

lidad en el título de las *Servidumbres*; pero los arts. 700, 709 y 710 consagran las aplicaciones más usuales de la doctrina enseñada por Pothier. Volveremos en lo de adelante á tratar esta materia; por el momento, haremos únicamente constar los principios de donde se derivan las consecuencias que el legislador francés ha formulado. Las *servidumbres reales* son indivisibles en el sentido de que no pueden adquirirse por una parte alicuota matemática; ni siquiera se concibe que se compre una quinta parte del derecho de tránsito por un predio, ni que se posea ó se prescriba una quinta parte del derecho de luces en una heredad. Y lo que es verdad de la adquisición del derecho lo es también de la extinción de las *servidumbres*. Las *servidumbres* son aun indivisibles en el sentido de que se deben á cada parte de la heredad dominante, y que afectan á cada parte de la heredad sirviente. Esto no impide, como ya lo dijo Pothier, que el ejercicio de las *servidumbres* pueda limitarse en cuanto al lugar, al tiempo y al modo. Y puesto que esto puede hacerse por convenio, puede también hacerse por prescripción. Creemos inútil combatir las opiniones contrarias, porque el disentimiento no se basa más que en abstracciones; acerca de las cuestiones de aplicación, todos están de acuerdo.

§ III.—DIFERENCIA ENTRE LA SERVIDUMBRE Y LA PROPIEDAD.

*Núm. 1. De la propiedad exclusiva.*

158. A primera vista, podría creerse imposible confundir la propiedad con la *servidumbre*, que no es más que un desmembramiento de la propiedad. Sin embargo, hay muchos casos en que un solo y mismo derecho puede tener las apariencias de una *servidumbre* ó de una propiedad. Citaremos un ejemplo que se ha presentado ante la corte de casación. Un propietario cede á título de alber-

gue (1) dos bandas de tierra, mediante un censo anual, y además, con la obligación contraída por el albergatario de *mantener una vereda* que atravesaba una de las dos bandas y de reemplazar los árboles que perecieren. ¿El albergador se había reservado la vereda ó calle á título de propiedad ó de *servidumbre*? Si á título de *servidumbre*, el derecho podía extinguirse por la prescripción, mientras que la propiedad no se extingue por el no-uso. Tal era el interés del debate. La corte de Grenoble resolvió que la cláusula del contrato no podía considerarse como una reserva de la propiedad del suelo de la calle, que éste era una *servidumbre* impuesta al predio que quedaba sujeto al derecho de tránsito, y al mismo tiempo un gravamen personal impuesto al albergatario de mantener el plantío que formaba la calle. Y como los albergatarios no habían hecho trabajos de conservación hacía más de treinta años, la sentencia los declaró eximidos de esa obligación. A recurso de casación, intervino una sentencia de denegada apelación, abandonando la interpretación de los contratos al juez del hecho (2).

159. Se ve cuál es el interés de la cuestión que acabamos de plantear. En el título del *Usufructo* llamamos la atención sobre la notable diferencia que separaba la propiedad y las *servidumbres*: la una está al abrigo de toda pérdida aun cuando el propietario estuviere más de treinta años sin usar de su derecho, mientras que las otras se extinguen por el no-uso, lo mismo que las obligaciones se extinguen por la prescripción, núm. 60. Hay también una diferencia en lo concerniente á la adquisición de la propiedad y de las *servidumbres*: la primera se adquiere por la prescripción, y cuando se trata de muebles corporales,

1 Este es el nombre que daban en el Delfinado al arrendamiento enfiteútico (Merlín, *Repertorio*).

2 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Febrero de 1842 (Dalloz, *Prueba*, núm. 52).

aun basta con una posesión instantánea, mientras que las servidumbres discontinuas ó no aparentes no se adquieren sino por título. Déjase entender que hay una diferencia capital entre el derecho del propietario y el derecho del predio dominante; el uno disfruta y dispone de la cosa de la manera más absoluta, el otro no tiene más que un desmembramiento de este derecho absoluto, y debe restringirse á los límites precisos de su derecho (1).

160. Es, pues, muy importante saber si un derecho está establecido á título de propiedad ó á título de servidumbre. ¿De qué manera distinguirlos? Antes que todo, hay que consultar el título que establece el derecho. En el caso que acabamos de citar, núm. 158, la escritura decidía con toda claridad la dificultad. El que enagena un predio, imponiendo al adquiriente el gravamen de *mantener* un paso, grava con esto el terreno vendido; en efecto, él no se reserva la propiedad del terreno por el cual el paso se practicará; luego dicho terreno queda comprendido en la enagenación, y, por consiguiente, se vuelve propiedad del adquiriente; por lo mismo el paso no puede ser más que una servidumbre. La cuestión es más difícil cuando el derecho se adquiere por prescripción. Se puede adquirir por prescripción la propiedad del subsuelo, tal como una bodega, un pozo, una fosa de inodores; el artículo 553 lo supone. Se puede también adquirir por prescripción el derecho de servirse de la bodega, del pozo ó de las fosas, á título de servidumbre continua y aparente. ¿De qué manera se distinguirá la posesión á título de propietario y la posesión á título de servidumbre?

Se dice que la propiedad es una cosa corporal, mientras que la servidumbre es un derecho, una calidad activa ó pasiva del predio; la distinción es de pura teoría, y aun es muy discutible, porque la propiedad es también un de-

1 Demolombe, t. 12, p. 173, núm. 672.

recho real, el más considerable de todos, ella se ejerce en una cosa corpórea, pero lo mismo pasa con la servidumbre. En el antiguo derecho, se admitía que hay propiedad más bien que servidumbre, cuando hay incorporación, falta de edificación en la heredad vecina, y en consecuencia, se resolvía que aquél que construye un acueducto en el predio ajeno, ó que incorpora un albañal á un edificio que pertenece á otro, ejecuta un acto de propiedad; de donde se concluía que los derechos de albañal y de acueducto podían adquirirse por prescripción, aun en el caso mismo en que las servidumbres no se adquirirían por la posesión (1). Se pretende que lo mismo es bajo el imperio del código civil, en el sentido al menos de que la inedificación anuncia el derecho de propiedad (2). Esto lo dice una sentencia de la corte de casación la cual invoca el art. 712 (3). Nosotros creemos que la corte ha interpretado mal ese artículo, el cual dice que la propiedad se adquiere por *accesión ó incorporación*, y por prescripción. La ley considera, pues, la *incorporación* como una especie de *accesión* lo que se refiere al art. 553, el cual decide efectivamente que hay *accesión* por la edificación ó la incorporación (4). Así es, que el art. 712 debe separarse como extraño á la cuestión, y el 553 tampoco la decide; en efecto, los trabajos pueden operarse para el establecimiento de una servidumbre tanto como para la adquisición de la propiedad. En definitiva la naturaleza de la posesión será lo que decida. Luego ésta es una cuestión de hecho. Una cosa es la posesión á título de propietario, título exclusivo, absoluto; y otra cosa es la posesión á título de servidumbre, título excepcio-

1 Lalaure, "Tratado de las servidumbres reales," libro 1º. cap. 9, página 170.

2 Toullier, t. 2º, p. 203, núm. 469, *bis*.

3 Sentencia de denegada apelación, de 22 de Octubre de 1811 (Dalloz, *servidumbre*, núm. 36).

4 Duvergier sobre Toullier, t. 2º, p. 204, nota.

nal, limitado, que implica un derecho del cual no es más que un desmembramiento. La misma dificultad se presenta en caso de co-propiedad.

161. La aplicación de estos principios ha dado lugar á un debate que se llevó ante la corte de casación. Más adelante diremos que los manantiales son el objeto de una propiedad exclusiva en provecho del propietario del terreno en donde brotan. Pero el propietario inferior puede adquirir en ellos un derecho, sea por título, sea por prescripción. ¿Cuál es la naturaleza de este derecho? ¿es propiedad, ó es servidumbre? En el caso juzgado por la corte de casación, existía un título, que era una transacción celebrada en 1656; el propietario inferior necesitaba el agua para el regadío de sus praderas; la transacción le atribuye la totalidad de las aguas, mediante el cambio de un prado por terrenos de una continencia superior. La corte de Grenoble, interpretando dicho convenio, resolvió que éste daba al propietario inferior un derecho de propiedad en los veneros alimentadores del manantial los cuales se hallaban en el predio superior. De esto resultaba una consecuencia muy importante: el propietario del predio superior había emprendido trabajos por los cuales el propietario inferior no había hecho uso del agua; él sostenía que el derecho á ésta estaba extinguido por el no-uso. Se falló que el no-uso hace que se pierda el derecho de propiedad (1)

*Núm. 2. La co-propiedad.*

162. La semejanza entre la servidumbre y la propiedad que acabamos de señalar se presenta igualmente y con más frecuencia entre la copropiedad y la servidumbre. De aquí surgen nuevas dificultades. Reina alguna incer-

1 Sentencia de denegada apelación, de 13 de Junio de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 447).

tidumbre en esta materia en la jurisprudencia, y la doctrina es incierta y oscura. Nosotros creemos que antes que todo debe distinguirse el caso en que las partes interesadas han estipulado formalmente la co-propiedad de una cosa, y el caso en que el uso de una cosa es común entre varias personas, sin que se sepa si es á título de servidumbre ó á título de co-propiedad. A veces sucede que ciertos propietarios, al vender ó al dividir una heredad, reservan una parte accesoria para su uso común; esto tiene lugar respecto á las avenidas, callejas, patios, fosas de inodores: esto puede también tener lugar respecto á las sendas, caminos ó abrevaderos inherentes á la explotación de diversos predios ó dominios. En esta primera hipótesis, la co-propiedad es clara, puesto que estamos suponiendo que la escritura la estipula. Esta co-propiedad está regida por principios particulares acerca de los cuales insistiremos en lo de adelante (1). Así es que generalmente se admite que si la cosa común es absolutamente indispensable á los diversos co-propietarios para el servicio ó la explotación de su predio, no hay lugar á aplicar el art. 815, por cuyos términos nadie puede ser obligado á permanecer en la indivisión; por consiguiente, la división no podrá pedirse. Y al resolverlo así, las cortes han asimilado esta co-propiedad con una servidumbre recíproca. ¿Es esto exacto?

La corte de casación así lo ha fallado en principio. "En toda ocasión, dice ella, que entre dos heredades poseídas por diferentes propietarios, existe un objeto accesorio, una dependencia de tal suerte indispensable para la explotación de las propiedades principales, las que, sin su posesión y goce común, serían ó de ningún uso ó de un uso notablemente deteriorado, entonces, para no sacrificar lo principal á lo accesorio, no hay lugar á la parti-

1 Aubry y Rau, t. 2º, ps. 411 y siguientes, notas 1 y 3.

ción de dichos accesorios, y se tiene á los dos propietarios como que viven, á este respecto, menos en una indivisión que en una *servidumbre recíproca* del uno hacia el otro" (1). La corte de casación ha aplicado este principio á una partición que estipulaba que la puerta cochera y el patio quedasen comunes entre los co-partícipes: esto no es una indivisión, dice la sentencia, sino una "servidumbre recíproca" de uno de los propietarios hacia el otro (2).

Esta asimilación de la co-propiedad y de la servidumbre es de todo punto inadmisibile. Es contraria á un principio elemental de derecho, según el cual nadie puede tener servidumbre en su propia cosa. Los propietarios se sirven de la cosa que ha quedado común entre ellos á título de propiedad, supuesto que expresamente se han reservado su dominio; lo que excluye toda idea de servidumbre. La diferencia no es de palabras, porque los principios que rigen la co-propiedad y la servidumbre difieren en puntos esenciales, como ya lo dijimos de la propiedad. Allí en donde hay co-propiedad, hay que hacer á un lado toda idea de servidumbre. Esto es lo que la corte de casación ha resuelto en un caso más reciente, al rehusarse á aplicar á la co-propiedad el art. 701 que rige las servidumbres. En una partición se había reservado un paso, como una dependencia necesaria de cada uno de los lotes; la corte dijo muy bien que de aquello no resultaba ninguna servidumbre, supuesto que no había ni predio dominante ni predio sirviente. ¿Qué era, pues, lo que había? La avenida estaba indivisa, es decir, que era propiedad común antes de la partición; se reservó en la partición,

1 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Diciembre de 1823 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1520). En el mismo sentido, Duranton, t. 5°, p. 141, número 149.

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

luego siguió siendo lo que era, propiedad indivisa, común entre los co-partícipes (1).

163. ¿Quié debate decir esto que, en todos los casos en que una cosa accesoria sirve á varias heredades principales, deba considerarse como una dependencia de esos predios, y por consiguiente, como una cosa común ó una co-propiedad? Nó: desde luego hay que distinguir si hay un título, ó si no lo hay. Si en una escritura de venta ó de partición, se estipula que habrá una salida ó una calle que, á la vez que sea propiedad de una de las partes contrayentes, servirá para el uso de todas las demás, es claro que habrá servidumbre respecto de aquellos que usen de la cosa sin ser propietarios, en provecho de sus heredades; estas heredades serán los predios dominantes, y la cosa sobre la cual se ejercerá el derecho de salida será el predio sirviente. El propietario de la puerta ó de la avenida se servirá igualmente de ellas, pero á título de propiedad. De aquí resultará que una sola y misma cosa será el objeto de una propiedad exclusiva de uno de los vecinos, y de un derecho de servidumbre para los demás. De aquí pueden surgir conflictos de intereses. En cambio ya no habrá contienda posible sobre la división de la cosa, supuesto que ya no será común, y el derecho de servidumbre asegurará á los propietarios de los predios dominantes la ventaja que querían reservarse, supuesto que las servidumbres son perpetuas y no pueden redimirse (número 155).

Así, pues, un solo y mismo uso, la salida ó el paso, puede estipularse sea á título de co-propiedad, sea á título de servidumbre. Esto es lo que Toullier expresa muy bien, y la cosa es evidente (2). "En lugar, dice él, de de-

1 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Febrero de 1858 (Dalloz, 1, 125). En este sentido Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *servidumbre*, número 34.

2 Toullier, t. 2°, p. 208, núm. 469 (edición de Duvergier).

jar en estado de comunidad forzosa los objetos que sirven para todos, se puede dar la propiedad á uno de los interesados y gravarlos con un derecho de servidumbre á favor del otro interesado. Por ejemplo, al dividir dos casas vecinas, ó una casa compuesta de varios pisos, se puede convenir que el pozo, el patio, etc., seguirán siendo comunes; también se puede estipular que pertenecerán á uno de los herederos, y que únicamente estarán gravados de servidumbre en favor del otro, que tendrá el derecho de tomar agua del pozo, pasar por el patio, etc." ¿De qué manera se sabrá si el derecho de salida se ha estipulado á título de propiedad ó á título de servidumbre? Nosotros suponemos siempre que haya un título. Los tribunales lo interpretarán sin que pueda invocarse una presunción cualquiera que sea, ni de servidumbre ni de co-propiedad, supuesto que la ley no establece ninguna.

Se ha fallado que un camino practicado en un terreno indiviso, y mantenido después de la partición de dicho terreno, debe considerarse como una co-propiedad más bien que como una servidumbre de tránsito. En efecto, en el momento en que aquel camino se ha practicado, era indiviso como el predio, luego era co-propiedad; para volverse propiedad exclusiva, habría debido ser atribuido á uno de los co-participes; por el hecho solo de que fué mantenido, sin ponerlo en ningún lote, siguió siendo lo que era, indiviso, y por lo tanto, cosa común á todos (1). En cambio, se ha fallado que si el actor prueba únicamente un derecho de servidumbre, tal como el derecho de toma de agua, no puede reclamar la propiedad invocando algunas expresiones equívocas que se encuentren en las escrituras. Así es, que se hablaba de un pozo común, lo que podía entenderse de un pozo cuyo uso era común: la escri-

1 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Abril de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 100).

tura imponía al que ejerciese el derecho de toma de agua la obligación de contribuir á la reparación y á la reconstrucción del pozo común, lo que, dice la sentencia, se explica por el derecho consuetudinario bajo el cual fué establecida, y el cual determina de qué manera los vecinos que tienen el derecho de toma de agua contribuyen al mantenimiento del pozo (1).

164. Hemos señalado los principios diferentes que rigen la propiedad y la servidumbre, núm. 159. Lo que hemos dicho de la propiedad se aplica también á la co-propiedad. Toullier dice que los derechos de comunidad participan de la naturaleza de los derechos de servidumbre, en que se deben á la cosa, más bien que á la persona; luego pasan con el predio al nuevo propietario (2). Esto es evidente, supuesto que la propiedad es un derecho real tanto como la servidumbre. Pero la diferencia es grande entre la servidumbre y la propiedad.

La propiedad se adquiere por la prescripción; las servidumbres discontinuas, tales como el paso, no se adquieren sino por título. Un terreno empedrado que sirve de paso separa dos casas; sólo por este paso puede llegar cada uno de los dos propietarios contiguos á su bodega y á su caballeriza. Uno de ellos se pone á construir un muro de recinto que debía encerrar el terreno en litigio. El otro reclama é invoca una posesión más que trentenaria, continua, no interrumpida, á título de propiedad. A tal pretensión el demandado objeta que la servidumbre de paso no se estableció sino por la prescripción. Una sentencia de la corte de Pau, confirmada por la corte de casación, resolvió que no se trataba de una servidumbre, sino de la co-propiedad del terreno litigioso. La posesión prolongada, dice la sentencia de la corte suprema, probaba que

1 Bruselas, 13 de Marzo de 1841 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 259).

2 Toullier, t. 2º, núm. 469, p. 207 (edición de Duvergier).

originariamente había existido entre los dos vecinos un convenio de disfrutar indivisamente de un terreno necesario para el servicio de sus respectivas casas, la prescripción adquirida de tal suerte hacía presumible la existencia de un título, y dispensaba de volver á presentarlo (1). Inútil era á lo que creemos, prevalerse de una presunción *juris et de jure*, cuando la prescripción hace veces de título. Si se hubiera tratado de un derecho de paso, habría sido preciso decidir que siendo discontinua esta servidumbre no se podía adquirir por prescripción (2).

Las servidumbres se extinguen por la falta de uso, mientras que el propietario conserva su derecho, por más que se esté treinta años sin usarlo. Un camino indiviso antes de la partición se mantiene como tal después de ella; ¿el derecho de pasar prescribirá por el no-uso durante treinta años? Nó, dice la corte de casación (3); esto es incontestable.

Los derechos del co-propietario son mucho más extensos que los del propietario del predio dominante. Si se trata de una servidumbre de toma de agua, el propietario tiene únicamente el derecho de tomarla; no puede lavar en ellas pastos ni legumbres; no puede enjugar lienzos. El que fuese co-propietario del pozo podría servirse de las aguas para todos los usos á que se destinan, con la sola condición de no atentar al derecho igual que el co-propietario tiene de servirse de la cosa común (4). El derecho de co-propiedad es absoluto, y la propiedad conserva tal carácter, con la limitación que acabamos de recordar. No sucede lo mismo con las servidumbres, en las que hay dos

1 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Enero de 1842 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 1107, 2<sup>a</sup>).

2 Bruselas, 16 de Junio de 1852 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 16).

3 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Abril de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 160).

4 Bruselas, 13 de Marzo de 1841 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 258).

derechos en conflicto, que el legislador trata de conciliar. En general, el propietario del predio sirviente no puede hacer nada que disminuya el uso de la servidumbre; sin embargo, si el ejercicio del derecho le fuese más oneroso, si le impidiese mejorar su predio, la ley le permite que ofrezca un paraje tan cómodo como el que había sido estipulado para el ejercicio de sus derechos, y el propietario del otro predio no podría rehusarlo. Unos adquirentes de un dominio convienen, al dividirlo, en dejar en común una avenida necesaria para la limpia y explotación de los bienes divididos. Uno de ellos, que llega á ser propietario, por sucesivas adquisiciones, de catorce diez y ocho avos de la avenida, ofrece á los que no le habían cedido su derecho, abandonarles un terreno igual á los cuatro diez y ocho avos de que siguen siendo propietarios y proporcionarles en su predio un paso más cómodo que la actual avenida para el servicio de sus bosques. Estos rehusan. Tenían derecho para ello; un propietario no puede ser despojado á su pesar, por ventajosa que sea la oferta que le hagan. Ahora bien, en el caso de que se trata, había co-propiedad. La sentencia agrega que había también indivisión forzada, é infiere que había una *servidumbre recíproca* en provecho de cada una de las partes (1). Esto es contradictorio. Si hubiese habido servidumbre, habría sido necesario aplicar el art. 701; ahora bien, la corte resolvió precisamente que esta disposición era inaplicable, porque había co-propiedad, y no puede haber todo á la vez, co-propiedad y servidumbre.

165. Estamos llegando á las verdaderas dificultades de la materia. Las más de las veces no hay título. Esto es, sobre todo, cierto respecto á los caminos de explotación que existen entre predios rústicos. En una sentencia de la

1 París, 15 de Marzo de 1856 (Dallez, 1857, 2, 11).

corte de casación de Bélgica se lee que existían antes del código civil y aun existen todavía un gran número de esos caminos. La corte dice: "que deben su existencia al consentimiento de los propietarios vecinos, que han preferido poner en común y sacrificar el goce de una porción de sus terrenos á encontrarse estorbados en la explotación de sus tierras" (1). Esto, en efecto, es muy probable, pero una probabilidad no es una prueba; no llega á serlo sino cuando el legislador la acepta como tal. El código habría debido establecer esa presunción, pero no lo ha hecho. ¿Qué debe resolverse ante el silencio de la ley?

Ya, en el antiguo derecho, Lalaure escribía que existían diversas rutas ó pequeños senderos, en los viñedos y en las praderas, que el interés común había trazado para la explotación de las heredades: no hay, dice él, que mirarlas como servidumbres, pues más bien son vías comunes á todos los que tienen tierras, vides y prados en las llanuras. De aquí concluye que el propietario que tuviese predios cortados por una ruta semejante, no podría vedar el paso á sus vecinos, con el pretexto de que no presentan títulos. ¿En qué funda Lalaure su opinión? La razón es muy sencilla, contesta él, y es que tales caminos vienen á parar á otras heredades, y que sin ellos no podría explotarlos; de suerte que los que son propietarios de las heredades que los circuyen, estarían obligados, según el derecho común, á proporcionar el paso á sus vecinos (2). Lalaure supone, pues, propiedades enclavadas, y por estarlo es por lo que decide que los propietarios tienen derecho á pasar por una senda practicada en el llano para servicio de todos los predios ribereños. ¿Pero con qué título tienen derecho á pasar? ¿á título de propiedad ó á título

1 Sentencia de denegada apelación, de 25 Febrero de 1841 (*Pasicrisia*, 1841, 1, 131).

2 Lalaure, "Tratado de las servidumbres," libro 3º, cap. 7º, páginas 233 y siguientes.

de servidumbre? El título lo tienen como propietarios dice Lalaure. Nosotros creemos que la conclusión sale de los límites de la premisa. El enclave da derecho al tránsito, pero únicamente á título de servidumbre (artículo 682), salvo que las partes, si así lo quieren, convengan en que se ceda el mismo terreno. No se puede inferir del hecho de que los propietarios enclavados tienen derecho al tránsito, que sean propietarios del camino de explotación.

Sin embargo, la doctrina de Lalaure ha sido reproducida bajo el imperio del código, y la jurisprudencia la ha consagrado. La corte de Douai ha resuelto que los caminos que sirven de vía común de explotación se *presumen de derecho* pertenecientes á las heredades á que sirven, y que esta presunción de derecho supone una convención primitiva del vecindario (1). La corte de Poitiers dice que: "los caminos, callejuelas y sendas de explotación rural, así como las callejuelas contiguas ó separativas de habitaciones destinadas al cultivo, se *reputan* pertenecientes en común á los propietarios ribereños cuyas heredades atraviesan ó confrontan, á menos que haya *títulos ó indicaciones* que prueben lo contrario" (2). En otra sentencia de la misma corte, se dice que hay *presunción* de co-propiedad y no de servidumbre (3). Esto ha acabado por volverse un axioma. "Es de *principio*, dice la corte de Agen, que un camino de servicio es la co-propiedad de todos los ribereños" (4). Esto es inadmisibile. La *presunción de derecho* invocada por la jurisprudencia no es más que una presunción *legal*, y ¿cómo ha de haber una presunción *legal* sin ley? Supuesto que no hay presunción, quedamos dentro del derecho común. Así, pues, al actor corresponde probar el fundamento de su demanda. El pretende que es co-

1 Douai, 9 de Enero de 1838 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 33, 4º).

2 Poitiers, 10 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1853, 2, 152).

3 Poitiers, 15 de Mayo de 1856 (Dalloz, 1856, 5, 426).

4 Agen, 4 de Marzo de 1853 (Dalloz, 1854, 5, 695).

propietario, y no tiene título alguno que establezca esa co-propiedad; entonces no le queda más que probar la prescripción adquisitiva por una posesión á título de propietario, continua y no interrumpida durante treinta años.

166. Tal es el principio; pero la aplicación presenta serias dificultades. ¿Existe tanta analogía entre la posesión de un paso á título de propietario y la posesión á título de servidumbre! ¿De qué manera distinguirlos? Yo transito durante treinta años por un camino de explotación: ¿esto tiene lugar como co-propietario del camino, ó como propietario del predio dominante? Dícese que la cuestión no puede ser de servidumbre cuando el litigio estriba en el uso de un camino de explotación, porque falta la condición esencial que se requiere para que haya servidumbre: no hay predio dominante y predio sirviente (1). Esto equivale á decir con Lalaurie que hay siempre co-propiedad; por mejor decir, esto es exagerar el pensamiento de Lalaurie, y crear una presunción de co-propiedad que el código ignora. ¿Un paso no puede establecerse á título de servidumbre? ¿y acaso un paso no es un camino de explotación? Sin duda que es probable que haya habido un convenio entre las partes interesadas, como lo expresa la corte de casación de Bélgica; ¿pero debe repetirse que una probabilidad no es una prueba? Puede suceder que el terreno, que ahora está dividido, haya pertenecido en un principio á un solo propietario; el camino de explotación habrá sido entonces originariamente una propiedad exclusiva. Después la propiedad fué fragmentada á causa de una venta ó de una partición. ¿Qué es lo que ha pasado al hacerse esta división? No se sabe, puesto que no hay título. De todos modos, lo cierto es que el camino puede ha-

1 Requisitoria del procurador general Denwandre, en el negocio fallado por la sentencia de 25 de Febrero de 1841 (*Pasicrisia*, 1841, 1, 130).

ber venido á ser propiedad exclusiva del comprador, reservándose el vendedor un simple derecho de servidumbre, ó puede haber venido á ser propiedad exclusiva de uno de los co-partícipes, salvo la reserva de un derecho de tránsito por las otras propiedades. Luego no puede decirse que necesariamente hay co-propiedad. Por lo tanto, la dificultad subsiste, y es dificultad de hecho. Trátase de apreciar los actos de posesión establecidos por el que se pretende co-propietario; ¿prueban ellos la propiedad, ó no prueban más que un derecho de tránsito? El tribunal resolverá, según las circunstancias de la causa.

167. En el caso juzgado por la corte de casación de Bélgica, se trataba de un camino de explotación para el servicio de las heredades pertenecientes á los co-litigantes. La corte de Gante, á la vez que invocando la doctrina de los autores y la jurisprudencia, según la cual se presume que los caminos de explotación se han practicado primitivamente á causa de una convención celebrada entre co-propietarios, resolvió que el estado de los sitios, la naturaleza y el destino del camino, el nombre que éste llevaba en el registro de la comuna no eran suficientes para atribuir la co-propiedad del camino al actor; “y que éste debía probar que por lo menos desde treinta años antes estaba en posesión del uso del camino de la manera que él alegaba.” En consecuencia, ella lo admitió á probar que había hecho uso, al menos hacía treinta años, del camino contencioso pasando y volviendo á pasar por él con carretas y caballos. A recurso de casación, recayó un fallo de denegación. En ésta se dice que la existencia por más de treinta años de semejante camino hace presumir un título conforme á la posesión, según la máxima: “*talis præsumentur præcessisse titulus, qualis apparet usus et possessio.*”

Nosotros somos de opinión que la sentencia de la corte



de Gante y la de casación carecen de la debida claridad. Sin duda que era admisible la prueba de la posesión trentenaria, pero con una condición; y es que la posesión tuviese los caracteres que se requieren para conducir á la prescripción adquisitiva de la propiedad. Podría haber posesión durante treinta años, "pasando y volviendo á pasar con carretas y caballos," sin que por esto hubiese adquisición de la propiedad del camino. Si los actos de posesión estaban en un simple derecho de servidumbre, por caracterizados que se les suponga, serán ineficaces, supuesto que la servidumbre de paso, que es discontinua, no puede adquirirse por la prescripción. La corte de apelación debía, pues, insistir acerca de este punto y exigir que el actor probase una prescripción adquisitiva de la propiedad.

Se ve por la sentencia de denegada apelación que la corte de casación ha previsto la objeción que estamos haciendo; porque trata de establecer que la posesión de un camino á título de servidumbre no puede conducir á la adquisición de la servidumbre, porque la posesión puede ser á título precario. Lalaure ha hecho ya esta observación (1), que es elemental; y por esta razón la ley no ha admitido la prescripción de las servidumbres discontinuas. Pero esto no decide la dificultad. Si la posesión puede ser precaria cuando se pretende haber adquirido una servidumbre por prescripción, ¿no puede también ser precaria cuando se pretende haber adquirido la propiedad del camino por prescripción? Luego era necesario exigir la prueba precisa de que el actor había tenido la intención de usar durante treinta años del camino, como su co-propiedad. La dificultad es grande, pero no es permitido eludirla. Preciso es confesarlo, hay una especie de contradicción en el código. La ley no permite que se adquiera por

1 Lalaure, "Tratado de las servidumbres," libro 3º, cap. 7º, p. 229.

prescripción un derecho de paso; ¿por qué? Porque los actos de posesión son á menudo dudosos; no se sabe si están ejercidos á título de derecho ó á título de buena vecindad y de tolerancia. Pero he aquí que el que ha usado del paso sostiene que ha adquirido la *propiedad* del camino pasando y volviendo á pasar por él. Debe recibírsele á prueba. De este modo actos de posesión que la ley considera como dudosos, y por consiguiente, como insuficientes para adquirir una servidumbre, serán suficientes para adquirir la propiedad toda. Razón de más para exigir una prueba bien precisa, como acabamos de definirla.

168. Un caso análogo fué decidido en el mismo sentido por la corte de Bruselas. Se trataba también de saber si un camino de explotación es una servidumbre ó una co-propiedad de los ribereños. El actor sostenía que desde tiempo inmemorial los ribereños habían hecho uso del sendero litigioso pasando y volviendo á pasar por él tan á menudo como lo exigía la explotación de las tierras. El trataba de probar que dicho sendero enlazaba la ruta de la abadía de Lierre (Clooesterweg) y la de Herenthals á Lierra. Por último, pretendía que el público también desde tiempo inmemorial había transitado por el camino, objeto del litigio. Este último punto es considerable. Claro es que si se hubiera tratado de un derecho de tránsito establecido en favor de un predio sobre otro, el propietario del predio sirviente no habría permitido á todo el mundo que transitara por el sendero cuya exclusiva propiedad conservaba. Pero esta circunstancia podía también originar otra duda: ¿la senda no era un camino público, ó por lo menos una servidumbre establecida en provecho de todos sobre los predios por los cuales estaba practicada? Esta última dificultad no fué removida. La corte resolvió que los hechos alegados por el demandado, si se hubieren probado, serían exclusivos de un derecho de servidumbre,

que la existencia durante más de treinta años de un camino de explotación establecido para el cultivo de las tierras hacía presumir un título conforme á la posesión. Hay siempre en esta jurisprudencia una pretendida presunción de que un camino de explotación no es una servidumbre, sino una co-propiedad. Sentimos que el legislador no haya establecido esta presunción; pero no les reconocemos á los tribunales derechos para presumir que un paso es una co-propiedad más bien que una servidumbre.

169. La misma dificultad se presenta respecto de la acción posesoria. Como las servidumbres discontinuas no pueden adquirirse por la prescripción, la posesión sola, á falta de título, no da aquella posesión á aquél que se ve perturbado en su posesión; la ley supone que dicha posesión es puramente precaria. Mientras que la posesión que conduce á la prescripción de la propiedad de un camino de explotación, está garantida por una acción posesoria, supuesto que implica un título primitivo conforme á la posesión. Pero ¿de qué modo se distinguirá el uso de un camino á título de servidumbre y el uso de un camino á título de co-propiedad? El juez de paz de Ghisteltes resolvió que el poseedor perturbado por un propietario vecino no podía ser admitido á la prueba de los hechos de posesión que alegaba, porque la averiguación debería recaer en el fondo del derecho, es decir, sobre la cuestión de saber si el actor era co-propietario del camino litigioso. A recurso de apelación, el tribunal de Brujas rechazó la demanda, por motivo de tratarse de una servidumbre discontinua. Esto es fallar mal, bajo todas las hipótesis. No había título, por lo que se necesitaba una averiguación para determinar el carácter de la posesión; antes de esta averiguación, el tribunal no podía saber si había posesión de una servidumbre ó posesión de un terreno á título de propietario, sirviente de paso. La corte de casación casó

el fallo; la sentencia dice muy bien, que el juez habría debido apreciar el carácter de la posesión invocada por el actor; en efecto, éste no pretendía ejecutar una acción fundada en una posesión á título de servidumbre, sino que reclamaba la co-propiedad de un camino de explotación, ó por lo menos, alegaba la posesión á título de co-propietario de un camino (1). Los términos de que nos estamos sirviendo son más precisos que los de la sentencia, pero expresan mejor, á nuestro juicio, el pensamiento de la corte.

#### § IV.—CLASIFICACION DE LAS SERVIDUMBRES.

170. Según los términos del art. 639, hay tres especies de servidumbres: las que se derivan de la situación natural de los lugares, las que impone la ley y las que se establecen por convención entre particulares. La palabra *convención* de que se sirve la ley no es exacta, puesto que las servidumbres pueden también legarse; luego hay que decir, como lo hace el rubro del capítulo III de nuestro título, que las servidumbres se establecen por *actos* del hombre ó por *voluntad* del hombre, como el art. 579 lo dice del usufructo.

Se ha criticado, además, la clasificación del código bajo otros conceptos. El distingue servidumbres naturales y servidumbres legales. Puede admitirse con Domat (2) que hay servidumbres naturales en el sentido de que éstas son de una absoluta necesidad; tal es, dice él, el gravamen que pesa sobre los predios inferiores de recibir el agua que naturalmente derraman los predios superiores. Pero la naturaleza sola no crea servidumbres, pues se necesita la intervención de la ley; por lo que las servidumbres que

1 Sentencia de denegada apelación, de 13 de Julio de 1855 (*Pasicrisia*, 1855, 1, 354).

2 Domat, *Leyes civiles*, libro 1º, tít. 12, sec. 1ª, art. 5.