

Una segunda sentencia de la corte de Lieja, pronunciada en el mismo sentido, fué deferida á la corte de casación y casada. Hay un motivo para dudar. El edicto de 1771 considera como pasto vano el pasto ejercido en una parte solamente de las praderas de una comuna, tanto como el que se ejerce sobre la generalidad de las praderas; no hace excepción al derecho de cercarse sino cuando la comuna justifica con títulos válidos que tiene derecho á la propiedad de las praderas, art. 6, (1). La ley de 1791, es verdad, no reproduce esta disposición, pero el art. 11, que mantiene el derecho á las segundas yerbas, está concebido en términos generales, y no distingue si el pasto es general ó particular. Lo que parece decidir la cuestión. Sin embargo, nosotros nos afiamos al parecer de la corte de Lieja. El art. 11 excluye el pasto que sólo se ejerce en ciertas praderas; en efecto, supone que "las praderas se vuelven comunes á todos los habitantes." Lo que implica que todas las praderas son comunes. El artículo 10 está concebido en el mismo sentido. Cuando un propietario ha cerrado sus propiedades, su derecho de pasto está proporcionalmente restringido: tal es la disposición del art. 648 del código civil, y el texto como el espíritu de estas leyes prueban, así como lo hemos dicho, que el derecho de cercarse no puede ejercerlo sino aquél que, al cerrar su propiedad, pierde su derecho de pasto en las demás propiedades; mientras que en la doctrina consagrada por la corte de casación, aquél cuyas praderas estuviesen gravadas por un derecho de pasto vano, su título podría cercarse sin perder nada.

La corte de casación tiene razón en un punto. Lo que sobre todo parece que determinó á la corte de Lieja, es que pudiéndose ejercer el pasto antes de la cosecha de la

1 Merlin, "Cuestiones de derecho," en la palabra *vana pastura*, párrafo 1º (t. 16, p. 525).

primera yerba constituía una pastura pingüe y viva, es decir, una servidumbre de pasto. Esto no es exacto. En efecto, cuando el pasto se ejercía en día y horas fijos, el 24 de Junio al medio día, es porque se suponía que la cosecha se había levantado el día de San Juan, y á menudo sí lo está; así, pues, sólo accidentalmente tenía lugar el pasto en praderas no cortadas; ahora bien, no es en una circunstancia accidental en lo que uno puede fundarse para caracterizar un derecho. El art. 10 de la ley de 1791 nos parece decisivo contra la interpretación admitida por la corte de Lieja. "Por todas partes, dice el art. 10, en que las praderas naturales estén sujetas á la reciprocidad y al pasto vano, estos dos derechos no tendrán lugar provisionalmente sino en la época autorizada por las leyes y costumbres, y nunca en tanto que la primera yerba no se haya cosechado." Así, pues, el pasto no cesaba de ser vano, aun cuando se ejerciere antes de la cosecha de la primera yerba; sólo que éste era uno de esos abusos que el edicto de 1771 había señalado, y que el legislador de 1791 quiso suprimir.

452. Queda por saber lo que debe entenderse por "título de propiedad:" ésta es la expresión de que se sirve el legislador, art. 11. Acerca de este punto, también la corte de Lieja disiente de la corte de casación. ¿El título es una escritura instrumental en que conste el establecimiento del derecho de servidumbre? ¿O las comunas pueden también invocar la prescripción para rechazar el derecho de cercarse que los propietarios reclaman? La corte de casación rechaza la prescripción mientras que la corte de Lieja admite que la prescripción constituye un título. Claro es que en teoría la corte de Lieja tiene razón. El título es todo hecho jurídico que engendra un derecho; luego la prescripción es un título. Pero la cuestión consiste en una dificultad de texto; ¿la ley de 1791, en materia de vana

pastura, entiende por "título" todo hecho jurídico, y notablemente la prescripción? La palabra "título" se halla en los arts. 2 y 11. El art. 2 mantiene la servidumbre de reciprocidad y de vana pastura, "cuando se fundan en un "título" ó en una "posesión" autorizada por las leyes y las costumbres." Aquí la palabra "título" se halla en oposición con la palabra "posesión;" luego es difícil admitir que comprende una posesión cualquiera. La "posesión autorizada por las leyes y las costumbres" se confunde con la prescripción inmemorial; en nuestros días, y según el código civil, ya no puede establecerse "vana pastura" por la prescripción, supuesto que el pasto es una servidumbre discontinua. Así, pues, se necesita una posesión anterior al código para que haya vana pastura. Esto si es ciertamente una prescripción inmemorial. A decir verdad, el origen de la vana pastura se pierde en la noche de los tiempos, y casi siempre se funda en la posesión. Luego en el art. 2, la palabra "título" no puede significar la "posesión," ni por consiguiente la prescripción.

Viene en seguida el art. 11, por cuyos términos todo propietario tiene el derecho de cercar sus heredades en las parroquias en donde, "sin título de propiedad y únicamente por la costumbre," las propiedades se vuelven comunes á todos los habitantes. Aquí la palabra "título" está opuesta á la palabra "uso." ¿Qué cosa es este "uso" ó costumbre? No puede ser más que la "posesión autorizada por las leyes y las costumbres" de que habla el artículo 2, porque fuera de esta posesión y de los títulos, la vana pastura está abolida. Luego la palabra "uso" es sinónima de "posesión" ó de "prescripción" y por lo tanto, la prescripción no puede estar comprendida en la expresión "título de propiedad." Lo que nos lleva á la doctrina consagrada por la corte de casación: los propietarios pueden, pues, emanciparse de la vana pastura, por el coto

de sus heredades, cuando las comunas no invocan más que la larga posesión.

A primera vista, la ley, tal como la corte de casación la interpreta, parece estar en oposición con los principios generales de derecho. En efecto ¿en qué se basa la prescripción? Ella supone que ha habido una convención cuya prueba no se puede administrar; en este caso, implica la existencia de un título. O supone el consentimiento de aquélla contra quien se prescribe, lo que viene á parar en una convención tácita; luego en un título, y aun este título es más significativo de lo que sería una escritura, porque impone un consentimiento que se ha perpetuado por muchos años.

¿Por qué, pues, el legislador de 91 no tiene en cuenta más que los títulos, y por qué permite á los propietarios que se emancipen de la vana pastura, cuando la establece la posesión, es decir, con su consentimiento tácito? Porque, en el presente caso, la posesión no tiene el carácter exclusivo que habitualmente le corresponde. Cuando por primera vez un propietario ha permitido el pasto en sus praderas despojadas de su cosecha, lo ha hecho por tolerancia ó por indiferencia; así, pues, los habitantes no han estado en la inteligencia de que adquirirían un derecho. Si este estado de cosas se prolonga y se perpetúa, el legislador mantiene, en verdad, la vana pastura fundada en esta larga posesión, pero no la pone en la misma línea que la servidumbre adquirida por título, porque supone siempre un elemento de tolerancia, y por consiguiente, algo de precario en la posesión. Hay, además, otra consideración: el art. 2 se sirve de los términos "título de propiedad." Quien dice propiedad dice derecho particular y exclusivo que estriba en un objeto determinado; frecuentemente el título no concierne más que á ciertas praderas,

lo que constituye una servidumbre de pasto. Mientras que la posesión se extiende á todas las praderas de una comuna, lo que es la vana pastura verdadera.

453. El art. 11 es una disposición excepcional, en el sentido de que permite al propietario de un predio gravado con servidumbre emanciparse de ésta, rodeándolo de un coto. Toda excepción es de rigurosa interpretación; luego el derecho de circuirse no puede extenderse á servidumbres que no estén comprendidas en los términos de la ley de 91. El principio no es dudoso (1); la aplicación ha dado lugar á una dificultad que se ha presentado en Francia y en Bélgica, en las mismas circunstancias, lo que hace suponer que se trata de una costumbre antigua que se ha perpetuado á través de los siglos. En todos los casos en que los tribunales han tenido que estatuir, las praderas estaban enteramente cercadas. Este hecho es ya suficiente para colocarnos fuera del código rural, porque todas las disposiciones de la ley de 91 tienen un solo objeto, el de dar á los propietarios el derecho de cercarse: lo que implica heredades no cercadas. Pero en día fijo, el un 1º de Agosto, por ejemplo, se practicaba un boquete en el cercado, después de cosechadas las primeras yerbas, á fin de que los habitantes pudieran introducir por ahí sus ganados y disfrutar de la segunda yerba. Esto no es un derecho de pasto en terrenos abiertos, luego no es pasto vano. Esto es una servidumbre de pasto. La única dificultad consistía en saber si podía establecerse por la posesión. Había costumbres que no admitían la prescripción en materia de pastos. La corte de casación de Francia ha decidido que esta servidumbre de pasto había podido establecerse por medio de prescripción. En efecto, aun en las costumbres en que la servidumbre de uso no se adquiría por título, reconocíase que podía prescribir desde el

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 178, nota 25, y las autoridades que citan.

día en que había habido contradicción. Ahora bien, el cerramiento de las praderas manifestaba que el propietario había querido emanciparse de la vana pastura; pero había tropezado con una resistencia ante la cual se había visto obligado á retroceder; cada año, los habitantes forzaban el cercado; esta lucha terminó en una convención expresa ó tácita que permitió á dos comunas mandar á pacer á sus animales en las praderas cercadas á contar desde un día fijo. Aquí la posesión implica, pues, un título, lo que no permite ya que el propietario invoque el beneficio de la ley de 91 (1).

En otro caso, la comuna gozaba de un derecho de pacto vano sobre la universalidad de su jurisdicción; este derecho se suspendía el 1º de Abril. Además, tenía el derecho de hacer pacer los ganados vacunos y caballar en un cantón especial, en la primavera hasta el 4 de Mayo, en estío, del 24 de Junio al 6 de Julio, en otoño hasta el día de levantar los retoños. Los propietarios no peleaban la existencia del derecho de pasto, sino que sostenían que ésta era una servidumbre de vana pastura que no podía ejercitarse después del 1º de Marzo. La corte de Colmar resolvió que este derecho no era una vana pastura, por más que las praderas no estuviesen cercadas. Esta decisión es conforme á la opinión que nosotros hemos enseñado; es dudosa bajo el punto de vista de la jurisprudencia. La corte de casación la ha confirmado (2).

Está fuera de duda que la ley de 1791 cesa de ser aplicable cuando la comuna tiene la co-propiedad de los predios gravados con un derecho de pasto en su provecho;

1 Sentencias de denegada apelación, de 7 de Marzo de 1820 (Daloz, *Derecho rural*, núm. 57, 1º), y de 27 de Abril de 1859 (Daloz, 1859, 1, 436). Sentencia de denegada apelación, de la corte de casación de Bélgica, de 25 de Julio de 1862 (*Pasicrisia*, 1863, 1, 7).

2 Sentencia de denegada apelación, de 7 de Mayo de 1838 (Daloz, *Derecho rural*, núm. 57, 2º).

porque esta ley sólo es concerniente á las servidumbres de vana pastura, y la co-propiedad excluye toda idea de servidumbre. La dificultad está en saber cuando hay servidumbre y cuando hay co-propiedad. Se ha fallado que había co-propiedad cuando los habitantes disfrutaban de las segundas yerbas vendiéndolas ó arrendándolas por adjudicación pública. Nosotros ya hemos dicho que, según nuestra opinión, este hecho solo no es suficiente, supuesto que no es más que un modo de ejercer la vana pastura. En el caso al debate, este goce no podía considerarse como una pastura vana, porque ésta estaba prohibida por un reglamento del parlamento de Tolosa. Además, la comuna estaba registrada en el libro de contribuciones por un tercio del impuesto. Estas circunstancias han parecido suficientes á la corte de casación para establecer la existencia de un derecho de co-propiedad (1).

Núm. 3. Consecuencia del cercado.

454. Según los términos del art. 645, "el propietario que quiere cercarse pierde su derecho á la reciprocidad ó pacto y al pasto vano, en proporción del terreno que substraer." Este principio está tomado de la ley de 1791, cuyas disposiciones son el comentario del código civil. Cada propietario puede enviar al pasto una cantidad de ganado proporcionada á la extensión del terreno que él posee en la comuna; esta cantidad se fija á tantas cabezas por fanega, según los reglamentos y usos locales, y á falta de documentos positivos á este respecto, provee el consejo de la comuna (art. 13). Cuando un propietario cierra una parte de su propiedad, el número de cabezas de ganado que puede seguir mandando á las tierras particulares de los

¹ Sentencia de 21 de Noviembre de 1811 (Daloz, *Derecho rural*, número 57, 3^o). Compárese, Lieja, 19 de Diciembre de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, p. 324).

habitantes de la comunidad está restringido proporcionalmente, conforme á la regla que acabamos de establecer (art. 16).

455. Queda por determinar cuándo está cercada una propiedad. El art. 6 de la ley de 1791 contesta á la pregunta: "Se reputará cercada la heredad, cuando esté rodeada de una pared de cuatro pies de altura con barrera ó puerta, ó cuando esté exactamente cerrada y circuida de palizadas ó de enverjados, ó de un seto vivo, ó de un seto seco, hecho con estacas ó ramas retorcidas ó de cualquiera otra manera de hacer los setos que se acostumbre en la localidad, ó en fin, de una zanja de cuatro pies de ancho por lo menos en su abertura y dos pies de profundidad." Esta disposición no está concebida en términos restrictivos; así, pues, el cercado es una cuestión de hecho más que de derecho. Han surgido, sin embargo, algunas dificultades en la aplicación. Un propietario había cercado su terreno por un lado con estacas hundidas en el suelo á distancia de un metro unas de otras, y unidas entre sí por alambres y por troncos de árboles, llenos los intervalos con faginas y malezas, lo que formaba una especie de seto muerto. Se objetó que no era bastante sólido para estar al abrigo de la malevolencia. Estas exigencias se salían de los límites de la ley; ésta sólo quiere una cosa, y es que haya un cercado que vede todo acceso á la propiedad y que patentice la intención del propietario de substraer su heredad á la vana pastura. Había, además, otra dificultad. Las otras tres caras del terreno estaban resguardadas por un río y por un canal que no pertenecía al propietario; de lo que se infería que esto no era un cercado, porque el cercado implica que el mismo propietario lo establezca á sus expensas y en su predio. Esto también era salirse de los términos de la ley; el texto no dice que una heredad no estará cercada sino cuando esté rodeada por todas partes de muros,

setos ó zanjas practicadas por el propietario, á sus expensas y en su terreno, y el espíritu de la ley en verdad que tampoco es restrictivo; un solo objeto persigue la ley, y es emancipar el suelo de una servidumbre que ponga obstáculos al cultivador y que perjudique á la agricultura; luego basta que un obstáculo natural ó artificial vede el acceso á la propiedad, y que el único lado accesible esté cerrado por un coto.

Por fin, había una última dificultad en el caso. Varios propietarios se habían reunido para defender sus terrenos por medio de un cercado común; se sostenía que cada heredad debía estar cercada separadamente. En esto había una cuestión de derecho, que fué resuelta por la corte de casación á favor de los propietarios. La corte parte del principio de que la facultad de emanciparse de la vana pastura por medio del cercado de las heredades se deriva de la libertad de los predios y de la independencia del derecho de propiedad; por lo mismo, esta facultad no debe sufrir más restricciones que las que resultan de una disposición formal de la ley; y ninguna prohíbe á los propietarios que se reúnan con el objeto de restablecer un cercado común. Luego el silencio de la ley basta para resolver la dificultad. Como lo expresa la corte, el interés de la agricultura, el progreso de las explotaciones rústicas recibirán el ataque más grave de la multiplicidad de los cotos especiales si cada fundo debiera estar cercado. Lo que la ley quiere, es que haya un coto que impida se introduzca el ganado en las heredades gravadas con el pasto vano (1).

456. El art. 17 de la ley de 1791 aplica estos principios á la servidumbre de reciprocidad de pastos, *parcours*. "La comuna cuyo derecho de pacto ó reciprocidad en una

1 Lyon, 16 de Diciembre de 1863, y sentencia de denegada apelación, de 1º de Marzo de 1865 (Daloz, 1865, 1, 421).

parroquia vecina esté restringido por cercados no podrá pretender, á este respecto, ninguna especie de indemnización, ni aun en el caso en que su derecho se fundase en un título; pero esta comunidad tendrá el derecho de renunciar á la facultad recíproca que resultaba del derecho de pacto entre ella y la parroquia vecina: lo que igualmente tendrá lugar si el derecho de pasto se ejerciese en la propiedad de un particular." Hagamos notar, desde luego, que esta disposición confirma la interpretación que hemos dado á la vana pastura, cuando se funda en un título. El título, en esta materia, no crea una verdadera servidumbre, un desmembramiento de la propiedad; si existiese un derecho real; no sería posible emanciparse, ó al menos no se podría sin indemnizar al que hubiese estipulado ese derecho. Este es un antiguo uso fundado en una recíproca tolerancia. De aquí la facultad de emanciparse, lo que implica que se renuncia á la reciprocidad.

La aplicación del art. 17 ha dado lugar á la cuestión de saber si una de las comunas puede denunciar el derecho recíproco de pasto, cuando, en la otra, algunas heredades están cercadas, no por acto de la comuna, sino de los propietarios interesados. Hay una ligera duda; puede decirse que la comuna, es decir, la generalidad de los habitantes, no debe ser responsable de los actos de algunos propietarios, que ella ni siquiera tiene el derecho de impedir. A decir verdad, ésta no es cuestión de falta ni de responsabilidad. Cercarse es un derecho; pero al ejercer este derecho, se deroga la tolerancia tácita que había introducido el pacto; luego es justo que la otra comuna tenga el derecho de emanciparse. Y esto así sería, aun cuando el cercado se hubiese practicado respecto á terrenos usurpados por los propietarios sobre los comunales; la ley de 1791 no distingue de qué manera ni por quien se ha hecho la cerca; desde el momento en que las heredades

están cerradas, hay ruptura de la convención tácita que había establecido el pacto. Y aun el texto del art. 17 parece preveer el caso en el que la acotación se hace por particulares, en sus propiedades, independientemente de actos de la comuna. Hay una sentencia de la corte de casación en este sentido (1).

En este mismo negocio se presentaba otra dificultad. El pacto no cesa de pleno derecho, cuando algunas propiedades se han substraído á él en una de las comunas, por medio de cotos. En el caso hay una especie de condición resolutoria tácita; no siendo observado el contrato por una de las comunas, la otra tiene derecho á pedir su resolución. Y no porque se necesite una acción jurídica como en la condición resolutoria propiamente dicha. El artículo 17 dice que la comuna lesionada tendrá derecho á renunciar al pacto de reciprocidad; luego se necesita una manifestación de voluntad, pero también con esto basta. ¿En qué plazo debería hacerse la renuncia? Todo derecho prescribe en treinta años, este principio se aplica á la facultad de renunciar establecida por el art. 17. Se objeta que se trata de un derecho de pura facultad, y que estos derechos no prescriben. Esto no es exacto. Existe una convención tácita que una de las partes rompe, lo que da á la otra el derecho de romperla por completo; el derecho que nace de la falta de ejecución de una convención, no es un derecho de pura facultad, sino una acción ordinaria; luego está sometida á la prescripción (2).

1 Sentencia de casación, de 3 de Agosto de 1853 (Daloz, 1853 1, 193). En el mismo sentido, Dijon, 21 de Noviembre de 1861 (Daloz, 3, 1862, 219).

2 Besançon, 28 de Enero de 1848 (Daloz, 1853, 1, 289).

CAPITULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES ESTABLECIDAS POR LA LEY.

SECCION I.—*División.*

457. El art. 649 dice que "las servidumbres establecidas por la ley tienen por objeto la utilidad pública ó comunal, ó la utilidad de los particulares." Sea cual fuere el objeto de una servidumbre legal, es de principio que ella no puede resultar más que de un texto formal. Es una restricción al derecho de propiedad, y está restricción está establecida por una ley; con este doble título las servidumbres legales son de estricta interpretación. El código enumera algunas servidumbres de utilidad pública, y lo hace para remitir á las leyes particulares que son el lugar de la materia. No trata sino las servidumbres legales que tienen por objeto la utilidad de los particulares, y aun para éstas remite á las leyes sobre policía rural aquellas servidumbres que son relativas á los fundos agrícolas, artículo 652. Tal es la obligación impuesta por el código rural de 91 á los propietarios de no vendimiar ni rebuscar las viñas sino después de la apertura del pregón.

458. Del principio de que se necesita una ley para que haya servidumbre legal, se deduce que las servidumbres de utilidad privada establecidas por el antiguo derecho