el exponer nuestras objeciones. Ella admite que el art. 694 prevee un caso del destino del padre de familia, es decir, un caso en que la servidumbre está establecida por destino, pues á diferencia del caso general del art. 692, que la servidumbre sea á la vez continua y aparente, el art. 694 se conforma con un signo aparente de servidumbre. Queda por precisar el caso en que la disposición especial del art. 694 deba prevalecer sobre la disposición general del art. 692. No basta con un signo aparente, si bastase, el art. 694 haría más que derogar el 692, lo aboliría, supuesto que éste no admite el destino para las servidumbres discontinuas, aunque aparentes, mientras que el art. 694 admitiría el destino para las servidumbres discontinuas, desde el momento en que fueren aparentes. El art. 694 exige una condición para que una servidumbre aparente, aunque discontinua, se establezca por destino, y es que la separación de las dos heredades se haya hecho en virtud de un contrato y que éste no tenga ningún convenio relativo á la servidumbre. Así, pues, en el silencio del título combinado con el signo aparente de servidumbre que existe en uno de los predios, es en donde debe buscarse la causa del establecimiento de la servidumbre. Siguese de aquí que el que pretende la servidumbre debe representar el título en cuya virtud se ha operado la división de los herederos. La diferencia entre el caso del art. 692 y el del 694 es, pues, esta: cuando no hay título, es decir, escrito, ya no se está en el caso de la excepción establecida por el art. 694; se vuelve, por consiguiente, á la regla del art. 692; será preciso que la servidumbre sea continua y aparente. Cuando, al contrario, hay un título y éste guarda silencio acerca de la servi-

dumbre, ésta nacerá del destino del padre de familia, con tal que haya un signo aparente que la anuncie (1).

El grande argumento, el único que la corte de casación invoca en favor de esta interpretación, es el texto del artículo 694, y no habría necesidad de otro si el texto fuese tan claro como se pretende. Pero cuando se han formado cinco opiniones acerca del sentido de una ley, claro es que ésta no debe ser de una claridad muy patente. En la opinión consagrada por la jurisprudencia se fijan exclusivamente en estas frases del art. 694: "entre los cuales existe un signo aparente de servidumbre." Hé aquí, se dice, todo lo que la ley exige, si por lo demás el título guarda silencio: exigir más es salirse de los términos de la ley, es hacerla. Esta explicación del art. 694 no tiene para nada en cuenta todo lo demás de la exposición, ni de la expresión repetida de *servidumbre* de la que existe un signo aparente, ni de la expresión *continúa existiendo*, que implica que se trata de una antigua servidumbre que revive. No hay una sola palabra en el texto que indique el establecimiento de una servidumbre nueva; todos los términos de que se sirve la ley suponen la existencia actual de una servidumbre y su continuación, mientras que en la opinión general lo que se establece es una servidumbre

1 Demante, t. 2º, p. 615, núm. 549 *bis*. Dacanroy, Bonnier y Roustain, p. 240, núm. 351. Demolombe, t. 12, p. 344, núm. 821; Aubry y Rau, t. 3º, ps. 87 y siguientes, y nota a. La jurisprudencia se halla en este sentido; pero las sentencias, incluidas las de la corte de casación, están débilmente motivadas; sólo citamos las mejores. Sentencia de denegada apelación, de 23 de Abril de 1837 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1021, 1º; de 8 de Junio de 1842 de la sala civil (*ibid*, núm. 1022, p. 272), y de casación de 30 de Noviembre de 1853 Daloz, 1854, 1, 17). Douai, 1º de Julio de 1837 (Daloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 1021, 1º). Las cortes de Bélgica juzgan en el mismo sentido, salvo la sentencia de Bruselas que antes hemos citado. Bruselas, 11 de Julio de 1838, 16 de Abril de 1845, 13 de Agosto de 1858 y 26 de Febrero de 1859 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 205, 1845, 2, 118; 1858, 2, 327, y 1859, 2, 246); Gante, 11 de Marzo de 1839 (*Pasicrisia*, 1839, 2, 48) y Lieja, 19 de Abril de 1845 y 1º de Diciembre de 1869 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 303; 1870, 2, 283).

nueva, esta servidumbre se funda en un destino especial que deroga al destino general, tal como está definido por los arts. 692 y 693. La cuestión es, pues, esta: ¿cuáles son los motivos por los cuales, después de haber exigido en el art. 692 la doble condición de la continuidad y de la apariencia para que las servidumbres se establezcan por destino, el legislador se conforma con la apariencia en el caso previsto por el art. 694? Siendo dudoso el texto, es imposible negarlo, y la dificultad tiene que resolverse por el espíritu de la ley.

¿Existen razones que justifiquen la derogación que, en la opinión consagrada por la jurisprudencia, el art. 694 impone al 692? Débese, desde luego, precisar bien en qué consiste la derogación. Entre dos heredades que pertenecen al mismo propietario existe una puerta, signo aparente de un servicio que uno de los predios presta al otro. Los dos predios están divididos. ¿Nacerá una servidumbre de paso, al hacerse la división, en virtud del destino del padre de familia? Nó, éste es el caso del art. 692, y siendo discontinua la servidumbre, no se establece sino por destino. ¿Qué más se necesita para que haya lugar á aplicar el art. 694? Se necesita, dice la ley, que “el propietario disponga de una de las heredades sin que el contrato contenga ninguna convención relativa á la servidumbre.” ¿Qué se entiende aquí por *contrato*? Ateniéndose á los principios generales, debe contestarse que hay contrato desde el momento en que hay concurso de consentimiento. Bajo este concepto existe también un contrato en el caso del art. 692. En efecto, ¿cómo se opera la división? Pothier lo dice, por enagenación ó por partición; en uno y otro caso hay contrato, por el hecho solo de haber consentimiento entre las partes interesadas. Para que haya una diferencia entre los arts. 692 y 694, se necesita, pues,

exigir algo más en el caso del art. 694: y es una acta en que consta el convenio, y ésta no debe contener ninguna cláusula relativa á la servidumbre. Así es, en verdad, como en la opinión común se entiende el art. 694. Hé aquí, pues, en definitiva, la diferencia entre el art. 694 y el 692. El propietario de dos predios entre los cuales existe un signo aparente de servidumbre de paso vende uno de los predios, y no se levanta acta ninguna: éste es el caso del art. 692, y no había servidumbre. Mas si se formula un escrito y si se guarda silencio acerca de la servidumbre, habrá servidumbre de paso. La jurisprudencia se halla en este sentido (1).

Y ahora lo preguntamos: ¿en dónde está la razón de la diferencia? Desde luego dejamos establecido que la opinión general, que pretende apoyarse en el texto, se sale de los límites de éste: la ley habla de un contrato, los intérpretes añaden que el contrato debe constar por *escrito*, y que debe producirse este escrito, á fin de que pruebe que guarda silencio acerca de la servidumbre. Así, pues, á la vez que apoyándose en el texto, está uno obligado á añadir algo al texto, á fin de encontrar una diferencia entre los dos casos de destino. ¿Existe al menos una razón de la diferencia que se crea de una manera tan arbitraria? Recordemos por qué el art. 692 exige que la servidumbre sea continua para que se establezca por destino. La razón es que no se puede suponer que haya voluntad tácita de constituir una servidumbre, cuando se trata de una servidumbre discontinua, tal como un derecho de paso. Y bien, ¿puede suponerse más esta voluntad cuando las partes redactan un escrito de la venta, y cuando el escrito hace punto omiso de la servidumbre? ¿Acaso el silencio del escrito resuelve la duda que deja la voluntad tácita de las partes interesadas? Tal es la cuestión, reducida á sus

1 Burdeos, 13 de Marzo de 1856 (Daloz, 1856, 2, 207).

términos más sencillos. Y en verdad que basta plantearla para resolverla. Yo vendo uno de los predios entre los cuales existe un signo aparente de paso, y nada se dice de este paso al efectuarse la venta, y ninguna acta se levanta: nuestra voluntad de constituir una servidumbre es incierta, y por tanto no habrá ninguna servidumbre. Si dentro de la misma hipótesis, redactamos una acta en donde nada se dice de la servidumbre, ésta existirá: ¿acaso será más cierta nuestra voluntad de constituir la servidumbre? ¡Cosa singular! Los partidarios de la opinión que estamos combatiendo no han reflexionado que las hipótesis de los artículos 692 y 694 se confunden cuando se interpreta el artículo 694 como ellos lo hacen. En efecto, en el caso del art. 692, hay también silencio de las partes interesadas, supuesto que hay consentimiento tácito. ¿Qué importa que este silencio se pruebe ó nó por un escrito? ¿La prueba del silencio presta alguna fuerza al silencio y hace desaparecer la duda que existe sobre la intención de crear una servidumbre? Si se acepta que, en el caso del art. 694, la servidumbre de paso se establece por el hecho solo de que el acta haga punto omiso de la servidumbre, en realidad se halla uno dentro de la hipótesis prevista por el art. 692, y se viene á parar, en consecuencia, á una verdadera contradicción; la cual es que una servidumbre discontinua se establece por destino, cuando en la escritura de enagenación, las partes han guardado silencio acerca de la servidumbre; siendo así que ella no establece por destino cuando, sin levantar acta, las partes han guardado igualmente silencio. ¡En definitiva una sola y misma servidumbre de paso, en las mismas circunstancias se establece ó nó por destino, sin que haya un asomo de razón para explicar esta diferencia!

186. Como la opinión que acabamos de combatir tiene á su favor una jurisprudencia constante, estamos obligados

á seguirla en sus aplicaciones, y en ella encontramos nuevas inconsecuencias y nuevas contradicciones. Para que haya lugar á aplicar el art. 694, se necesita desde luego que exista un "signo aparente de servidumbre" entre dos heredades. ¿Qué debe entenderse por "signo aparente de servidumbre?" Los autores y las sentencias contestan que el signo debe ser tal, que no quede duda alguna acerca de la existencia de la servidumbre (1), ó por mejor decir, del servicio que, según la intención del padre de familia, uno de los predios presta al otro y que, en la intención de las partes contrayentes, debe continuar prestándole á título de servidumbre. En la opinión general, se adhieren estrictamente á esta primera condición de un *signo aparente*, puesto que es la condición esencial, y á decir verdad, la única que se exija. Se ha fallado que un signo aparente de paso no era suficiente, cuando se probaba que el propietario no había tenido la intención de crear entre los diversos predios una relación permanente de servicio predial, y que aquél no estableció el paso sino para procurarse personalmente ciertas facilidades en el cultivo (2). Esta interpretación restringe el texto del art 694: la ley exige únicamente la existencia de un signo aparente de servidumbre, es decir, de un servicio prestado por un predio al otro predio. Una interpretación que no tiene más apoyo que el texto no debería apartarse de éste.

Se necesita también que el signo aparente tenga un carácter inequívoco de perpetuidad (3). Esto parece decir que el signo debe consistir en una obra de arte ejecutada por mano del hombre; sin embargo, no se llega hasta este

1 Bourges, 10 de Agosto de 1831 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1026). Demolombe, t. 12, p. 348, núm. 823.

2 Sentencia de denegada apelación, de la corte de casación de Bélgica, de 30 de Diciembre de 1865 ("Pasiorisia," 1866, 1, 358).

3 Nanoy, 9 de Enero de 1840 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1031).

punto, porque la ley no lo exige (1). De todas maneras debe haber un signo exterior que indique la existencia de una servidumbre. Se ha decidido que los *carriles* ó *rodadas* no constituían un signo aparente de una servidumbre de paso; los carriles prueban únicamente que el propietario ha pasado, pero no ha destinado uno de los predios para que sirva de paso (2). Aun habiendo un camino que sirva de paso es decir, un signo aparente de servidumbre ha sucedido que no se ha admitido el establecimiento de una servidumbre de paso por destino. Se constituye una necesidad para el establecimiento de docks; uno de los socios vende á la sociedad unos terrenos destinados á construir docks; en los terrenos conservados por el vendedor, existían vías de comunicación que venían á parar en los muebles y en las conchas del fondeadero. Las escrituras nada decían de estas vías; luego se estaba dentro de los términos del art. 694, tal como la jurisprudencia lo interpreta. No obstante esto, la corte de París resolvió que no había servidumbre, porque tal no había podido ser la intención de las partes contrayentes (3). Esto es introducir una nueva condición que el texto ignora. La jurisprudencia retrocede ante sus propios principios; invoca el texto y lo restringe. Realmente hay riesgo en admitir que una servidumbre discontinua se establezca por el hecho solo de que un signo aparente la anuncie y que el título calle. Para desviar el riesgo, la jurisprudencia restringe la ley; hay un medio más seguro y mas jurídico de prevenirlo, y es ceñirse al art. 692.

1 Bourges, 13 de Diciembre de 1825 (Daloz, *Servidumbre*, número 1028).

2 Bourges, 24 de Noviembre de 1830 (Daloz, *Servidumbre*, número 1029). Bruselas 6 de Enero de 1855 (*Pasicrisia*, 1856. 2, 327).

3 París, 17 de Agosto de 1865, confirmada por una sentencia de denegada apelación, de 10 de Diciembre de 1866 (Daloz, 1867, 1, 498).

La aplicación del art. 694 casi se vuelve una cuestión de circunstancias, lo que ciertamente no está en el texto ni en el espíritu de la ley. ¿Un dique es un signo aparente? La corte de casación ha resuelto la afirmativa, pero invocando las circunstancias de la causa (1). El código ignora estas restricciones y estas reservas. Y es que el código no prevee el caso del establecimiento de una servidumbre nueva, no hace más que mantener una servidumbre que ha existido y que se ha continuado practicando; y se concibe que el legislador se muestre más fácil para el mantenimiento de una antigua servidumbre que para el establecimiento de otra nueva.

No es necesario decir que si se establece un servicio entre dos predios para comodidad personal del propietario, y no para utilidad del predio, ya no puede tratarse de destino del padre de familia. Esto no es más que la aplicación del derecho común (2).

187. El art. 694 establece una segunda condición: se necesita que el contrato no contenga ningún convenio relativo á la servidumbre (3). De aquí la necesidad de producir el contrato, es decir la escritura, á fin de comprobar que no contiene ninguna estipulación sobre la servidumbre litigiosa. Muy á menudo pasa que las escrituras contienen una cláusula general que dice haberse vendido el predio con sus servidumbres activas y pasivas, cosa perfectamente inútil, supuesto que es de derecho. Se pregunta si una cláusula de ese género pondría obstáculo á la aplicación del art. 694. Hay un motivo para dudar, y es que habiéndose ocupado las partes de las servidumbres existentes, habrían manifestado también su voluntad

1 Sentencia de denegada apelación, de 2 de Noviembre de 1854 (Daloz, 1854, 1, 272).

2 Gante 25 de Junio de 1864 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 359). Duranton, t. 5º, p. 581, núm. 572. Demolombe, t. 12, p. 347, núm. 822.

3 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Diciembre de 1866 (Daloz, 1867, 1, 498); Demolombe, t. 12, p. 439, núm. 825.

de establecer una servidumbre nueva, si tal hubiese sido su intento; ya no hay silencio del título, luego tampoco servidumbre; habiendo hablado el título, ya no es posible prevalerse de la voluntad tácita de las partes. La corte de casación no ha admitido esta interpretación, porque, en efecto, es contraria al texto del art. 694; éste no previene el caso de una cláusula general y sin ningún alcance, supone que no hay convenio relativo á la "servidumbre," es decir, la servidumbre que se anuncia por un signo aparente (1). Hay que agregar que las cláusulas generales no son, á decir verdad, un convenio de las partes contrayentes: son una fórmula de estilo.

188. ¿No se necesita una tercera condición? El artículo 694 dice: "si el propietario de dos heredades entre las cuales existe un signo aparente de servidumbre." Esto no supone dos heredades distintas, de las cuales una esté afectada al servicio de la otra. ¿Puede extenderse la disposición al caso en que el propietario establece un servicio entre dos partes de una sola y misma heredad? La jurisprudencia y la doctrina se pronuncian por la interpretación extensiva. Aquí hay una contradicción y una inconsecuencia evidentes en el sistema adoptado generalmente (2). Se conviene en que el art. 694 es una excepción á la regla establecida por el art. 692; ¿y toda excepción acaso no es de estricta interpretación? ¿y no se necesita, sobre todo, aplicar esta máxima cuando se trata de la libertad de las heredades? Tal es ciertamente el espíritu de la jurisprudencia cuando interpreta el "signo aparente" cuya

1 Sentencia de denegada apelación, de 2 de Febrero de 1825 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 1034).

2 Véanse las sentencias en Dalloz, *Servidumbre*, núm. 1037. Y sentencia de París de 15 de Mayo de 1862, confirmada por una sentencia de denegada apelación de 7 de Abril de 1863 (Dalloz, 1862, 2, 111 y 1863, 1, 415). Hay una sentencia en sentido contrario de la corte de casación de 10 de Mayo de 1825 (Dalloz, "*Servidumbre*," núm. 1036). Compárese Demolombe, t. 12, p. 350, núm. 826,

existencia exige la ley; ¿por qué se desvía de él cuando el texto dice formalmente que se necesitan dos heredades? Es porque al exigir dos heredades, como pide el texto, se habría venido á parar en otro absurdo. El art. 692 habla también de "dos predios;" no obstante, todos aceptan que basta que una parte de un predio sirva al otro para que haya destino del padre de familia. ¿Hay una razón para que sea de otra manera en el caso del art. 694? Ciertamente que nó. Este es un verdadero conflicto de principios. En la opinión de Albisson, el conflicto no existe, y el texto se aplica con toda naturalidad. Puesto que se supone que la servidumbre ha preexistido á la reunión de los dos fundos en las mismas manos, déjase entender que son necesarias dos heredades en esta opinión todo se explica, todo se sigue y se encadena, mientras que en la opinión se va de contradicción en contradicción.

189. La misma dificultad se presenta en una cuestión acerca de la cual está dividida la jurisprudencia. Según los terminos del art. 694, la servidumbre continúa existiendo cuando el propietario *dispone* de una de las heredades entre las cuales existe un signo aparente de servidumbre. La palabra *disponer* implica una enagenación; se aplica sea á una donación ó á una venta, porque también el donador *dispone* (1); poco importa también que la venta sea judicial ó voluntaria. Porque el deudor embargado es el que vende. Acerca de estos puntos no podría haber duda seria (2). ¿Pero qué debe resolverse en caso de Partición? Las cortes de Tolosa y de Metz han fallado, por sentencias muy bien motivadas, que no había lugar á aplicar el art. 694. Claro es que el texto no es aplicable, porque

1 Sentencia de casación de 17 de Noviembre de 1847 (Daloz, 1847, 1, 376).

2 Sentencia de casación de 30 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1854, 1, 17).

el propietario cuyos bienes se dividen después de su muerte no *dispone* de la heredad, como quiere el art. 694. La cuestión está, pues, en saber si se puede extender la ley á un caso que ella no prevee. Acabamos de decir que una disposición esencialmente excepcional no recibe interpretación extensiva. Esto es lo que establece hasta la evidencia la corte de Metz (1). ¿Qué contesta la corte de casación? La razón para decidir es la misma, dice ella; en efecto, estando fundada la disposición del art. 694 en una presunción de consentimiento sacada del silencio de las partes, esta presunción se aplica tanto á la partición como á la enagenación á título oneroso ó gratuito (2). Admitamos que esto sea así, por más que otras cortes lo pongan en duda: ¿en dónde está la excepción que no se podría extender, si se razonara por analogía? Sin embargo, la corte de casación ha juzgado en mil ocasiones que las excepciones no se entienden aun cuando haya el mismo motivo para decidir. En el caso presente hay una razón perentoria para mantener esta regla de interpretación. La jurisprudencia interpreta restrictivamente la condición del *signo aparente* exigida por el art. 694; ¿se concibe que ella interprete extensivamente la palabra “disponer” de que se sirve la ley? Así es que unas veces extiende el texto y otras lo restringe: prueba de que no se funda en ningún principio cierto.

Hay una sentencia de la corte de casación que ha ido más adelante en la vía de la interpretación extensiva. Un padre hace donación de la cuarta parte de sus bienes á su hijo, en el contrato de matrimonio de éste; en seguida un

1 Metz, 3 de Junio de 1858 (Daloz, 1859, 2, 16). Tolosa, 11 de Agosto de 1854 (Daloz, 1856, 2, 119)

2 París, 15 de Mayo de 1862, confirmada por sentencia de denegada apelación, de 7 de Abril de 1863 (Daloz, 1862, 2, 111; 1863, 1, 415). Denegación de 27 de Marzo de 1866, (Daloz, 1866, 1, 339).

acto de partición celebrado entre el donador y el donatario atribuye al hijo la mitad de una porción de terreno, para satisfacerle la parte alícuota que presedentemente se le había dado. Se mantuvo esta atribución después de la muerte del padre, por la escritura de partición de su sucesión. ¿Había en éstos diversos actos una *disposición* tal como la exige el art. 694? La corte de Tolosa juzgó negativamente; pero su sentencia fué casada. No deben aislarse estos diversos actos, dice la corte de casacion, porque forman un todo; ahora bien, resulta de las escrituras de partición, combinadas con la de donación, que el padre ha dispuesto en favor de su hijo de los bienes definitivamente asignados á éste (1). Nosotros preferiríamos el parecer de la corte de Tolosa. La donación no podia invocarse, porque era para el porvenir, y tal donación no es un acto de disposición. Quedaban las particiones. La primera de éstas celebrada entre el donador y el donatario no hacia más que una sola con la segunda formada por los herederos. Ahora bien, una *partición* hecha entre herederos no es un acto de *disposición*, ni siquiera lo es, á todas luces, cuando es una partición de ascendiente. Esto decide la cuestión bajo el punto de vista de la interpretación estricta. Así, pues, la corte ha adoptado otra vez una interpretación extensiva, y esto se halla en oposición con los principios, en oposición con la jurisprudencia relativa al art. 694.

Núm. 4. Efecto del destino.

190. El art. 692 dice que el destino del padre de familia equivale á título. En realidad, se hace por un concurso de consentimiento, tanto como el título oneroso ó gratuito; no hay más que esta diferencia, que en el destino el

1 Sentencia de casación de 17 de Noviembre de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 376).

consentimiento de las partes interesadas es tácito, mientras que el título supone un convenio expreso. De aquí resulta una diferencia en cuanto á los efectos de la servidumbre. Cuando se establece por título, no tiene efecto respecto á terceros sino cuando la escritura constitutiva de la servidumbre se ha registrado (núm. 155). No se requiere el registro cuando la servidumbre se establece por destino. No se podría exigir el registro sino obligando á las partes á levantar acta de su consentimiento tácito, pero entonces el consentimiento se volvería expreso, es decir, que el destino se convertiría en un título; lo que vendría á dar por resultado el suprimir el destino, tal como el código lo organiza (1).

191 Las servidumbres tienen á menudo mucha analogía con la propiedad, sea exclusiva, sea común, como lo hemos dicho al exponer los principios generales concernientes á las servidumbres. Pero los principios sobre la adquisición de la propiedad difieren de los que rigen la adquisición de las servidumbres. Puede haber co-propiedad de un patio ó de una calle que sirve de paso; esta co-propiedad se establece por concurso de consentimiento tácito ó expreso, y se prueba con testigos bajo las condiciones prescritas por el código. Mientras que la servidumbre de paso no puede establecerse sino por un convenio expreso, porque el consentimiento tácito ó el destino del padre de familia no se admiten respecto á las servidumbres discontinuas. A los tribunales corresponde apreciar, conforme á los hechos y á las circunstancias de la causa, lo que las partes han querido. Remitimos al lector á lo que hemos dicho en otro lugar (t. VII, núms. 165 y siguientes). Hay sentencias que dan el nombre de destino del padre de familia al establecimiento de una co-propiedad,

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 88, y nota 12. En sentido contrario, Mourlon, "De la transcripción," t. 1º, núms. 115 y 116.

cuando resulta de las disposiciones tomadas por el padre de familia y mantenidas por sus herederos. El nombre es impropio y propio para hacer caer en error.

Esto es confundir la propiedad con la servidumbre, que no es más que un desmembramiento de aquélla. Así se lee en una sentencia, que los derechos de los comunistas en un patio separativo de heredades divididas, y que ha seguido siendo común entre los co-participes, en virtud de lo que la corte llama destinos del poder de familia, son derechos que participan á la vez de los atributos de la propiedad y de los derechos de servidumbre. Tratábase de saber si el uso del patio común podía extenderse á otras heredades adquiridas por uno de los comunistas. La corte de Poitiers resolvió la cuestión negativamente (1); no pretendemos criticar de hecho la decisión, pero está mal motivada. Los principios que más adelante expon-dremos acerca de los derechos del propietario del predio dominante, no pueden invocarse cuando se trata de comunidad; hay en esto dos órdenes de ideas muy distintas. Sin duda que la co-propiedad de un patio no da derechos ilimitados á los comunistas, pues el límite de sus derechos resulta no de los principios que rigen las servidumbres, porque no hay servidumbre, sino de la intención de las partes contrayentes, y ésta únicamente es la que determina sus derechos.

§ III.—PRESCRIPCION.

Núm. 1. Principios generales.

192. Según los términos del art. 690, las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por la posesión de treinta años. El art. 691 agrega que las servidumbres con-

1 Poitiers, 16 de Febrero de 1853 (Daloz, 1854, 2, 73). Compárese sentencia de denegada apelación, de 8 de Diciembre de 1824 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1047).

tinuas no aparentes y las servidumbres discontinuas aparentes ó nó, no pueden constituirse sino por títulos; la posesión, aun la inmemorial, no es suficiente para establecerlas. ¿Por qué el código admite la prescripción como modo de adquisición de las servidumbres? ¿por qué no la admite sino para ciertas servidumbres? ¿cuál es la prescripción por la que pueden adquirirse las servidumbres continuas y aparentes?

El art. 2219 dice que la prescripción es un medio de adquirir por cierto lapso de tiempo, y con las condiciones determinadas por la ley. En general, todos los derechos que están en el comercio pueden adquirirse por la prescripción (art. 2226). Este principio recibe, sin embargo, una restricción en materia de servidumbre. En el antiguo derecho la excepción era mucho más extensa. La costumbre de París, que es la fuente de nuestro título, decía (artículo 186): “El derecho de servidumbre no se adquiere por una larga posesión, sea la que fuere, aun cuando se haya disfrutado cien años.” ¿Por qué la costumbre prohibía la prescripción? Dumoulin contesta que “para obviar las grandes empresas que se hacían so capa de tolerancia, por causa de amistad ó de familiaridad, de que se abusaba” (1). La prohibición pronunciada por la costumbre de París y por otras muchas costumbres se excedía del motivo por el cual se establece. No todas las servidumbres se fundan en la tolerancia y la familiaridad; esto es cierto de las servidumbres discontinuas tales como los derechos de paso y de toma de agua; esto no es cierto respecto de las servidumbres mucho más embarazosas de vista ó de acueducto. Los autores del código han tenido en cuenta las razones que habían hecho prohibir la prescripción en los países de derecho consuetudinario, manteniendo la

1 Ferrière, “Comentario sobre la costumbre de París,” t. 2º, página 1519.

prohibición para las servidumbres discontinuas y no aparentes. Pero el motivo dado por Dumoulin no se aplica á todas las servidumbres continuas y aparentes á la vez. Luego era preciso mantener para estas servidumbres el derecho común, que admite la prescripción como medio de adquisición de la propiedad (art. 711). A fin de evitar el riesgo de un derecho fundado en la tolerancia, el código exige el período más largo que se requiere para la prescripción de los derechos inmobiliarios, es decir, una posesión de treinta años. Actos cotidianos y patentes, dice Berlier, ejercidos por tan largo tiempo sin ninguna reclamación, tienen un carácter propio para que se presuma el consentimiento del propietario vecino; el mismo título ha podido perderse, pero la posesión permanece y sus efectos no podrían eludirse sin injusticia" (1).

193. En el antiguo derecho, se había admitido, por la autoridad de Dumoulin, que la posesión inmemorial equivalía á un título: es un título, decía el oráculo del derecho consuetudinario, y no una prescripción (2) Engañábase el gran jurisconsulto. Si, como dice Pothier (3), la posesión de una servidumbre discontinua se presume precaria ¿el tiempo, aun cuando fueren cien años y más, puede borrar este vicio? Si la posesión de treinta años es viciosa, la de más de treinta años lo será igualmente. Esta es observación de Berlier, y es decisiva contra la posesión, por prolongada que se suponga.

El código mantiene los derechos adquiridos: "Sin que, no obstante, dice el art. 691, se pueden atacar hoy las servidumbres de esta naturaleza (discontinuas ó no discontinuas) ya adquiridas por la posesión en los países en que se podían adquirir por la posesión inmemorial." Para que

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

2 Dumoulin, "Consil," XXVI, núms. 24 y 25. "Hujusmodi vero tempus habet vim constituti, nec dicitur præscriptu, sed titulus."

3 Pothier, "sobre la costumbre de Orleans," art. 226.

se pueda invocar el beneficio de esta disposición, hay que probar que, al publicarse el título de las *Servidumbres*, había posesión inmemorial; haciéndose esta prueba por medio de testigos, el lapso de tiempo la hace imposible. Algunas sentencias pronunciadas en 1833 y en 1834 han decidido que los testigos, para dar fe de una posesión inmemorial anterior á la publicación del código civil, debían tener cincuenta y cuatro años de edad al hacerse esta publicación (1804): ¿en dónde encontrar, en 1872, testigos de esta edad? (1).

194. ¿Se puede invocar la prescripción de diez á veinte años con título y buena fe? El que posee una heredad sin ser propietario, concede una servidumbre; la constitución no es válida; pero el propietario del predio en cuyo provecho se ha establecido disfruta de ella durante diez ó veinte años, él tiene título y buena fe. Estas condiciones serían suficientes para hacer que adquiriese la propiedad del predio, si lo hubiese comprado de aquél que le ha otorgado la servidumbre; ¿pero son suficientes también para la adquisición de la servidumbre? La cuestión es debatida; si ella pudiera decidirse conforme á los principios, haciendo abstracción de los textos, la solución no sería dudosa. El que adquiere de buena fe y por justo título un inmueble prescribe la propiedad de éste por diez ó veinte años (artículo 2265); ahora bien, la servidumbre es un inmueble (art. 526); ella puede adquirirse por prescripción trentenaria sin título, luego debería también admitir la usucapción con título y buena fe. En apoyo de esta opinión, se agrega que el motivo por el cual la ley admite la prescripción trentenaria tiene más fuerza aun cuando hay título y buena fe; Berlier dice que la posesión hace presumir un consentimiento y un título, lo que supone la buena fe del

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustais, t. 2º, p. 236, núm. 350. Demolombe, t. 12, p. 311, núm. 798.

que prescribe; ahora bien, la buena fe no se requiere para la prescripción trentenaria, mientras que sí es una condición esencial de la usucapión. Estas razones han hecho que se disminuya la adquisición de la propiedad. ¿No tienen la misma fuerza cuando se trata de la adquisición de las servidumbres?

Estos motivos han preocupado á excelentes ingenios (1). La jurisprudencia se ha pronunciado por la opinión contraria, y no vacilamos en afiliarnos á este parecer. Hay un argumento de texto que es decisivo. El art. 2264 dice: "Las reglas de la prescripción sobre otros objetos que los que se mencionan en el presente título, se explican en los títulos que les son propios." Esta disposición se halla en el Capítulo V, intitulado: *Del tiempo que se requiere para prescribir*. Este mismo capítulo es el que establece la usucapion al lado de la prescripción trentenaria. El art. 2264 supone, pues, que hay casos en que la ley admite una prescripción menos largo que la de treinta años, y casos en los cuales no hay lugar á la prescripción de diez ó veinte años. Pues bien, en el título de las *Servidumbres* se halla una disposición especial concerniente á la prescripción, y es el art. 690 que exige una posesión de treinta años para la adquisición de las servidumbres por prescripción. Los arts. 690 y 2264 combinados deciden la cuestión. Y á nosotros nos parece que el espíritu de la ley está en armonía con el texto. No se puede poner en duda que la posesión de las servidumbres sea menos caracterizada que la de la propiedad. El propietario que está en su terreno debe saber que un tercero prescribe un predio contra él; mientras que muy bien puede ignorar que un tercero ha practicado en su pared aberturas que constituyen el derecho de vista;

1 Duranton, t. 5º, p. 603, núm. 593. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 233, núm. 348, Troplong. "De la prescripción," t. 2º núm. 856.

se necesita habitar en el predio para distinguir la servidumbre de vista del derecho de luces; ahora bien, el tiempo requerido para prescribir tiene precisamente por objeto garantir los intereses de los que no habitan en sus propiedades contra la negligencia de los inquilinos ó de los arrendatarios, por lo que dicho tiempo debe ser más largo cuando se trata de una servidumbre que cuando se trata de la propiedad. Hé aquí por qué el art. 690 define y limita la especie de prescripción que hace adquirir las servidumbres, él no dice que las servidumbres se adquieren por la *prescripción*, sino que se obtienen por la *posesión* de treinta años. Esto nos parece decisivo (1).

Núm. 2. ¿Cuáles son las servidumbres que se adquieren por prescripción?

I. Principio.

195. Para que una servidumbre pueda adquirirse por la prescripción, se necesita que sea continua á la vez que aparente: lo que excluye la prescripción de las servidumbres discontinuas y no aparentes. El código lo dice formalmente agregando que tales servidumbres no pueden establecerse sino por título. ¿Cuáles son los motivos por los cuales la ley exige la doble condición de la apariencia y de la continuidad? La primera se explica por sí misma. En efecto, la prescripción adquisitiva tiene por base la posesión, y ésta debe reunir ciertos caracteres, y uno de los más esenciales es que sea pública. Ahora bien, la posesión de una servidumbre no aparente ciertamente que

1 Sentencia de casación de 10 de Diciembre de 1834 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1121). Bastia, 5 de Enero de 1847 (Daloz, 1847, 2, 3). Agen, 23 de Noviembre de 1857 (Daloz, 1858, 2, 21). Aubry y Rau, t. 3º, p. 77 y nota 1, y los autores que citan. Demolombe, t. 12, p. 285, núm. 781, y las autoridades que citan.

no tiene ese carácter de publicidad, sin el cual no podría haber prescripción. En cuanto á la condición de continuidad, no se relaciona con los caracteres que debe reunir la posesión, en virtud del art 2229. Es cierto que esta disposición exige que la posesión sea *continua*, y que hay autores que han creído que la ley prohibía la prescripción de las servidumbres *discontinuas*, porque su posesión no era continua (1). Esto es confundir la *continuidad* de la *posesión* y la *continuidad* de las *servidumbres*. La palabra es la misma, pero la idea es muy diferente. Se dice que la *servidumbre* es *continua* cuando puede ejercerse sin el hecho actual del hombre; y la *posesión* es *continua* cuando el poseedor hace los actos de goce que tolera la naturaleza de la cosa. La posesión de una servidumbre *discontinua*, tal como una servidumbre de paso, podría, pues, ser *continua*, y no obstante esto, la ley no admite que se adquiere por prescripción. Antes hemos dado la razón de esto, y es que los actos que constituyen el ejercicio de una servidumbre discontinua implican, por lo común, la tolerancia, y se ejercitan en razón de las relaciones de buena vecindad, sin que el que los hace y el que los tolera quieran dar á entender que atribuyen á dichos actos una idea de derecho ó de gravamen. Así es que puede decirse de esas servidumbres lo que en el antiguo derecho Pothier decía de todo género de servidumbres: se presume que su posesión es precaria, y una posesión precaria no puede fundar prescripción. La condición de continuidad, exigida por el art. 690, es, pues, una aplicación del art. 2232, por cuyos términos los actos de simple tolerancia no pueden fundar ni posesión ni prescripción (2)

196. Se ha pretendido que el art. 690 recibe una excep-

1 Duranton, t. 5º, p. 587, núm. 578, y otros autores citados por Demolombe, t. 12, p. 291, núm. 786.

2 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 235, núm. 549, y Demolombe, t. 12, núm. 786.

ción en el caso en que una servidumbre está constituida por título, pero éste emana de quien no es propietario del predio sobre el cual debe ejercerse la servidumbre. Esta opinión está en oposición con el texto y con el espíritu de la ley. El art. 691 dice que las servidumbres continuas no aparentes, y las servidumbres discontinuas aparentes ó no, “no pueden establecerse sino por títulos.” Esta disposición está concebida en términos restrictivos. Ella excluye para las servidumbres discontinuas ó no aparentes, cualquier manera de adquisición que no sea un título, luego la prescripción; y si la servidumbre pudiera establecerse por una posesión de treinta años, mediante título y buena fe, se fundaría en la prescripción. Luego este modo de establecimiento de las servidumbres discontinuas y no aparentes está rechazado por el texto formal de la ley. En vano se diría que, en este caso, el que reclama la servidumbre tiene un título, y que por consiguiente, está dentro de los términos del art. 691. ¿Qué es lo que el artículo 691 entiende por *título*? Esta disposición es una continuación del art. 690, según el cual las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por *título* ó por la posesión de treinta años. Claro es que la palabra *título* significa en el art. 690 un título verdadero, es decir, un título emanado del propietario del predio sirviente; luego esta palabra tiene la misma significación en el art. 691, el cual forma una sola cosa con el artículo que precede. El espíritu de la ley no deja duda alguna acerca de este punto. Al declarar en términos restrictivos que las servidumbres discontinuas ó no aparentes no se establecen sino por títulos, la ley da á entender que se excluye todo género de prescripción; ahora bien, la posesión de treinta años, por más que se apoye en un título emanado del no-propietario, es una prescripción y no un título. La ley no quiere la prescripción para las servidumbres discontinuas, y acabamos

de decir la razón. ¿Y acaso cesa esta razón cuando hay un título emanado del no-propietario? Así se pretende; la posesión es más precaria, se dice, supuesto que se apoya en un título. El argumento no es serio. ¿A quién se opone la prescripción? No es á aquél de quien emana el título, sino al verdadero propietario que ningún conocimiento tiene del título; á su respecto la posesión sigue siendo una posesión precaria, y por consiguiente, insuficiente para la prescripción (1).

La opinión contraria invoca el antiguo derecho (2). Este argumento tendría gran valor si el código hubiera consagrado los principios del derecho consuetudinario, cuando, al contrario, los ha desechado. Las costumbres decían: Ninguna servidumbre sin título. Admitían una excepción de esta prohibición, cuando la posesión se apoyaba en un título y en la buena fe. El texto de la costumbre de París autorizaba esta excepción, en el sentido de que se podía inferir por argumento *á contrario*. ¿Sucede lo mismo con el art. 691? El está concebido en los términos los más restrictivos; la redacción es tal, que excluye todo género de razonamiento *á contrario*, razonamiento que es siempre malo, á menos que esté en armonía con los principios, y en este caso, contrariaría los principios, puesto que vendría á dar por resultado admitir la prescripción cuando la ley exige un título.

196 *bis*. Se ha intentado, además, introducir una excepción al principio establecido por el art. 691 en el caso en que la servidumbre fuese ejercida durante treinta años después de opuesta contradicción á los derechos del propietario que se pretende estar gravado. Yo paso por el

1 Esta es la opinión generalmente adoptada. Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. 3º, p. 78, nota 2, y Demolombe, t. 13, p. 295, núm. 788.

2 Esta es la opinión de Muleville, "Análisis razonado," t. 2º, página 141, y de Toullier, t. 2º, ps. 289 y 292, núm. 629.

predio de mi vecino, saco agua de su fuente, y él hace oposición. Yo le manifiesto que tiene que abstenerse de todo impedimento semejante. Mi vecino se abstiene, en efecto, y durante treinta años yo ejerzo el derecho de paso ó de toma de agua sin ninguna oposición. Esta contradicción, se dice, á la que ha cedido el vecino, purga mi posesión del vicio de lo precario que le podía reprochar: ella la trastrueca, y resulta que la posesión se vuelve una posesión á título de propietario. El código admite, en efecto, que la posesión precaria puede trastrocarse, art. 2238, por la contradicción opuesta á aquél contra el cual se quiere prescribir. Pero esto supone que la prescripción es posible; y en el caso de que se trata no lo es, puesto que siendo discontinua la servidumbre no es susceptible de que se adquiera por la prescripción. El legislador habría podido tener en cuenta la contradicción, y declarar la servidumbre prescriptible en este caso; pero no lo ha hecho, y no corresponde al intérprete crear excepciones derogatorias de la ley, porque esto equivaldría á legislar (1). Habría que resolverlo así, aun cuando el que reclama la servidumbre apoyase su contradicción en un título emanado de un no propietario. Este título solo es suficiente, y acabamos de probarlo. La contradicción por si sola sería igualmente insuficiente, y todos así lo reconocen. ¿Qué importa, pues, que todo lo haya á la vez, título aparente y contradicción? Siempre se estaría fuera de la ley, que exige formalmente un título válido (2).

II. Aplicaciones.

197. Se han presentado muchas dificultades en la apli-

1 Pardessus, t. 2º, p. 85, núm. 276, y los autores citados por Dalloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 1133; por Demolombe, t. 12, p. 299, núm. 789, y por Aubry y Rau, t. 3º, p. 78, nota 3 y t. 2º, página 129, nota 32.

2 Véanse las autoridades citadas por Dalloz, *Servidumbre*, número 1134, y Aubry y Rau, t. 3º, p. 78, nota 4.

cación de estos principios; la mayor parte tienen solución fácil en las definiciones que el código da de las servidumbres continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes (1). No nos detendremos más que en las aplicaciones que ofrecen alguna duda. La servidumbre de paso es patentemente discontinua, y no puede adquirirse por la prescripción; sin embargo, ha dado lugar á un debate judicial. Una escritura de partición reservaba el derecho de paso recíproco para el servicio de los fundos en ella comprendidos, y agregaba, si es necesario. Uno de los co-partícipes ejerce el paso por una pradera, sin necesidad ninguna, porque á sus orillas corría un camino público, luego lo hacía por su sola comodidad. El invoca esta posesión, no para fundar en ella el establecimiento de la servidumbre por prescripción, sino para interpretar el título. La corte de Burdeos rechazó tal pretensión, porque tendía á trastocar las estipulaciones de la escritura más bien que á interpretarlas; en efecto, ella tenía por resultado crear, mediante la posesión, una servidumbre que rechazaba la escritura de partición (2).

El art. 688 coloca el derecho de toma de agua entre las servidumbres discontinuas. El ribereño de un estanque reclama un derecho sobre el agua del estanque, invocando para ello la prescripción. El, en efecto, había adquirido por la prescripción la propiedad de las orillas libres; ¿no podía decir que había adquirido al mismo tiempo el derecho de toma de agua? Nó, porque los dos derechos son de una naturaleza diferente: la propiedad se adquiere siempre por prescripción, mientras que las servidumbres discontinuas sólo por título se establecen. Recayó una sentencia de casación en este sentido (3).

1 Véanse los núms. 126 y siguientes.

2 Burdeos, 26 de Abril de 1830, (Daloz, "Servidumbre," número 1002, 3°).

3 Sentencia de casación de 28 de Abril de 1846 (Daloz, 1846, 1 206).

El código coloca también los derechos de pasturaje en el número de las servidumbres discontinuas; es decir, que una servidumbre de pasto no puede establecerse por prescripción. Existen varias sentencias en este sentido, lo que prueba que el hecho no siempre está de acuerdo con el derecho, pero el derecho es tan evidente que es inútil insistir (1).

198. Hay cuestiones más serias. La ley coloca los derrames entre las servidumbres continuas que pueden adquirirse por la posesión de treinta años. Esto no tiene duda respecto al derrame de las aguas pluviales, cuando se anuncia por medio de una obra exterior. ¿Sucede lo mismo con el agua de usos domésticos? La cuestión la hemos examinado en el núm. 132, y ella divide á los mejores ingenios. También remitimos al lector á lo que hemos dicho en el núm. 131, sobre la servidumbre que consiste en el derecho de hacer derramar el agua de un estanque sobre los predios inferiores; se ha fallado que esta servidumbre es continua, por más que no pueda emplearse sino levantando la compuerta que retiene el agua. Si además se manifiesta por obras aparentes, tales como acequias destinadas á facilitar el derrame del agua, ella es susceptible entonces de prescripción (2).

199. En los núms. 61 y 62 hemos expuesto los principios que rigen las luces y las vistas establecidas á título de servidumbre. Con mucha frecuencia es difícil distinguir las luces practicadas en virtud del derecho de propiedad, y que se llaman luces de sufrimiento ó de tolerancia, de las luces que, por no ser conformes con la ley, no pueden establecerse sino á título de servidumbre. Si el bastidor es de cristal fijo, es una luz de tolerancia. Si el

1 Chambéry, 23 de Enero de 1866 (Daloz, 1866, 2, 79). Sentencia de denegada apelación, de 27 de Mayo de 1868 (Daloz, 1869, 1, 399).

2 Sentencia de casación de 18 de Junio de 1851 (Daloz, 1851, 1, 296).

bastidor permite que se abra la ventana, entonces es una luz de servidumbre (1). Ya por esto se verá cuán importante era exigir la prescripción la más prolongada para el establecimiento de estas servidumbres, por sólo á la larga puede el vecino asegurarse si hay ó nó un bastidor con vidriera inmóvil.

Se establece un terrado en un predio el cual procura una servidumbre de vista sobre la heredad vecina; si el terrado subsiste treinta años ¿resultará de esto una servidumbre de vista? Se ha fallado la afirmativa, y con razón (2). En verdad que el art. 678 no prevee textualmente este caso, pero sí uno análogo, el de un balcón, y agrega, “y otros voladizos semejantes.” Así, pues, la ley no es restrictiva, y no hay razón para que lo sea. En otro caso, el que reclamaba el derecho de vista invocaba la posesión en que estaba hacía más de treinta años de una puerta plena, sin imposta, la cual daba luz á un aposento por una abertura. La corte de casación falló que esta servidumbre no es prescriptible; en efecto, ella es discontinua, puesto que todas las veces que se quiere usar la servidumbre para dar luz al aposento se necesita el hecho actual del hombre, que abra la puerta (3).

200. La servidumbre de voladizo presenta dificultades particulares. Existe esta servidumbre cuando el techo ó la cornisa se adelantan hacia el predio del vecino. Cuando tal proyección tiene por objeto verter las aguas pluviales sobre la heredad del vecino, la cosa no es dudosa: ésta es la servidumbre de *destilación*, que es continua por naturaleza, supuesto que se ejerce sin el hecho actual del hombre, y es aparente, porque se anuncia por el vuelo del

1 Nimes, 17 de Mayo de 1851 (Daloz, 1851, 2, 77).

2 París, 9 de Julio de 1853 (Daloz, 1854, 5, 704).

3 Sentencia de denegada apelación, 7 de Julio de 1852 (Daloz 1852, 1, 167).

techo ó por la cornisa que hace veces de canal (1). La cuestión es más delicada cuando la cornisa es un simple ornato arquitectónico. Ella subsiste treinta años. El vecino no puede pedir su destrucción, esto es claro, porque él ha sufrido esta invasión sobre su propiedad durante treinta años, tenía derecho para exigir que se hubiese destruido, y ha perdido este derecho por la prescripción. ¿Pero puede él construir en su predio ó dar más altura á su edificio, de modo que la cornisa quede conglobada en la obra de albañilería de su construcción? La corte de casación ha fallado la afirmativa por motivo de que el derecho de dejar subsistir la cornisa no quita al vecino el derecho de edificar ó de elevar su casa; que él no puede perder ese derecho sino por la servidumbre *altius non tollendi*; y como esta servidumbre es no aparente, no puede establecerse sino por título. En vano sería que el propietario de la heredad dominante opusiese su posesión trentenaria, porque sólo ha prescrito lo que él ha poseído, y él ha poseído la servidumbre de voladizo, pero no la servidumbre *altius non tollendi*, lo que parece decidir la cuestión (2).

Existen, sin embargo, algunos motivos para dudar que hacen que nos inclinemos hacia la opinión contraria. Sin duda que la servidumbre *altius non tollendi* es no aparente, y no puede adquirirse directamente por la prescripción. Así es que no pretendemos que en el presente caso el vecino esté gravado con la servidumbre de no edificar más alto; él puede edificar, pero respetando el voladizo; y es respetarlo el construir comprendiendo la cornisa dentro de la mampostería? Nó, porque la cornisa desaparece, era un ornato de arquitectura y cesa de serlo. Se opone la regla:

1 Gante, 17 de Noviembre de 1854 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 198).

2 Sentencia de casación, de 26 de Junio de 1867 (*Dalloz*, 1867, 1, 254).

“*tantum praescriptum quantum possessum.*” Nosotros, á nuestra vez, la invocamos. Yo he poseído un ornato arquitectónico, tengo el derecho de conservarlo después de treinta años de posesión. Tú eres libre para edificar, pero lo harás de modo que dejes subsistir mi cornisa como tal. Hay en favor de esta opinión un argumento de analogía que es de mucho peso. El que practica ventanas de aspecto en una pared no posee más que una servidumbre de vista; sin embargo, después de treinta años el vecino ya no puede edificar de manera que perjudique las vistas del propietario de la heredad dominante; luego, en este concepto, está gravado con la servidumbre de no edificar, por más que esta servidumbre sea no aparente. Así lo ha decidido la jurisprudencia constante de la corte de casación (núm. 66). ¿Por qué no puede él edificar? Precisamente porque el propietario de la casa tiene el derecho de conservar lo que ha poseído; y ¿sería conservar unas ventanas de aspecto si el vecino tuviese el derecho de obstruirlas con sus construcciones? Puede hacerse un razonamiento idéntico en favor del propietario que ha poseído una cornisa, él también tiene el derecho de conservarla después de una posesión trentenaria, y ¿la conservaría si desapareciese en una mampostería?

Se hace una objeción muy especiosa. Si, dicen, la cornisa se hallare sobre la línea separativa de las dos heredades, sin invadir en nada el predio del vecino, éste podría edificar y apoyar sus construcciones contra la cornisa. Y si en lugar de hacer la cornisa en su predio, el propietario de la casa la hace en voladizo hacia la heredad del vecino ¿puede éste cambiar en algo su derecho? En ambos casos, hay una casa con cornisa; en los dos, el vecino puede edificar, y si puede apoyar su construcción sobre la cornisa cuando ésta se halla en el predio del propietario, debe tener el mismo derecho cuando ella se encuentra en su

propio predio (1). La respuesta es muy sencilla y juzgamos que perentoria. Cuando el propietario hace la cornisa dentro de los límites de su predio, usa de su derecho de propiedad, pero no adquiere con esto ningún derecho en el predio del vecino; luego éste puede, en virtud de su derecho absoluto de propiedad, edificar y apoyar su construcción contra la pared de la casa, que haya ó nó cornisa. Cuando al contrario, la cornisa está en saliente hacia la heredad del vecino, de esto resulta una servidumbre á cargo de éste, ya no tiene libertad para construir como le plazca, su derecho de propiedad está restringido por la servidumbre de voladizo que grava su predio, y esta servidumbre le impide edificar de manera que haga daño á la cornisa.

III. Prescripción de los derechos de propiedad análogos á la servidumbre.

201. La servidumbre tiene á veces grande analogía con la propiedad ó la co-propiedad; importa, sin embargo, distinguirlas bien, sobre todo, bajo el punto de vista de la prescripción. Al exponer los principios generales sobre las servidumbres, hemos establecido los caracteres que distinguen la propiedad de la servidumbre; sólo nos queda dar algunas aplicaciones de los principios que hemos dejado establecidos.

Acabamos de decir que el derecho de pasto es una servidumbre discontinua, que no puede adquirirse por la prescripción. Sin embargo, la corte de casación ha mantenido un derecho de pacto fundado en una larga posesión (2). Y es que este derecho puede ser ó el ejercicio de

1 Véase la nota del autor de la "Recopilación periódica de Dalloz, 1867, 1, 254.

2 Sentencia de denegada apelación, de 6 de Enero de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 18).

una copropiedad ó el ejercicio de una servidumbre; en el último caso, no puede tratarse de prescripción mientras que nada impide que se adquiriera por la prescripción, un derecho de co-propiedad en un terreno que sirve de pasto. Grande será la dificultad para distinguir los actos de posesión que manifiestan el derecho de propiedad de los actos que simplemente anuncian una servidumbre; pero una vez comprobados los hechos, el derecho es claro é incontestable.

Los caminos de servicio dan á menudo margen á debates del mismo género. Esto puede ser una servidumbre de paso, pero el paso puede también ejercerse á título de propiedad. En el último caso, será admisible la prescripción, y por consiguiente, la prueba testimonial que sirve para establecer la posesión; mientras que la servidumbre de paso no se adquiere por la prescripción; se necesita un título, y las más de las veces no hay ninguno concerniente á los caminos de explotación. Respecto á las dificultades que originan la prueba, remitimos al lector á lo que dijimos en el tomo VII de nuestros *Principios* (núms. 166-168). Cuando está establecida la naturaleza del derecho, la cuestión de saber si hay lugar á la prescripción está por eso mismo resuelta, y lo está por el art. 691 (1).

Núm. 3. Condiciones de la prescripción.

I. Derecho común.

202. Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por prescripción. ¿Cuáles son las condiciones de esta prescripción? Esta es una prescripción adquisitiva, la cual se funda en la posesión. El art. 690 lo dice: se necesita

1 Sentencias de denegada apelación de 2 de Julio de 1840 y de 10 de Enero de 1842 (Dalloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 1107, 1º y 2º).

una posesión de treinta años. En el título de las *Servidumbres*, nada se dice de los caracteres que debe reunir la posesión para que pueda servir de base á la prescripción: el legislador, por esto mismo, se atiene á los principios generales, que exponremos en el título de la *Prescripción*. Por de pronto, no nos detendremos sino en algunos puntos que conciernen particularmente á las servidumbres.

A la posesión de las servidumbres se le llama una *cuasi-posesión*, lo que implica que no es la posesión ordinaria. El art. 2228, que define la posesión, distingue, en efecto, entre la posesión de una cosa y la posesión de un derecho. Cuando se trata de una cosa, el poseedor la *retiene*; cuando se trata de un derecho, el poseedor lo *disfruta*. Por lo demás el *goce* debe tener los mismos caracteres que la retención; porque el art. 2229, que enumera los requisitos para que la posesión pueda servir á la prescripción, no hace ninguna distinción entre la retención de una cosa y el goce de un derecho.

203. La posesión debe durar treinta años. Importa, pues, fijar el momento en que comienza. Se puede contestar que comienza con el goce. Pero esta respuesta no resuelve la dificultad. ¿Cuál es el momento preciso en que el propietario del predio dominante comienza á disfrutar de su derecho? La servidumbre es aparente. Ahora bien, según los términos del art. 689, las servidumbres son aparentes cuando se anuncian con obras exteriores, tales como una puerta, una ventana, un acueducto. Luego antes que todo es preciso que dicha obra esté terminada. Únicamente cuando haya una ventana de aspecto, será cuando sea cuestión de gozar la servidumbre de vista; pero también desde el momento en que queda construida la ventana, el goce del derecho comienza, supuesto que la servidumbre es continua, es decir, que se ejerce sin que haya necesidad del hecho actual del hombre (art. 688).

En esto la cuasi-posesión difiere mucho de la posesión de las cosas. Esta exige siempre el hecho del hombre para ejercerse, y se necesitan actos continuos para que la posesión sea útil á la prescripción. Mientras que para la cuasi-posesión de las servidumbres, basta que intervenga el hecho del hombre en el momento en que se construyen las obras necesarias; después de esto, la servidumbre se ejerce por sí misma, puesto que se trata de una servidumbre continua (1).

204. Así, pues, las obras que anuncian la servidumbre hacen un papel esencial en la prescripción. Se pregunta si los trabajos deben hacerse en el predio sirviente. Cuando se trata de las obras que el propietario inferior debe hacer, según el art. 643, para adquirir por la prescripción un derecho al derrame de las aguas, la jurisprudencia exige que los trabajos se ejecuten en el predio sirviente; y se ha querido hacer de esta condición una regla general. A decir verdad, el art. 643 no la prescribe y ningún texto del código la establece. Y aun hay ciertas servidumbres para las cuales las obras casi siempre se emprenden en el predio dominante: tal es la servidumbre de vista cuando la ventana que la anuncia está practicada en una pared que es propiedad exclusiva del predio dominante. Esto no tiene la menor duda (2).

Una cuestión más dudosa, al menos en teoría, es la de saber si los trabajos debe hacerlos el propietario del predio dominante. La resuelven negativamente (3); poco importa, se dice, que las obras hayan sido construidas por el propietario ó por un poseedor, ó un usufructuario, y aun por un inquilino ó un arrendatario. Trátase de un hecho material de posesión, y la posesión se ejerce útilmente en

1 Toullier, t. 2º, p. 294, núms. 634 y 636.

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 79 y nota 11, y los autores que ellos citan.

3 Pardessus, t. 2º, p. 90, núm. 277.

lugar del propietario por todos los que retienen el predio. El art. 2228 lo dice al definir la cuasi-posesión: “el goce de un derecho que ejercemos por nosotros mismos ó por otro que lo ejerce á nuestro nombre.” Claro es que la posesión la puede ejercer un simple detentor del predio. ¿Pero realmente es cierto que la construcción de las obras sea un acto de goce del derecho? A nosotros nos parece que la pregunta implica un absurdo: ¿se puede gozar de un derecho de vista antes de que haya vista, es decir, una ventana de aspecto? Los trabajos preceden necesariamente al goce, por lo que el art. 2228 es inaplicable, y la cuestión debe resolverse por los principios, supuesto que no hay texto.

Antes hemos dicho, y todos están de acuerdo sobre el principio, que el propietario del predio es el único que puede adquirir una servidumbre para el predio, porque él solo tiene derecho de hablar á nombre del predio. Síguese de aquí que él solo tiene el derecho de obrar á nombre del predio. Luego él debe hacer los trabajos que tienen por objeto adquirir un derecho al predio. Se objeta que al poseer no se contrata, que la posesión es un hecho material y que el derecho se adquiere en virtud de este hecho material. ¿No es esto detenerse en la corteza de la prescripción? La prescripción no es un hecho puramente físico. Berlier, el orador del gobierno, lo dice en la Exposición de motivos (1): la adquisición de las servidumbres por una larga posesión implica, sea la existencia de un título que ha podido perderse, sea el consentimiento del propietario contra el cual se prescribe, así como del propietario que adquiere un derecho por la prescripción. No concebimos que un hecho material, sin intervención de la voluntad, engendre un derecho. ¿En dónde estará la razón de la diferencia entre el título y la prescripción? ¿Por

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

qué se necesita el consentimiento del propietario del predio sirviente cuando una servidumbre se adquiere por título? ¿y por qué este consentimiento no sería ya necesario cuando esta misma servidumbre se establece por prescripción? Se contestará que un inquilino, por más que no pueda estipular una servidumbre, puede, no obstante, poseerla, y que esta posesión engendra la servidumbre; **ahora bien**, si él puede poseer útilmente por el propietario del predio, ¿por qué no había de poder construir las obras necesarias para el ejercicio de la servidumbre? En materia de servidumbre, la respuesta es fácil. El fundo es el que adquiere el derecho; el detentor debe, pues, ser el órgano del fundo, y no existe más representante del fundo que el propietario. Es verdad que el inquilino posee á nombre del arrendador, pero cuando los trabajos se ejecutan, no se trata todavía de poseer, luego el inquilino carece de derecho. Una vez ejecutadas las obras, empieza la posesión y el inquilino podrá disfrutar á nombre del dueño. Por mejor decir, el fundo es el que disfruta y posee, porque en general, no se requieren los actos del inquilino y del poseedor para el ejercicio de una servidumbre continua.

La opinión contraria se enseña universalmente. Se ha inferido que las obras necesarias para el ejercicio de la servidumbre puede ejecutarlo todo detentor del predio, aun cuando no tuviese la intención de adquirir una servidumbre, basta el hecho material de los trabajos (1). La consecuencia es lógica, pero ¿no habla en contra del principio de donde emana? El art. 2228, que admite que el detentor posee por aquél de quien tiene la cosa, implica la voluntad de poseer, así como toda posesión supone que el poseedor tiene la intención de ejercer un derecho. Ahora bien, en la opinión general, una servidumbre podría ad-

1 Aubry y Rau t. 3º, p. 79 y notas 11 y 12, y los autores que ellos citan.

quirirse sin voluntad alguna. El inquilino es el que ejecuta las obras, y lo hace sin intención de adquirir un derecho; se supone que el propietario permanece extraño á los trabajos. Por espacio de treinta años, la servidumbre se ejerce por sí misma, siempre sin que intervenga ninguna voluntad; en seguida se adquirirá el derecho. ¿Qué viene á ser de la prescripción en esta doctrina? ¿en dónde está el consentimiento tácito que ella supone? Ni siquiera puede decirse que haya consentimiento por parte del propietario del predio sometido; él no consiente en el establecimiento de un derecho, supuesto que su vecino no pretende adquirir un derecho. Preciso es devolver á la voluntad del hombre la influencia necesaria que tiene en todas las relaciones jurídicas. En vano se dice que se trata de derechos reales, derechos que se adquieren por un predio, y que se ejercen por un predio: éstas no pasan de ser sutilezas, ¿habría aun derechos reales, no habiendo hombres? Los prédios seguirían siendo lo que son, y no obstante, la cuestión no podría ser de derecho, porque el hombre sólo es un sér capaz de derecho. En el título de la *Prescripción* volveremos á ver el papel que en materia de posesión desempeña la voluntad del hombre.

205. La cuasi-posesión debe tener los mismos caracteres que la posesión para que pueda servir de base á la prescripción. Uno de estos caracteres hace importante papel en materia de servidumbre. El art. 2232 dice que los actos de simple tolerancia no pueden fundar ni posesión ni prescripción. Por basarse las servidumbres discontinuas en actos que pueden ser y son las más de las veces actos de tolerancia y de buena vecindad es por lo que la ley no quiere que se adquieran por prescripción. En el antiguo derecho se iba más lejos y se presumía que toda servidumbre era precaria, es decir, un acto de tolerancia. El

código acepta el establecimiento de las servidumbres continuas y aparentes por la prescripción. Pero se necesita, entiéndase bien, que la posesión de treinta años sea una posesión útil para prescribir, y no puede servir ya para la prescripción cuando se funda en actos de tolerancia. Así, pues, una servidumbre, á pesar de ser continua, no se establecería por prescripción si la posesión fuese de tolerancia.

El principio es cierto, por estar escrito en la ley. Pero la aplicación no carece de dificultades. ¿Cuándo hay posesión de pura tolerancia? La ley no la define, por lo que viene á ser una cuestión de hecho; en vano se intentaría establecer un principio en esta materia. Por esto se ha dicho que la posesión dejaría de ser de tolerancia cuando la servidumbre causare una molestia real al propietario de la heredad sometida, y cuando éste tuviese un interés serio para oponerse á ella (1). Creemos nosotros que la idea de tolerancia ó de familiaridad implica vínculos de amistad ó por lo menos de buena vecindad. Por consiguiente, el juez debe considerar, sobre todo, la naturaleza de las relaciones que existen entre vecinos; éstos nada tolerarán si son enemigos, y todo lo tolerarán si son amigos. No hay medio de generalizar cuando todo depende de las relaciones individuales. ¿Unas ventanas abiertas en la pared de lantera de una casa, y con vista directa hacia el techo de la finca vecina, son luces de tolerancia? La corte de casación resolvió la pregunta afirmativamente, pero tuvo cuidado de hacer constar que la corte de apelación había declarado de hecho que el pretendido derecho de vista reclamado por el actor no se podía considerar sino como un acto de tolerancia (2). Así, pues, la cuestión queda siem-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 80 y nota 14.

2 Sentencia de denegada apelación de 14 de Diciembre de 1838 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 474, 5º).

pre como cuestión de hecho. Se falló también que la existencia de barreras en un camino no probaba que el que las había disfrutado gozase de un derecho de servidumbre; los jueces del hecho habían reconocido que la comuna había tolerado las barreras para facilitar la guarda del ganado en el pasto (1). Es inútil dar otras aplicaciones, porque todo depende de las circunstancias de la causa.

206. Veamos, sin embargo, una cuestión de derecho. Supónese que el que abre una ventana hacia el predio del vecino reconoce por medio de un escrito que su posesión no es más que de simple tolerancia, ¿este reconocimiento será un obstáculo para la prescripción? Se adopta generalmente la afirmativa, y aun el art. 2232 parece que no deja duda alguna: si se comprueba por propia confesión del que ejerce la posesión, que su goce es de pura tolerancia, resulta que la posesión deja de ser una posesión en el sentido legal de la palabra, y que no puede fundar prescripción: el art. 2232 así lo dice. Hay, sin embargo, algunas razones para dudar. El art. 2248 prevee el caso en que el poseedor que prescribe reconoce el derecho de aquél contra el cual prescribe, y no atribuye á este reconocimiento otro efecto que el de interrumpir la prescripción. ¿No debe aplicarse este artículo á nuestro caso? Nó, porque él que reconoce que su posesión es de tolerancia hace más que reconocer el derecho de su vecino á la libertad de su predio, confiesa que su posesión es viciosa y que no puede servir de base á la prescripción; ahora bien, desde el momento en que la posesión es viciosa, permanece como tal y hace imposible la prescripción. Aquí se hace una nueva objeción. El art. 2220, se dice, prohíbe que de antemano se renuncie á la prescripción; y ¿no equi-

1 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Junio de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 433).

vale á renunciarla el declarar que la posesión es de pura tolerancia? Nó, porqué ninguna analogía existe entre la renuncia del art. 2220 y el reconocimiento que un poseedor hace de que su posesión es de pura tolerancia. El que anticipadamente renuncia á la prescripción lo hace en la suposición que se podrá prevaler de ella, por estar satisfechos todos los requisitos para la prescripción. Mientras que el que reconoce que su posesión es de tolerancia hace constar que falta una de esas condiciones; él no renuncia á la prescripción, sino que confiesa que no puede verificarse (1).

¿Cuál será el efecto del reconocimiento respecto de aquellos que sucedan al poseedor del predio que lo ha hecho? Si son sucesores á título universal, el reconocimiento de su autor los perjudicará, en el sentido de que reconocida por él mismo la posesión, continuará siéndolo é impedirá toda prescripción; mientras que los sucesores á título particular como no son más que los representantes de su autor, nada impide que den principio á una nueva posesión, buena para la prescripción; sólo que no podrán reunir á su posesión la de su autor, supuesto que ésta es viciosa. Volveremos á tratar de esta distinción en el título de la *prescripción*.

II. De la prescripción de los caminos públicos en provecho de las comunas.

207. ¿Pueden adquirir las comunas un paso por prescripción? Esta cuestión presenta muchas dificultades. Hay que distinguir desde luego con qué título reclama el paso la comuna. El paso puede ser un camino público en el sentido propio de la palabra, es decir, que el terreno

1 Aubry y Rau, t. 3°, p. 80, nota 16. Demolombe, t. 12, p. 272, núm. 779. Sentencia de denegada apelación, de 14 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1854, 1, 154).

que sirve de paso pertenece á la comuna. Claro es que la comuna puede ser propietaria de los caminos que sirven para la circulación de los habitantes, y lo es regularmente; igualmente cierto es que ella puede adquirir la propiedad por todas las vías legales, luego también por la prescripción. En efecto, la comuna es una persona civil, y como tal, disfruta de los mismos derechos que los particulares, en lo concerniente á la adquisición. No hay dificultad sino respecto á la prueba, cuando la comuna funda su derecho en la prescripción. Más adelante examinaremos la cuestión.

¿Puede también deberse el paso á la comuna á título de servidumbre? En este punto comienza la duda. ¿El paso, cuando se ejerce por terrenos pertenecientes á particulares, es una verdadera servidumbre? ¿La comuna está sometida al derecho común en lo concerniente á la adquisición del derecho de paso, es decir, no puede invocar la prescripción? ¿Los principios establecidos por el código civil han sido modificados por leyes especiales, y qué alcance tienen estas modificaciones? Comenzaremos por el examen de estas cuestiones.

a) Del paso á título de servidumbre.

I. Sistema del código civil.

208. Se supone que los habitantes de una comuna ejercen, como tales, un derecho de paso por predios pertenecientes á particulares: ¿es ésta una servidumbre de paso? ¿Desde esta primera cuestión comienza el debate? Se objeta que falta uno de los caracteres esenciales de las servidumbres; es muy cierto que hay una heredad sirviente por donde se ejerce el paso, ¿pero en dónde está la heredad dominante en cuyo provecho existe el paso? Los habitantes practican el paso, no como propietarios de pre-

dio dominante, sino como habitantes de la comuna; de suerte que aun aquellos mismos que no tuvieren ninguna propiedad en la comuna tienen, no obstante, el derecho de pasar por el predio sirviente; y cuando no hay predio dominante, la cuestión no puede ser de servidumbre. Es bien claro que los habitantes ejercen el paso, no como propietarios, sino como habitantes: es decir, que el camino de servidumbre es un verdadero camino público y que si constituye una servidumbre, ésta pertenece á la comuna. Luego precisa que veamos si la comuna puede tener un derecho de paso á título de servidumbre.

La comuna puede ser moral, puede ser propietaria; luego también puede poseer un desmembramiento de la propiedad tal como un usufructo, y por lo tanto, una servidumbre. Pero se entiende que es necesario que se cumplan los requisitos que se exigen para la existencia de una servidumbre. Luego se necesita una heredad dominante. Se ha fallado que una comuna podía tener, á título de servidumbre, el derecho de celebrar su feria en una propiedad particular, pero que, siendo discontinua esa servidumbre, no podía adquirirse por la prescripción (1). ¿En dónde está en el presente caso, el predio dominante? ¿Lo es el territorio comunal? Entendámonos: la comuna puede ser propietaria, y regularmente lo es de las plazas públicas, y ella puede tener bienes comunales; pero la feria no se celebra en provecho de ese dominio público ó privado de la comuna, sino por interés de los habitantes. ¿Puede la comuna, á nombre de los habitantes considerados como propietarios, estipular una servidumbre? No lo creemos. Si la comuna es una persona civil, lo es como organo de los intereses comunales, luego como organo de los habitantes; como tal adquiere y posee: ¿por qué no había de poder, á nombre de los habitantes, estipular una

1 Riom, 30 de Diciembre de 1844, (Da lloz, 1846, 2, 88).

servidumbre á favor de sus predios? Los habitantes mismos la estipulan por medio de la comuna.

Respecto á los derechos de paso, la cuestión ofrece menos duda. Pueden considerarse las servidumbres de paso como establecidas por interés de los caminos públicos pertenecientes á la comuna; en efecto, por lo común, los senderos de paso sirven para enlazar entre sí varios caminos públicos ó para dar acceso á estos caminos. En este caso, puede decirse literalmente que el paso se debe á un bien que se halla dentro del dominio de una comuna; aunque los caminos públicos estén fuera del comercio, esto no impide que puedan establecerse servidumbres en provecho de esas vías de comunicación, lo mismo que pueden ser gravadas con servidumbre, con tal que estos gravámenes no sean un obstáculo para el destino público del camino. Así fué fallado por la corte de casación de Bélgica (1).

Esta manera de considerar los derechos de paso no es suficiente para poner término á toda duda. Puede suceder que el derecho de paso no sea el accesorio de un camino, que él mismo constituya una vía de comunicación y la única que exista en la comuna. Tal es el caso casi general en Flandes. Cuando se discutió la ley de 10 de Abril de 1841 sobre los caminos vecinales, se dijo, sin contradicción ninguna, que no había uno solo de estos caminos en Flandes que no se hubiese establecido por vía de servidumbre. Así es que en todo el curso de la discusión, se calificaron de servidumbres los pasos que las comunas ejercen sobre terrenos pertenecientes á particulares. Un miembro de la Cámara de diputados definió este derecho en los siguientes términos: "El derecho que pueden tener los habitantes para pasar por un predio perteneciente á otro." La sección central reconoció formalmente que estos

1 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Junio de 1843 (*Paucisima*, 1843, 1, 200).

caminos de servidumbre eran la servidumbre de paso, la cual según el art. 691, no puede adquirirse por prescripción. Existen sentencias en este sentido pronunciadas por las cortes de Bélgica (1). Sosteníase ante la corte de Gante que los pasos que servían de camino público se habían establecido en favor de los habitantes, y que por lo tanto, constituían una servidumbre personal; ahora bien, el código no reconoce las servidumbres personales de paso. La corte contesta, y nos parece perentoria su respuesta: Es verdad que los habitantes ejercen el paso, pero sucede lo mismo con todo paso, el cual no lo ejerce el predio sino la persona que ocupa el predio. En realidad, el paso no se establece en favor de los habitantes personalmente, sino en favor de las habitaciones y establecimientos que componen la comuna; luego es un derecho impuesto sobre una heredad para uso y utilidad de las heredades pertenecientes á los habitantes de la comuna, luego es una servidumbre real (2). Falta ver si la comuna puede estipularla y adquirirla á nombre de los habitantes. Acabamos de contestar á la cuestión.

209. Surge ahora la cuestión de saber si las comunas pueden adquirir por prescripción una servidumbre de paso en predios pertenecientes á particulares. Planteada así la cuestión debe resolverse negativamente. El art. 691 dice que las servidumbres discontinuas no pueden establecerse sino por títulos, y ni siquiera admite la posesión inmemorial. Si los derechos de paso reclamados por una comuna son servidumbres de paso, el art. 691 debe recibir su aplicación, á menos que haya en el código una excepción en favor de las comunas; ahora bien, en vano se buscaría dicha excepción. Tal es la opinión unánime de los

1 Delebecque, "Comentario legislativo de la ley de 10 de Abril de 1841 sobre los caminos vecinales," p. 9, núm. 10. Compárese sentencia de pruebas, de 24 de Junio de 1869 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 340).

2 Gante, 20 de Junio de 1843 (*Pasicrisia*, 1843, 2, 186).

autores (1), y la jurisprudencia la adopta. Estamos suponiendo, como se deja entender, que consta que el terreno en el cual se ejerce la servidumbre no pertenece á la comuna. Por lo tanto, el paso sólo puede ejercerse á título de servidumbre, y por consiguiente entra en la aplicación del art. 691. Se ha intentado eludir la prohibición de este artículo, prevaleándose de un consentimiento tácito del propietario del predio sirviente. La corte de Angers ha rechazado este sistema, que no es más que un medio de eludir la ley. Esto no quiere decir que el título no pueda resultar de un concurso de consentimiento tácito; el artículo no lo niega, pero dice, y muy bien, que el consentimiento de un acto tan importante como una servidumbre de paso debe resultar de actos ó de hechos que ninguna duda dejen sobre la voluntad de las partes interesadas. La prescripción de la servidumbre supone también un consentimiento tácito; á pesar de esto, la ley no ha querido admitir la prescripción para las servidumbres discontinuas, precisamente porque es dudosa la voluntad de las partes interesadas. La corte de casación confirmó la sentencia, decidiendo que el art. 691 no permitía la adquisición de un derecho de paso en provecho de la comuna á título de servidumbre, sin título (2).

210. La jurisprudencia de las cortes de Bélgica no está de acuerdo con esta doctrina. Hay que confesarlo, nuestra jurisprudencia es confusa. Más adelante citaremos sentencias que consagran la distinción que hemos hecho entre el paso ejercido á título de propiedad y el paso re-

1 Demolombe, t. 12, p. 310, núm. 797. Aubry y Rau, t. 3º, p. 82, nota 23, y los autores que citan. Compárese Dalloz, *Servidumbre*, número 1135.

2 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Junio de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 394). Compárese sentencia de denegada apelación de 27 de Mayo de 1834 (Dalloz en la palabra *Servidumbre*, núm. 1135, 1º)

clamado á título de servidumbre. Y esta distinción sirve de base á la doctrina que acabamos de exponer. Hay también sentencias que contradicen los principios en que se apoya la jurisprudencia. Escuchemos las objeciones y tratemos de contestarlas.

El art. 691, dice la corte de Bruselas, no es aplicable más que á los derechos de paso que el código coloca entre las servidumbres; y el art. 637, que define las servidumbres, no tiene aplicación á los derechos de paso ejercidos á título de camino público, á favor y para uso del público, independientemente (1). Así es que la corte niega que haya un predio dominante, y acabamos de oír que la corte de Gante afirma lo contrario (núm. 208). A nuestro juicio, la corte de Gante ha fallado bien, y es inútil repetir lo que ya dijimos. La circunstancia recalcada por la corte de Bruselas, de que el público ejerce el paso, en nada cambia el carácter jurídico del derecho. ¿Cuál es, en efecto, el público que practica las vías vecinales? Los habitantes de la comuna; luego el paso se ha establecido para el uso y la utilidad de los que habitan la comuna, es decir, de los propietarios que residen en ella. ¿Qué importa que el paso esté abierto para todo él que se presente? (2). Basta que esté impuesto en una heredad para utilidad de los que ocupan otras heredades; desde ese momento el derecho es una servidumbre, y está regido por los principios generales sobre la servidumbres.

La corte de Bruselas insiste y dice que los motivos por los cuales el código ha rechazado la adquisición por prescripción de las servidumbres discontinuas son extraños á los derechos de paso pertenecientes á las comunas. ¿Por qué

1 Bruselas, 18 de Diciembre de 1854 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 18), 19 de Diciembre de 1853 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 304).

2 La corte de casación de Bélgica marca esta circunstancia (sentencia de denegada apelación, de 28 de Julio de 1854, en la *Pasicrisia*, 1854, 1, 425).

se presume que la posesión es de tolerancia y de familiaridad? Y ¿puede ser cuestión de relaciones de buena vecindad, que casi siempre son vínculos de amistad, cuando todos ejercen el paso, aun los desconocidos? Podríamos llevar la objeción ante el legislador, porque tiende á establecer una excepción del art. 691; porque, por poderosas que fuesen las razones que legitimara una excepción, el intérprete no tiene el derecho de hacerla, y sólo lo puede el legislador. ¿Pero realmente es cierto que un camino público, practicado á título de servidumbre, excluya la tolerancia? El que permite un paso no siempre lo hace por efecto hacia el que puso por su predio: la tolerancia no es la amistad. Se toleran muchas cosas que se querrían impedir; á veces se sufre, porque ningún interés hay en oponerse; algunas veces para conciliarse la benevolencia de los habitantes. Poco importa, después de todo: la posesión se presume precaria, como decían en el antiguo derecho, lo que excluye toda prescripción.

No negamos que haya diferencia entre el derecho de paso que sirve de camino público y el derecho de paso establecido en un predio en provecho de otro predio. El procurador general de la corte de casación de Bélgica las ha expuesto muy bien. La servidumbre comunal de paso tiene todos los caracteres de un camino público, de una vía de comunicación, mientras que la servidumbre de paso de que se ocupa el código civil es una vía privada; por una parte, hay un interés general en juego, y por la otra, un interés particular.

Siendo diferente la naturaleza de los dos derechos. ¿no es más lógico que estén regidos por principios diferentes? (1). De muy buena gana lo aceptamos en teoría. Pero la teoría no es suficiente para consagrar una excepción,

1 Requisitoria de Leclercq, en el asunto juzgado por sentencia de casación de 10 de Marzo de 1870 (*Pasicrisia*, 1870, 158).

pues se necesita un texto, y ¿en dónde está este texto? Se cita el art. 650, por cuyos términos hay servidumbres establecidas para utilidad comunal; el artículo añade que todo lo concerniente á este género de servidumbres lo determinan leyes ó reglamentos particulares. Ahora bien, los derechos de paso que se deben á una comuna son servidumbres comunales; luego no puede aplicárseles el art. 691. ¿Y la conclusión? Que las servidumbres de paso pueden adquirirse por lo prescripción. Supongamos que el artículo 650 comprenda los derechos de paso entre las servidumbres de utilidad comunal; la consecuencia que de aquí se saca sería aún inadmisibile. En efecto, el código remite todo lo concerniente á las servidumbres comunales á leyes particulares: y ¿en dónde está la ley que admite la adquisición por prescripción de los derechos de paso reclamados por una comuna? Estamos razonando siempre dentro del sistema de la legislación francesa, dentro del sistema del código civil; y para la cuestión que acabamos de plantear no hay más que una sóla respuesta: no existe ley particular que admita la prescripción de las servidumbres discontinuas. Luego no puede invocarse el art. 650. Tan cierto es esto, que la jurisprudencia que estamos combatiendo no cita ninguna ley, admite la prescripción según el derecho común, así es que aplica el código civil cuando el art. 650 de este código nos remite á leyes particulares. ¿No prueba esto que se ha hecho mal en invocar el artículo 650? En realidad, esta disposición es extraña á los derechos de paso; ella no se limita á declarar que las servidumbres de utilidad comunal están regidas por leyes ó reglamentos particulares, sino que enumera estas servidumbres, por lo que las limita. ¿Cuáles servidumbres son de utilidad comunal? “Las que, dice el texto, tienen por objeto la construcción ó la reparación de los caminos comunales.” ¿Y acaso los derechos de paso tienen por objeto la

construcción de un camino comunal? La cuestión carece de sentido, luego el art. 650 no comprende los derechos de paso que sirve de vía de comunicación. Añadamos que no podía entrar en la mente del legislador francés comprender los caminos de servidumbre entre las servidumbres comunales, porque él promulgaba una ley, no para Flandes, cuyos derechos y usos ignoraba, sino para Francia, en donde los caminos comunales son caminos de propiedad, es decir, que su suelo pertenece á las comunas. No porque las comunas no puedan tener derechos de servidumbre, sino porque esos derechos quedan bajo el imperio de la ley común, que es el código civil.

Nuestra conclusión es que, según el código Napoleón, los derechos de paso pertenecientes á las comunas en nada difieren de las servidumbres de paso pertenecientes á particulares. Síguese de aquí que el art. 691 es aplicable tanto á unas como á otras; luego las comunas no pueden adquirir un paso por prescripción cuando se reclama á título de servidumbre. Queda por ver en qué concepto la ley de 10 de Abril de 1840 ha derogado estos principios.

II. Sistema de la ley belga de 10 de Abril de 1841.

211. Según los términos del art. 10 de la ley de 10 de Abril de 1841, hay lugar, en materia de caminos vecinales, á la prescripción de diez y veinte años. Esta prescripción exige un título, y como tal la ley admite la ordenanza de la diputación provincial que determina definitivamente el plano de alineamiento. En todas las comunas existen planos generales de alineamiento y de delimitación de los caminos vecinales, y las administraciones comunales son las que los levantan. Estos planos indican el ancho que los caminos tienen ó deben tener, y están expuestos durante dos meses en la secretaría de la comuna.

Dentro de este plazo, toda persona tiene derecho de reclamar. Los propietarios de las porciones indicadas en el plano como deben restituirse ó incorporarse al camino deben ser avisadas especialmente y pueden reclamar dentro de los dos meses contados desde el aviso. Si hay reclamaciones, el consejo comunal las examina y decide dentro de dos meses. Hay apelación contra estas decisiones á las diputaciones permanentes del consejo municipal. La diputación estatuye sin recurso ulterior, por vía administrativa; los derechos quedan á salvo y pueden debatirse ante los tribunales. Después de cumplidas estas formalidades, los planos se acuerdan definitivamente por la diputación permanente. Esta ordenanza es la que sirve de base para la prescripción de diez ó veinte años (arts. 1-10),

212. ¿Esta prescripción se aplica á las servidumbres de paso reclamadas por las comunas en terrenos de particulares? La afirmativa no es dudosa, y resulta del texto y del espíritu de la ley. Con el nombre de caminos vecinales, la ley comprende toda clase de vías que sirven de comunicación en la comuna, así las que pertenecen á ésta á título de servidumbre, como las que le pertenecen á título de propiedad (arts. 1 y 29). Principalmente la disposición del art. 10, relativa á la prescripción, se ha introducido en la ley teniendo en cuenta, sobre todo, los caminos de servidumbre. El ministro de gobernación fué quién la propuso y la motivó en estos términos: "como la mayor parte de los autores interpretan el código civil en el sentido que una comuna no puede adquirir una servidumbre de paso por prescripción, se ha pensado que las comunas podían verse expuestas por uno ó dos siglos á ver que se disputaba el goce de todos sus *derechos de servidumbre*, por más que constasen en los planos; esto es lo que yo he querido evitar con mi enmienda" (1). En presencia de esta

1 Delebecque, "Comentario legislativo de la ley de 10 de Abril de 1841," p. 33, núm. 66.

declaración, ya no puede haber la menor duda. La jurisprudencia se haya en este sentido, y á decir verdad, la cuestión nunca ha sido objeto de debate en los tribunales.

213. ¿Cuales son las condiciones de esta prescripción? La ley exige la posesión de diez ó veinte años y un título, y hay que añadir la buena fe. En efecto, la ley habla de la *prescripción* de diez ó veinte años; ahora bien, esta prescripción que ordinariamente se llama usucapión, se funda en la buena fe y en el título del poseedor. Así, pues, el texto sería suficiente para decir la cuestión. El espíritu de la ley no deja duda alguna. Al proponer su enmienda, el ministro de gobernación declaró formalmente que bien se dejaba entender que, para que la ordenanza de la diputación pudiera servir de título, era preciso que se le uniesen la *posesión* y los *demás requisitos* prescritos por el código civil.

Hay, sin embargo, una gran diferencia entre la prescripción de la ley de 1841 y la usucapión del art. 2265. Una y otra se fundan en un título por el título exigido por el código civil es un justo título, es decir, un título translativo de propiedad: mientras que la ordenanza que sirve de título en materia de caminos vecinales se funda en actos administrativos, el cual no es ciertamente translativo de propiedad, supuesto que, al contrario, deja íntegra la cuestión de propiedad, según los términos del art. 10. Así, pues, la ley de 1841 da muy impropriamente á esta ordenanza el nombre de título. Y aun resulta una singular anomalía. La usucapión propiamente dicha, la del artículo 2265, aunque basada en un justo título, no se admite para la adquisición de las servidumbres. En la discusión de la ley de 1841, propusieron que se admitiese; la proposición fue desechada, porque no se quería derogar el código civil. Sin embargo, la ley consagra el principio de la prescripción adquisitiva fundada en la ordenanza de la di-

putación provincial. La anomalía no es más que aparente. ¿Cuál es el motivo por el cual el legislador francés ha rechazado la prescripción como medio de adquirir las servidumbres discontinuas? Que la posesión se presume precaria, ó por mejor decir, de tolerancia y de familiaridad. Este motivo subsiste, como lo hemos dicho (núm. 194), aun cuando haya un título emanado del que no es propietario del predio sirviente. Pero desaparece cuando un acto de la autoridad pública, después de un dilatado procedimiento, hace constar que la comuna ha ejercido un paso á título de servidumbre. Se puede todavía poner en duda la existencia de un derecho de servidumbre, é impedir, por consiguiente, la prescripción; la ordenanza de la diputación da á las partes interesadas un plazo para que promuevan; si guardan silencio durante diez ó veinte años, cuando diariamente practican el paso los habitantes, cesa toda presunción de tolerancia, porque el paso se reivindica y se ejerce á título de derecho.

214. Luego la ley de 1841 deroga el código civil. Es importante precisar en qué consiste la derogación y cuál es su extensión. Bajo el imperio del código, las comunas no podían reclamar paso, á título de servidumbre, fundándose en la prescripción. La nueva ley admite la prescripción como medio de adquisición de los caminos de servidumbre, con una condición, y es que haya una ordenanza de la diputación provincial que comprenda el paso entre los caminos vecinales. Luego si no hay ordenanza, ya no puede tratarse de prescripción, en virtud de la ley de 1841; se vuelve por consiguiente, al imperio del código civil que desecha toda prescripción en materia de servidumbres discontinuas.

La servidumbre de paso adquirida por prescripción, en virtud de la ley de 1841, difiere en gran manera de la servidumbre de paso cuya prescripción prohíbe el código

civil. Esta es de interés privado, y la otra de interés general; constituye un camino público, y como tal está clasificado entre los caminos vecinales por un acto de la administración; el camino adquirido á título de servidumbre se asimila en todo á los caminos públicos cuyo suelo pertenece á la comuna. De aquí se deducen importantes consecuencias. Hay una que está consagrada por el texto de la ley de 1841: según los términos del art. 12, los caminos vecinales son imprescriptibles, porque forman parte del dominio público de la comuna, el cual está fuera del comercio. Esta disposición se aplica igualmente á los caminos de servidumbre; en efecto, ella comprende todos los caminos vecinales, "reconocidos y mantenidos por los planos generales de alineamiento," ahora bien, los caminos de servidumbre constan también en estos planos. No hay más que una diferencia entre los caminos de servidumbres y los de propiedad, y es que el suelo de los primeros pertenece á los ribereños, y continúa perteneciéndoles, por larga que sea la posesión de la comuna, porque su posesión es siempre una posesión de servidumbre. Por todo el tiempo que los caminos de servidumbre estén consagrados al uso público, los propietarios del suelo no pueden ejercer en ellos ningún derecho de goce en su calidad de propietarios, porque la propiedad útil está en manos de la comuna. Pero si se abandona el camino, los ribereños vuelven á entrar á la plenitud de sus derechos; recobran los terrenos que jamás han cesado de pertenecerles. No obstante, este recobro está sometido á condiciones especiales. Se necesita que el cabildo de los municipios acuerde que consta el abandono total ó parcial del camino; los propietarios deben además pedir al ayuntamiento una autorización, que por lo demás no se puede negarles, salvo el pagar el aumento de valor, art. 29.

Estamos diciendo que la propiedad que los ribereños conservan en los caminos de servidumbre no les da ningún derecho por todo el tiempo que los caminos sirvan al público. ¿Debe concluirse de aquí que los ribereños puedan abrir vistas y salidas hacia los caminos de servidumbre, como tienen el derecho cuando se trata de un camino cuyo suelo pertenece á la comuna? En este punto hay alguna duda. Puede decirse que el camino de servidumbre sigue siendo una servidumbre de paso, que la nueva ley no ha derogado el código civil sino en lo concerniente á la adquisición de estos caminos por prescripción, que bajo todos conceptos los principios del derecho común deben recibir su aplicación. Ahora bien, claro es que el propietario del predio dominante no tiene los derechos de vista y de salida hacia el predio gravado con una servidumbre de paso. La corte de Bruselas se ha pronunciado en este sentido; pero su sentencia ha sido casada. No es exacto que la derogación impuesta por la ley de 1841 al código civil se limite á la adquisición de los caminos de servidumbre por la prescripción. Una vez adquiridos, estos caminos se someten en todo el régimen de los caminos vecinales cuyo suelo pertenece á la comuna. Son caminos públicos; ahora bien, los caminos públicos no sirven únicamente para el paso; dan también á los ribereños los derechos de vista y de salida. La ley no hace ninguna distinción, bajo este concepto, entre los caminos de servidumbre y los caminos de propiedad. El art. 12 declara todos los caminos vecinales imprescriptibles, por todo el tiempo que sirvan para el uso público; luego todos tienen el mismo destino, el de servir al público, y naturalmente respecto á todas las ventajas que el público saca de un camino. Esto decide la cuestión en la cual están en desacuerdo la corte de Bruselas y la de casación (1).

1 Bruselas, 24 de 1869, (*Pasicrisia*, 1869, 2, 337). Casación, 18 de

b) Del paso á título de propiedad.

215. ¿Las comunas pueden adquirir la propiedad de un camino por prescripción? En principio, esto no da lugar á dudas. La prescripción es uno de los medios de adquirir la propiedad (arts. 711 y 2219); y siendo las comunas personas civiles, son por eso mismo capaces de adquirir, sin distinguir entre la prescripción y los demás modos legales de adquisición. Pero la aplicación del principio suscita serias dificultades. La comuna reclama un camino por pertenecerle á título de propiedad é invoca la prescripción. ¿Cómo probará ella su derecho? La prescripción se funda en la posesión, ésta se establece por actos de paso; consta que los habitantes han pasado treinta años por el camino que la comuna reivindica, ¿será esto bastante para que se reconozca á la comuna propietaria? Planteada en estos términos, la cuestión debería resolverse negativamente. En efecto, el código presume que es un acto de tolerancia el hecho de pasar por el predio ageno, y esta es la razón por la cual no admite la adquisición por prescripción de una servidumbre de paso. Y si el hecho de pasar no puede fundar una servidumbre, es decir, un desmembramiento de la propiedad, ¿cómo había de poder hacerlo la propiedad misma? Si se presume que el paso es de tolerancia cuando se trata de una servidumbre, ¿cómo había de cambiar de carácter cuando se trata de la propiedad? ¿No es más racional reconocer que la presunción de tolerancia ó de hecho precario que impide que los actos de paso establezcan una simple servidumbre, debe con mayor razón quitarles toda eficacia para prescribir la propiedad? Esta objeción la han aducido excelentes inge-

nios (1); y en los términos en que hemos planteado la cuestión, nada hay que contestar. Se ha fallado en este sentido, que los actos de paso invocados por una comuna no podían fundar en su provecho ni servidumbre ni propiedad (2) ¿No es esto ir demasiado lejos? Por lo menos hay que cuidarse de inferir de esta sentencia que la propiedad de un camino no puede adquirirse por prescripción. La dificultad es de prueba, es decir, de hecho más bien que de derecho. En este sentido se ha pronunciado la corte de casación; ella asienta como principio, que las comunas pueden adquirir la propiedad de un camino público por la prescripción, salvo que ellas prueben que la posesión que alegan presenta los caracteres requeridos por la ley; el simple hecho del paso no será suficiente, se necesitarán otros hechos que los tribunales apreciarán; si encuentran que los actos de posesión establecen un derecho de servidumbre más bien que un derecho de propiedad, la comuna no tendrá el camino ni á título de propiedad, supuesto que no prueba su derecho, ni á título de servidumbre, porque ella no puede adquirirla por prescripción (3).

216. Tal es la solución de la dificultad según el derecho civil puro. Hay, además, que tener en cuenta la modificación que la ley de 1841 ha traído al código Napoleón. El art. 10 admite la prescripción de diez y veinte años, cuando hay una ordenanza de la diputación provincial que clasifique el camino entre los comunales. Esta disposición no distingue entre los caminos de propiedad y los de servidumbre; luego es claro que se aplica á la adquisición de la propiedad de un camino público. Resulta de esto una

1 Véase el informe del consejero Mesnard sobre la sentencia de denegada apelación de 15 de Febrero de 1847 (Daloz, 1847, 1, 109); cita á Pardessus, Garnier y Daloz.

2 Burdeos, 13 de Noviembre de 1852 (Daloz, 1856, 2, 26).

3 Burdeos, 13 de Noviembre de 1852 (Daloz, 1856, 2, 26).

consecuencia importante y una nueva derogación de los principios del código civil. Hay una ordenanza que comprende al camino litigioso entre los públicos vecinales; se pone en duda la propiedad de la comuna; ésta, dice el artículo 10, será admitida á establecer su derecho de propiedad por la prescripción de diez ó veinte años. ¿Podrá ella alegar los actos de paso para probar su derecho? No nos parece dudosa la afirmativa, porque la ordenanza de la diputación destruye, como acabamos de decirlo, la presunción de hecho precario que el código Napoleón atribuía á los actos de paso. Desde el momento en que hay una ordenanza de la diputación, el derecho de pasar establece la existencia de un derecho. ¿Pero de qué derecho? Puede ser éste un derecho de servidumbre ó un derecho de propiedad; así, pues, vuelve á aparecer la dificultad de la prueba. No bastará que la comuna pruebe que los habitantes han pasado durante diez ó veinte años, para que sea declarada propietaria del camino, porque ellos pueden haber pasado á título de servidumbre. Será pues, preciso, que la comuna pruebe con otros hechos que ha poseído el paso á título de propiedad (1).

La ley de 1841 no deroga únicamente el código civil en lo concerniente á la prueba, sino también en cuanto al modo de prescripción. Según el código civil, la prescripción sin título ni buena fe exige una posesión de treinta años (art. 2262), y una posesión de diez ó veinte años, cuando el poseedor tiene la buena fe y un título; este título debe ser justo, es decir, translativo de propiedad (art. 2265). Cuando existe una ordenanza de la diputación permanente, la prescripción se reduce á diez ó veinte años, aun cuando no haya justo título; la ordenanza de la diputación hace las veces de éste.

217. ¿Cuál es el efecto de la ordenanza en cuanto á los

1 Compárese Agen, 23 de Julio de 1845 (Dalloz, 1845, 2, 175).

derechos de la comuna y de los terceros? El art. 10 de la ley dice que la ordenanza de la diputación provincial que acuerda definitivamente el plaso, no ocasiona ningún perjuicio á las reclamaciones de propiedad ni á los derechos que de ella se derivan. En el proyecto del gobierno se decía que la ordenanza no causaba ningún perjuicio á los derechos de los terceros. En la discusión criticaron esta disposición porque no era bastante amplia. El objeto del artículo 10, tal como está redactado, es limitar las atribuciones de la diputación; ésta no decide ninguna cuestión de propiedad, porque permanecen intactas dichas cuestiones (1). Esto se deja entender, puesto que según nuestra Constitución, las contiendas que tienen por objeto derechos civiles son del resorte exclusivo de los tribunales (art. 92). Hay bajo este concepto una diferencia entre el derecho belga y el derecho francés; la señalamos para que nuestros jóvenes lectores se pongan en guardia contra la aplicación de la jurisprudencia de las cortes de Francia. Se ha fallado por la corte de Bruselas que el acuerdo que clasifica un camino entre los vecinales implica atribución legal del camino á la comuna (2). De esto resulta que la comuna que reclama un camino por suyo nada tiene que probar; el acuerdo de clasificación constituye un título á su favor, salvo á los que se pretenden propietarios el rendir la prueba contraria. Según nuestro derecho público, y principalmente según la ley de 1841, la ordenanza no constituye ningún título de propiedad, ni siquiera una presunción, á menos que haya prescripción.

218 ¿Qué debe resolverse cuando no hay ordenanza de la diputación provincial? Esto no impide que la comuna reivindique los caminos que le pertenecen. En efecto, la ordenanza es extraña á las cuestiones de propiedad; no

1 Delebecque, "Comentario," p. 32, núm. 64. Gante, 1.º de Julio de 1863 (*Fasicrisia*, 1863, 2, 324).

2 Burdeos, 12 de Noviembre de 1852 (Dalloz, 1856, 2, 26).

tiene influencia sobre el derecho de la comuna sino cuando hay prescripción de diez ó veinte años. Si la comuna no alega esta prescripción, deja de estarse en el caso del art. 10; lo que equivale á decir que se vuelve á entrar al dominio del derecho común. La jurisprudencia francesa admite también que la clasificación administrativa no es necesaria para que las comunas puedan reclamar la propiedad de un camino público; la propiedad de éstas se reclamará por todos los medios legales que los particulares pueden reclamar. De esto resulta que la comuna podrá fundar su derecho en la prescripción ordinaria de treinta años (1). Pero entonces las dificultades de prueba reaparecen. Acerca de este punto puede uno prevalerse de la jurisprudencia francesa.

La dificultad consiste en distinguir los caminos de servidumbre de los caminos de propiedad: los primeros no pueden adquirirse por la posesión de treinta años, mientras que los otros pueden prescribir. Se necesita que la comuna pruebe que el camino es público. El hecho de que los habitantes han pasado por el camino no es suficiente para que sea público, puesto que el paso puede que no sea más que un paso de servidumbre, es decir, de tolerancia, lo que excluye todo derecho tanto de servidumbre como de propiedad; se necesita, como lo ha fallado la corte de casacion en la sentencia que acabamos de citar, "que la comuna haya hecho pasar el camino al dominio comunal por medio de una apropiación caracterizada." La sentencia indica el género de pruebas que la comuna debería procurar: la excavación de zanjas, el empedrado y conservación del camino á expensas de la municipalidad, la erección de de un monumento público, por ejemplo de una cruz; la circunstancia de que el camino sirve de comunicación en-

1 Sentencia de denegada apelación, de 11 de Febrero de 1857 (Da. Hoiz, 1857, 1, 256). Bourges, 30 de Enero de 1826 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1137, 3°).

dos comunas ó de reunión entre dos caminos públicos. Corresponde á los jueces del hecho comprobar si la posesión hace prueba de la propiedad, ó si no es más que un paso de tolerancia (1). La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está de acuerdo, en este punto, con la de las cortes de Francia; en derecho no hay ninguna duda, y la dificultad sólo es relativa á la prueba. La corte de Bruselas ha fallado que el hecho solo de que los habitantes hayan pasado por el camino, no es suficiente para volver propietaria á la comuna, cuando el paso no es más que de simple tolerancia (2), y todo paso, cuando no hay ordenanza de la diputación permanente se presume de tolerancia por el código. Como lo dice muy bien la corte de Gante (3), el hecho solo de pasar, insuficiente para caracterizar una posesión capaz de hacer adquirir una simple servidumbre de paso por medio de la prescripción, no puede ser suficiente para adquirir, por este medio, la propiedad misma del camino; los vicios de discontinuidad, de tolerancia, de hecho precario de que está manchado el hecho de paso, y que impiden la prescripción de una servidumbre de paso, impiden con mayor razón la prescripción de la propiedad entera.